Université Paris-Panthéon-Assas
École doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé (ED 09)

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 30 mars 2026

Perspectives d'harmonisation régionale : le droit applicable aux contrats internationaux en Amérique latine



Gabriella Boger Prado

Sous la direction de Monsieur **Louis d'Avout**, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Membres du jury :

Monsieur **Gustavo Cerqueira**, Professeur à l'Université Côte d'Azur (rapporteur)
Madame **Cecilia Fresnedo de Aguirre**, Professeure à l'Universidad de la República, Uruguay
Madame **Sarah Laval**, Professeure à l'Université du Littoral-Côte d'Opale (rapporteure)
Monsieur **Diego P. Fernández Arroyo**, Professeur à Science Po (président)

Thèse de Doctorat / mars 2026

Avertissement

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

Remerciements

Ma première pensée va à mon directeur de thèse, le professeur Louis d'Avout, pour m'avoir inspirée depuis mon Master lors de ma première année en France, pour son encadrement, ses précieux conseils, son soutien constant tout au long de ces longues années, et sa patience dans la relecture de mon travail.

Je tiens également à exprimer ma profonde gratitude au professeur Valerio de Oliveira Mazzuoli, qui a éveillé ma passion pour le droit international et pour son soutien indéfectible dans l'ensemble de mes entreprises académiques. Mes remerciements s'adressent également au professeur José Antonio Moreno Rodríguez, pour la confiance qu'il m'a accordée et son soutien constant.

Un peu à l'image du contenu de cette thèse, son élaboration pratique a cumulé les éléments d'extranéité : de Paris à Rome, à Hambourg, à La Haye, en passant par Buenos Aires, mes recherches ont pu bénéficier de fonds documentaires inédits. Je remercie l'Unidroit, l'Institut Max Planck de droit international privé et de droit privé comparé, l'Académie de Droit International de La Haye, ainsi que l'Université de Buenos Aires, pour les bourses de recherche qui m'ont été accordées et pour l'opportunité de bénéficier d'un environnement académique stimulant et d'enrichir ma réflexion au contact de chercheurs internationaux de premier plan et de personnes remarquables.

À mes parents, Catia et Rui, pour leur amour inconditionnel, leur patience et leur soutien indéfectible, qui m'ont accompagnée à chaque étape de ce parcours. À mes grands-parents, Lucila et Nelson, pour leur soutien constant tout au long de ces années. À ma grand-mère Nair, de qui me vient certainement mon goût pour l'écriture. À mon époux, Patrick, dont la présence, la compréhension et l'encouragement ont été un pilier fondamental dans cette aventure exigeante.

Enfin, un grand merci à l'ensemble de mes relectrices et relecteurs, ainsi qu'à tous ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à ce travail.

Résumé :

Le présent travail explore les défis de l'harmonisation du droit applicable aux contrats internationaux en Amérique latine. Malgré des efforts anciens et continus, l'harmonisation à l'échelon régional reste inachevée. Les conventions en vigueur montrent généralement des solutions contradictoires et dépassées, en présentant d'importantes lacunes. Malgré une tendance à la convergence et au dépassement des sources conventionnelles, les solutions du droit interne continuent de présenter d'importantes insuffisances, créant des incertitudes juridiques qui entravent le commerce international. De surcroît, la coordination des diverses sources juridiques en vigueur demeure problématique, ce qui crée des défis pour les parties prenantes cherchant à naviguer dans le cadre juridique complexe de la région. Cette recherche s'inspire des solutions actuelles du droit souple pour repenser le régime de la loi applicable aux contrats internationaux dans cette région. L'objectif est d'identifier les convergences possibles au-delà des divergences existantes. Il s'agit ainsi de dégager des solutions cohérentes aux conflits de lois en matière contractuelle internationale et d'explorer les voies d'une harmonisation effective. L'approche privilégiée repose sur un idéal de convergence, en intégrant les perspectives tant des législateurs que des juridictions nationales, aux échelons national et régional.

Descripteurs : Contrats internationaux ; loi applicable ; Amérique latine ; harmonisation ; convergence.

Title and Abstract:

Perspectives for regional harmonisation: the applicable law to international contracts in Latin America

This work explores the challenges of harmonising the law applicable to international contracts in Latin America. Despite longstanding and ongoing efforts, harmonisation at the regional level remains incomplete. The conventions currently in force generally offer contradictory and outdated solutions and display significant gaps. Despite a trend towards convergence and moving beyond conventional sources, domestic legal solutions still exhibit major shortcomings, creating legal uncertainties that hinder international trade. Moreover, the coordination of the various legal sources in force remains problematic, creating challenges for stakeholders seeking to navigate the region's complex legal framework. This research draws on contemporary soft law solutions to rethink the regime of the law applicable to international contracts in this region. The aim is to identify possible convergences beyond existing divergences. It therefore seeks to develop coherent solutions to conflicts of laws in the field of international contract law and to explore ways for effective harmonisation. The approach undertaken is grounded in the ideal of convergence, incorporating the perspectives of both legislators and national courts, at national and regional levels.

Keywords*:* International contracts; applicable law; Latin America; harmonisation; convergence.

Principales abréviations

– A –

AgInt : *Agravo Interno* (Brésil)

al. : alinéa

ALADI : Association latino-américaine d'intégration

ALALE : Association latino-américaine de libre-échange

ALBA-TCP : l'Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique — Traité commercial des peuples

AP : Alliance du pacifique

art. : article

ASADIP : *Asociación Americana de Derecho Internacional Privado*

– C –

CA : *Corte de apelaciones* (Chili)

CAN : Communauté andine

CARICOM : Communauté des Caraïbes

CCI : Chambre de Commerce Internationale

CCiv. y Com. : *Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial* (Argentine)

CEDEP : *Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política* (Paraguay)

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CELAC : Communauté d'États latino-américains et caraïbes

CEPAL : Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes

cf. : *confer* (se reporter à)

CIDH : Cour interaméricaine des droits de l'homme

CIDIP : Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé

CIJ : Cour internationale de justice

Civ. : Cour de cassation, Chambre civile (France)

CJI : Comité Juridique International (OEA)

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

CNCom. : *Cámara Nacional Apelaciones en lo Comercial* (Argentine)

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit commercial

Code Bustamante : Convention sur le droit international privé (1928)

Com. : Cour de cassation, Chambre commerciale

Convention de Mexico : Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (1994)

CS : *Corte Suprema* (Chili)

CSJ : *Corte Suprema de Justicia* (Costa Rica ; Panama ; Pérou)
CSJN : *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (Argentina)
CVIM : Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises

– D –

DEJT : *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho* (Brésil)
DJe : *Diário de Justiça Eletrônico* (Brésil)
DJU : *Diário da Justiça da União* (Brésil)

– E –

Éd. : Édition

– G –

Guide de l'OEA : Guide de l'OEA sur le droit applicable aux contrats commerciaux internationaux (2019)

– I –

Ibid. : *Ibidem* (au même endroit)
In : Dans
Incoterms : International Commercial Terms (CCI)
Infra : Ci-dessous

– J –

JDI : Journal du droit international
Juz. Nac. Com. : *Juzgado Nacional en lo Comercial* (Argentine)

– L –

LCT : Loi relative au contrat de travail (Argentine)
LDIP : Loi de droit international privé vénézuélienne (Venezuela)
LICC : Loi d'introduction au Code civil (Brésil)
LINDB : Loi d'introduction aux normes de droit brésilien (Brésil)

– M –

MCCA : Marché commun centraméricain
Mercosur : Marché Commun du Sud, *Mercado Común del Sur*

– N –

N° : numéro
N/A : non applicable

– O –

obs. : observations
ODECA : Organisation des États centraméricains
OEA : Organisation des États Américains
OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OHADAC : Organisation pour l'harmonisation du droit commercial dans les Caraïbes
OIT : Organisation internationale du travail
ONU : Organisation des Nations Unies
op. cit. : *Opere citato* (dans l'ouvrage cité)

– P –

p. : page(s)
p. ex. : par exemple
Principes d'Unidroit : Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (2016)

– R –

RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RE : *Recurso extraordinário* (Brésil)
réf. : référence
Rel. : Relator (Brésil)
REsp : *Recurso especial* (Brésil)
Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé
RUU : Règles et Usages Uniformes des Crédits documentaires de la Chambre de Commerce Internationale

– S –

s. : suivant
SCJ : *Suprema Corte de Justicia* (Uruguay)
SICA : Système d'intégration centraméricain
spéc. : spécialement
STF : *Supremo Tribunal Federal* (Brésil)
STJ : *Superior Tribunal de Justiça* (Brésil)
supra : Ci-dessus

– T –

t. : tome
Trib. : Tribunal
Trib. de Ap. : *Tribunal de Apelaciones* (Uruguay)
TSJ : *Tribunal Supremo de Justicia* (Venezuela ; Bolivie)
TJDFT : *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios* (Brésil)
TST : *Tribunal Superior do Trabalho* (Brésil)
TJSP : *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* (Brésil)
TJRS : *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* (Brésil)
TJRJ : *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* (Brésil)

– U –

UNASUR : Union des nations sud-américaines
Unidroit : Institut International pour l'Unification du Droit Privé (Rome)

– V –

V. : voir
Vol. : volume

Plan sommaire

PREMIÈRE PARTIE
Le régime actuel du droit des conflits de lois

TITRE PRÉLIMINAIRE — Fondements historiques et institutionnels

CHAPITRE I — De l'évolution des idées en Europe à la formation de la pensée en Amérique latine
CHAPITRE II — Les efforts d'harmonisation du droit international privé des contrats en Amérique latine
CHAPITRE III — Le régionalisme latino-américain et l'harmonisation du droit

TITRE I — L'hétérogénéité des solutions conventionnelles

CHAPITRE I — L'acceptation progressive de l'autonomie de la volonté
CHAPITRE II — Le droit applicable en l'absence de choix
CHAPITRE III — Les questions communes à l'hypothèse du choix de la loi applicable et à l'absence de choix

TITRE II — Le dépassement des conventions par les sources étatiques

CHAPITRE I — Évolution vers l'acceptation de l'autonomie de la volonté
CHAPITRE II — Le droit applicable en l'absence de choix
CHAPITRE III — Les questions communes à l'hypothèse du choix de la loi applicable et à l'absence de choix

SECONDE PARTIE
Les voies de l'harmonisation effective

TITRE I — Les règles de conflit

CHAPITRE I — Vers l'affirmation de l'autonomie de la volonté
CHAPITRE II — Vers l'harmonisation du droit applicable en l'absence de choix
CHAPITRE III — Vers l'harmonisation des questions communes à l'hypothèse du choix de la loi applicable et à l'absence de choix

TITRE II — La résorption des conflits de sources et des divergences

CHAPITRE I — Le défi actuel de l'articulation des sources
CHAPITRE II — Les voies futures de l'harmonisation

Introduction

> « […] les pays d'Amérique latine présentent également de nombreux points communs, notamment le fait que leurs sociétés sont en mutation ; en mutation dans leurs réalités et aussi en mutation dans leurs aspirations et dans les idées qu'ils se forgent d'eux-mêmes. »[1]

1. Le rêve latino-américain d'harmonisation du droit international privé : une quête inachevée. Le 25 août 1889 se tenait le Premier Congrès sud-américain de droit international privé. Il s'agissait de la première initiative réussie d'harmonisation du droit privé en Amérique latine — et dans le monde. Roberto Quirino Costa, alors ministre des Affaires étrangères de la République argentine, y souligna la nécessité de parvenir à des règles communes pour régir les affaires privées dans la région :

> « L'origine de notre législation est identique, et bien que l'indépendance ait introduit quelques différences, celles-ci n'apparaissent que rarement dans certaines branches du droit. Il n'existe aucun antagonisme susceptible d'entraver leur fonctionnement ou leurs institutions, et rien dans leur avenir ne suggère d'autre voie que celle consistant à aplanir d'éventuels différends, afin de renforcer leurs relations — entre eux et avec l'Europe — relations qui doivent devenir chaque jour plus intimes et fraternelles.
>
> Ce congrès ne doit pas apporter de bénéfice qu'à nos seules nations respectives. Les conclusions qui en découleront seront une démonstration de notre cohésion et prouveront que les gouvernements sud-américains ont pour intention d'éviter les conflits qui retardent le progrès ou entravent l'existence des nations intégrées dans notre vie nationale. »[2]

Le Congrès aboutit à l'élaboration de plusieurs traités, dont le Traité de droit civil international de 1889 (Traité de Montevideo de 1889). Ce traité, ambitieux et précurseur dans sa tentative d'harmonisation du droit international privé dans la région, était dédié à la loi applicable aux contrats internationaux. Cependant, il ne fut ratifié que par cinq États latino-américains. Depuis lors, soit après plus de 135 ans d'efforts plus tard ayant inclus l'approbation de trois autres instruments conventionnels en la matière, l'ambition affichée

[1] CEPAL, *Informe del grupo de trabajo sobre los aspectos sociales del desarrollo económico en América Latina, Boletín Económico de América Latina*, mars 1961, vol. 6, n° 1, p. 55-71 (traduction libre de l'espagnol).

[2] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado:* Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940, Actas y Documentos Seleccionados, Rio de Janeiro, août 1974, p. 12-15 (Sesión del 25 de Agosto de 1888, Rio de Janeiro, Brésil, 1974) (traduction libre de l'espagnol).

n'a toujours pas été concrétisée. Quels défis entravent donc la progression vers cette harmonisation tant attendue ?

Une première explication pourrait résider dans le fait que, malgré un rapprochement des conceptions juridiques au sein des pays latino-américains, comme le souligna le ministre argentin lors du premier Congrès de Montevideo, la loi applicable aux contrats internationaux demeure un sujet qui divise la région à plusieurs égards.

Tout d'abord, un point de divergence majeur demeure quant à l'acceptation même du principe d'autonomie de la volonté, c'est-à-dire la faculté pour les parties de choisir la loi applicable à leur relation contractuelle. Ce principe, qui est désormais reconnu comme un point de « consensus international »[3] et considéré comme le « noyau commun des systèmes juridiques »[4], a suscité de nombreux débats en Amérique latine. Deux positions diamétralement opposées ont en effet émergé, influencées par les doctrines européennes de l'époque : la première rejetant totalement le principe d'autonomie de la volonté, la seconde l'adoptant de manière plus ou moins libérale.

D'autre part, le critère de rattachement objectif pour déterminer la loi applicable aux contrats internationaux ne semble pas non plus faire l'objet d'un consensus parmi les États latino-américains. En effet, et tandis que certains États, sous l'influence de Mancini et du Code Bustamante, ont privilégié la nationalité commune et le lieu de conclusion du contrat comme critères principaux — comme c'est le cas du Costa Rica et dans une certaine mesure du Brésil —, d'autres, favorables à l'approche de Savigny, adoptée par les Traités de Montevideo, ont préféré retenir le lieu d'exécution du contrat, à l'instar de l'Argentine ou de l'Uruguay. Plus récemment, d'autres systèmes juridiques se sont également inspirés de la tradition de la *common law* et de la solution de la Convention de Mexico, en consacrant le principe de proximité ainsi que le critère des liens les plus étroits comme rattachement principal applicable aux contrats internationaux. Force est de constater que ces divergences fondamentales ont durablement marqué les efforts de codification en Amérique latine.

En effet, à la différence de l'Union européenne, le processus d'harmonisation du droit international privé en Amérique latine s'est déroulé indépendamment de tout mécanisme d'intégration régional. Cette situation découle de l'évolution du régionalisme latino-américain qui a été marqué, comme on l'abordera[5], par un pluralisme d'organisations régionales et sous-régionales pouvant parfois se compléter, se chevaucher ou même se contredire. Le processus de codification du droit des contrats en Amérique latine a reflété cette complexité régionale, aboutissant à une multitude d'instruments divergents, élaborés en dehors des mécanismes régionaux et dont la coordination demeure difficile.

---

[3] Cf. C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, 2013, vol. 359, p. 333.

[4] Cf. O. Lando, « The Conflict of Laws of Contracts General Principles », *RCADI*, 1984, vol. 189, p. 237. Selon l'auteur : « Le droit des parties de choisir la loi qui régit un contrat international est si largement accepté par les pays du monde qu'il appartient au noyau commun des systèmes juridiques. » (Traduction libre de l'anglais).

[5] V. *infra* n° 61.

2. Le paysage juridique actuel. Depuis le Traité de Montevideo de 1889, évoqué précédemment et ratifié par l'Argentine, la Bolivie, le Pérou, le Paraguay, et l'Uruguay (avec l'adhésion ultérieure de la Colombie), trois autres instruments ont été adoptés.

En 1928, tout d'abord, un travail remarquable de codification du droit international privé américain fut réalisé avec la conclusion de la Convention sur le droit international privé, connue sous le nom de Code Bustamante. Cette appellation rend hommage à son concepteur, le juriste cubain Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén. Le Code Bustamante obtint l'approbation de seize pays latino-américains, parmi lesquels la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Costa Rica, Cuba, l'Équateur, le Salvador, le Guatemala, Haïti, le Honduras, la République dominicaine, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, le Venezuela et les Bahamas, qui le ratifièrent en 2017. Néanmoins, dans une conception dépassée du droit international privé, ce code ne mentionne pas directement la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable, et son texte complexe suscita de vives divergences doctrinales en Amérique latine. En outre, à la différence des traités issus du Congrès de Montevideo, le Code Bustamante adopta la nationalité commune et le lieu de conclusion du contrat comme critères de rattachement principaux régissant les contrats internationaux.

Par la suite, en 1940, le Traité de Montevideo de 1889 fut révisé et donna naissance au Traité de droit civil international de 1940 (Traité de Montevideo de 1940). Cette fois, seuls l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay le ratifièrent. À nouveau, et bien que des discussions aient eu lieu, aucune référence au principe d'autonomie de la volonté ne fut adoptée et le critère général du lieu d'exécution fut maintenu pour régir les contrats internationaux.

Enfin, en 1994, une dernière convention inspirée par la Convention de Rome fut conclue dans la région : la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux de 1994 (Convention de Mexico). Pour la première fois, un instrument régional reconnut expressément le principe d'autonomie de la volonté dans une conception contemporaine et adopta le principe de proximité comme critère de rattachement principal pour régir les contrats. Toutefois, en dépit de l'accueil favorable qu'elle reçut au sein de la doctrine, le caractère novateur des solutions consacrées par la Convention de Mexico ne permit pas de susciter un nombre significatif d'adhésions. Signée par la Bolivie, le Brésil, le Mexique, l'Uruguay, et le Venezuela, elle ne fut ratifiée que par le Venezuela et le Mexique.

Il convient également de souligner que cette incohérence à l'échelle régionale se prolonge au niveau interne, où l'interprétation et l'application des traités demeurent hétérogènes d'un État à l'autre. À cela s'ajoute le fait que les législations nationales varient considérablement quant à la reconnaissance de l'autonomie de la volonté et à sa portée, demeurant largement marquées par les théories territorialistes du siècle passé. Bien que les évolutions récentes témoignent d'une tendance à l'acceptation du principe d'autonomie de la volonté, de nombreuses législations demeurent silencieuses à ce sujet, maintenant ainsi des solutions anciennes et des rattachements objectifs, souvent unilatéraux, pour déterminer la loi applicable aux contrats. De surcroît, en l'absence de choix des parties,

les pays d'Amérique latine adoptent, comme déjà souligné, différents critères de rattachement, selon l'approche régionale.

Le professeur José Antonio Moreno Rodríguez a mis en lumière de manière pertinente la situation problématique des régimes de droit international privé contractuel sur le continent latino-américain. Son analyse révèle que ces systèmes souffrent d'une double insuffisance. D'une part, leur caractère « anachronique », dans la mesure où ils reposent essentiellement sur des solutions élaborées au XIX[e] siècle, qui ne correspondent plus aux exigences du commerce international contemporain. D'autre part, leur nature « chaotique », résultant de l'incompatibilité manifeste entre les règles nationales respectives de chaque système juridique, aggravée par l'existence de conventions internationales devenues obsolètes et dépourvues de cohérence d'ensemble[6].

3. Objet et finalité de la recherche. Le cadre juridique régissant la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine, qu'il s'agisse des instruments conventionnels ou des législations internes, se caractérise par un triple déficit : l'obsolescence des dispositions existantes, l'incohérence des solutions retenues et l'existence de lacunes normatives substantielles. La diversité des normes et des sources existantes a conduit à une hétérogénéité des rattachements choisis pour régir les contrats. En outre, la conception du principe d'autonomie de la volonté varie, créant des disparités et incertitudes significatives. Ce contexte accroît l'insécurité juridique, puisqu'il demeure difficile pour les parties de s'assurer que leur choix de loi sera respecté, voire de déterminer les limites et conséquences exactes de leur choix de loi ou de l'absence d'un tel choix.

Certains pourraient objecter que les parties à un contrat international disposent déjà de la faculté de choisir la loi applicable à leur relation contractuelle lorsqu'elles recourent à l'arbitrage international pour résoudre leurs différends, domaine où l'autonomie de la volonté est largement acceptée[7]. Toutefois, cet argument, séduisant en théorie, se heurte à une réalité pratique bien différente. Pour diverses raisons, les parties peuvent s'abstenir de choisir la loi applicable à leur contrat. Cette abstention peut résulter d'un désaccord entre elles ou, plus simplement, d'une méconnaissance de cette faculté. Ce phénomène s'observe particulièrement chez les opérateurs de petite taille qui ne disposent pas toujours de l'expertise nécessaire pour exercer de manière éclairée la liberté qui leur est reconnue[8].

---

[6] J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *in* J. Basedow, D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (coord.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, CEDEP, La Ley, 2010, p. 245-340, p. 335.

[7] Selon le dernier rapport de la CCI (2024), des clauses de choix de la loi applicable figuraient dans les dispositions contractuelles dans 95% de l'ensemble des affaires enregistrées en 2024, couvrant les lois de 108 pays, États, provinces et territoires. Cf. ICC, ICC Dispute Resolution 2024 Statistics, 2025, p. 13, en ligne https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-dispute-resolution-statistics-2024/ (consulté le 10 février 2026).

[8] La professeure Catherine Kessedjian a observé que les parties contractantes usent rarement de la faculté de choisir la loi applicable, notamment lorsqu'il s'agit d'opérateurs de petite taille (v. C. Kessedjian, « Le principe de proximité vingt ans après », *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 508). Bien que le rapport de la CCI (2024) révèle que dans la grande majorité des affaires soumises à son arbitrage, les parties ont procédé au choix de la loi applicable (v. note de bas de page supra), il convient de souligner que les litiges portés devant cette

Cette observation trouve une résonance particulière en Amérique latine, où les micro et petites entreprises constituent l'épine dorsale du tissu économique et où l'accès à un conseil juridique spécialisé en droit international privé demeure souvent limité[9]. En outre, comme l'a observé le professeur Bernard Audit, l'accord d'arbitrage international constitue un « socle fragile », régulièrement contesté[10]. Une partie qui considère, à tort ou à raison, ne pas devoir se soumettre à cette procédure privée peut contester l'accord, soit en s'opposant à la mise en œuvre de la clause par l'autre partie, soit en saisissant elle-même une juridiction étatique d'une action au fond et en contestant l'exception d'arbitrage soulevée par son adversaire[11].

Certains pourraient encore critiquer la recherche d'une harmonisation à l'échelon régional et soutenir qu'il conviendrait plutôt de privilégier les *forums* universels, tels que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) et la Conférence de La Haye de droit international privé (Conférence de La Haye). Le professeur Alejandro Garro a toutefois observé que de nombreux pays latino-américains manifestent une préférence marquée pour les instruments régionaux au détriment des conventions universelles, phénomène qui s'observe également dans d'autres régions du monde[12]. Bien que l'harmonisation à l'échelon global présente des mérites indéniables et ait permis de développer de nombreux succès d'harmonisation dans des matières spécifiques, force est de constater que les travaux de ces organisations se concentrent essentiellement sur des

institution concernent principalement des différends de grande envergure impliquant des montants considérables et, logiquement, uniquement ceux soumis à l'arbitrage, excluant ainsi ceux soumis aux juridictions étatiques. Selon le dernier rapport de la CCI (2024), en 2024, environ 50% des affaires enregistrées au cours de l'année, ainsi que des affaires pendantes en fin d'exercice, portaient sur un montant en litige compris entre 1 million et 30 millions de dollars américains. En 2024, le montant moyen en litige s'élevait à 130 millions de dollars américains dans les nouvelles affaires et à 211 millions de dollars américains dans les affaires pendantes en fin d'année. Alors que le montant médian en litige est resté stable dans les nouvelles affaires (environ 5 millions de dollars américains) et a atteint 14 millions de dollars américains pour l'ensemble des affaires pendantes en fin d'année, le montant en litige dans les affaires nouvellement enregistrées variait fortement, allant de légèrement moins de 10 000 dollars américains à 53 milliards de dollars américains. Cf. ICC, ICC Dispute Resolution 2024 Statistics, 2025, p. 5, en ligne https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-dispute-resolution-statistics-2024/ (consulté le 10 février 2026).

[9] Au Brésil, par exemple, une étude menée en 2024 par le Secrétariat au commerce extérieur (Secex), rattaché au Ministère du Développement, de l'Industrie, du Commerce et des Services (MDIC), révèle que sur les 28847 entreprises exportatrices recensées, 5952 étaient des micro-entreprises et 5480 des petites entreprises. Ainsi, les micro-entrepreneurs individuels, les micro-entreprises et les petites entreprises représentaient 38,6% de l'ensemble des exportateurs nationaux en 2024, en ligne https://balanca.economia.gov.br/balanca/outras/porte/relatorio_porte.html#metodologia (consulté le 10 février 2026).

[10] En cas d'échec de la contestation devant l'arbitre, elle peut être renouvelée dans le cadre d'une action en nullité de la sentence ou en défense à une action en exécution. V. B. Audit, « L'accord d'arbitrage international : conflits de lois et règles matérielles », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 133-149, p. 133.

[11] *Ibidem.*

[12] A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *Themis Revista de Derecho*, 1992, vol. 24, p. 13–40, p. 16 (traduction libre de l'espagnol).

domaines sectoriels[13]. À ce jour, aucun instrument contraignant n'a été élaboré concernant le régime de la loi applicable aux contrats internationaux. Ainsi, à notre sens, les deux démarches, régionale et universelle, ne s'excluent donc nullement : une harmonisation régionale demeure pertinente et se complète avec la convergence à l'échelle mondiale[14].

Il convient également de reconnaître qu'une partie substantielle du commerce international de marchandises est déjà régie par la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), largement ratifiée dans la région[15]. Néanmoins, cette convention, aussi importante soit-elle, ne résout pas l'ensemble des questions juridiques susceptibles de se poser dans le cadre d'une relation contractuelle internationale. De nombreux aspects demeurent en dehors de son champ d'application — qu'il s'agisse de questions relatives à la formation du contrat, à sa validité, aux vices du consentement, ou encore aux contrats de service et à d'autres types de contrats non couverts par cet instrument. Pour ces questions, le recours aux lois nationales demeure inévitable, ce qui justifie pleinement la nécessité d'une réflexion approfondie sur les règles de conflit de lois applicables dans la région. D'où l'importance d'un droit international privé des contrats cohérent et harmonieux en Amérique latine[16].

Selon le professeur Pamboukis, l'« harmonisation » s'entend comme un processus d'« approximation » ou d'« assimilation » visant à réduire certaines divergences entre les

[13] On pense notamment à la Convention de 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles élaborée par l'Unidroit, ainsi que ses protocoles additionnels et, dans le cadre de la Conférence de La Haye, on relève notamment la Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, de même que la Convention du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels. Pour la CNUDCI, des instruments relatifs à l'arbitrage ont rencontré un grand succès, comme la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 et ses amendements.

[14] En ce sens, v., en particulier, J.A. Estrella Faria, « Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform : Stormy Seas or Prosperous Voyage ? », *Revue de droit uniforme*, 2009, p. 5-34, spéc. p. 13 et 26. ; C. Fresnedo de Aguirre, « Unifying the Law of Carriage of Goods: A View from MERCOSUR », *Revue de droit uniforme*, 2003, p. 241-254 ; et C.M. Vazquez, « Regionalism versus Globalism: A View from the Americas. », *Revue de droit uniforme*, 2003, p. 63-70, spéc. p. 66 et s. Ce dernier, qui était vice-président du Comité juridique interaméricain de l'OEA, a souligné que, d'après une étude élaborée par l'OEA en 2015, malgré des opinions divergences, la majorité des États américains ont estimé que les organisations régionales, notamment le processus CIDIP, jouent un rôle important dans l'harmonisation du droit international privé car il répond mieux à leurs besoins spécifiques et leur donne une voix plus forte. L'approche régionale, permettrait ainsi d'aborder les problèmes plus en profondeur grâce à une moindre diversité des systèmes juridiques ; v. aussi, OEA, *Questionnaire on the implementation of the Inter-American Conventions on Private International Law* (CJI/doc.481/15), 2015.

[15] Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 11 avril 1980.

[16] En ce sens, et pour une analyse approfondie de la coexistence harmonieuse entre les règles uniformes universelles et les initiatives régionales en droit international privé, v. F. Ferrari, « Universal and Regional Sales Law: Can They Coexist ? », *Revue de droit uniforme*, 2003, p. 177-190. Selon l'auteur : « Il ressort de ce qui précède qu'il ne fait aucun doute que les régions jouent un rôle en matière d'unification du droit de la vente. Cela vaut non seulement pour les ventes non couvertes par la CVIM, principal effort d'unification dans ce domaine, mais aussi pour les situations où la CVIM s'applique. […] Les efforts d'unification universelle, tels que la CVIM, ne peuvent pas – et ne semblent d'ailleurs pas chercher à – les empêcher d'être pertinents. » (*Ibid*, p. 189, traduction libre de l'anglais).

systèmes juridiques[17]. À la différence de l'« unification » et de l'« uniformisation », l'harmonisation préserve la diversité des règles nationales tout en favorisant leur convergence. Elle constitue ainsi un instrument de rapprochement plutôt que d'identité normative, ce qui la rend particulièrement adaptée à une conception pluraliste du droit. L'harmonisation répond donc à une logique de compatibilité, de *convergence*, entre les systèmes juridiques concernés[18]. Harmoniser les principes applicables aux transactions transnationales et renforcer l'autonomie des parties dans les contrats commerciaux internationaux faciliterait la conclusion fructueuse des transactions commerciales ainsi que la prévention et le règlement rapide et efficace des éventuels litiges qui en découlent[19]. En outre, l'harmonisation juridique, par l'élaboration de règles précises et cohérentes, ne profite pas uniquement aux acteurs économiques placés sur un pied d'égalité. Elle peut également offrir une protection face aux déséquilibres structurels qui caractérisent certaines relations contractuelles, en particulier lorsqu'une partie se trouve en position de vulnérabilité ou dans un rapport de force inégal.

C'est dans cette perspective que la présente recherche entend clarifier les règles relatives à la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux en Amérique latine et proposer des voies concrètes d'harmonisation. L'objectif principal consiste ainsi à repenser le régime de la loi applicable aux contrats internationaux dans cette région afin d'identifier des possibilités d'harmonisation effective.

Bien que l'étude sur le droit applicable aux contrats internationaux en Amérique latine ne soit pas nouvelle[20], divers sujets demeurent marqués par d'importantes incertitudes et

---

[17] C.P. Pamboukis, « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI*, 2008, vol. 330, p. 42.

[18] *Ibidem*.

[19] En ce sens, v. D.P. Stewart, « How Private International Law Contributes to Economic Development and the Rule of Law », *in* D.P. Fernández Arroyo, C. Lima Marques (dir.), *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*, Asunción, CEDEP, 2010, p. 81-106, p. 88.

[20] Dans une *perspective générale* latino-américaine, v., en particulier, F. Vieira da Costa Cerqueira, *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du MERCOSUR*, Thèse dact., Université de Strasbourg, 2010 ; N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Padova, Cedam, Biblioteca giuridica, Attualità nº 48, 2010 ; M.M. Albornoz, *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du MERCOSUR*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 2006 ; A. Boggiano, « International Standard Contracts A Comparative Study », *RCADI*, 1981, vol. 170 ; A. Boggiano, *Contratos Internacionales*, 2ª éd., Buenos Aires, Depalma, 1995 ; S.L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos internacionales: Contratos celebrados por ordenador; Autonomia de la voluntad; Lex mercatoria,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995 ; D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016 ; D.P. Fernández Arroyo, A. Dreyzin de Klor (dir.), *Contratos internacionales*, Asunción, CEDEP, 2008 ; D.P. Fernández Arroyo*, Derecho internacional privado interamericano : evolución y perspectivas*, México, Universidad Anáhuac del Sur, 2003 ; D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de les Estados del Mercosur:* Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Buenos Aires, Zavalia, 2003 ; D.P. Fernández Arroyo, *La codificación del Derecho internacional privado em América Latina:* Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas, thèse, Universidad Complutense de Madrid, 1993 ; J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *in* J. Basedow, D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (coord.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, CEDEP, La Ley, 2010, p. 245-340 ; H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *RCADI*, 1952, vol. 81 ; I. Strenger, *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional,* 2ª éd., São Paulo, LTr, 2000 ; J. Dolinger, *Contratos e obrigações no direito internacional privado: Direito civil*

contradictions. Par ailleurs, aucune étude ayant abordé ce sujet n'a englobé l'ensemble de la région latino-américaine dans sa diversité, ni tenté de proposer une solution d'harmonisation susceptible de s'appliquer de manière générale à l'ensemble du sous-continent. Ces travaux, aussi précieux soient-ils, se sont limités à offrir des réponses circonscrites à un seul espace d'intégration régionale — en l'occurrence, le Mercosur[21] — sans véritablement envisager une approche de l'ensemble de la « région » latino-américaine[22].

De plus, bien que divers efforts aient été déployés, notamment avec la publication récente du Guide de l'Organisation des États Américains (OEA) de 2019 sur le droit applicable

---

internacional, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, vol. 2 ; N. de Araujo, *Contratos Internacionais : Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 4e éd, Rio de Janeiro, Renovar, 2009 ; N. de Araujo, « A autonomia da vontade nos contratos internacionais – direito brasileiro e países do Mercosul: considerações sobre a necessidade de alterações no internacional privado obrigacional do bloco », *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 17, 1999, p. 225-234 ; D. Opertti Badán, C. Fresnedo de Aguirre*, Contratos Comerciales Internacionales: Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997 ; C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional,* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991 ; R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales: Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, 2e éd., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998 ; R.B. Santos Belandro, « Pasado y presente de la codificación del derecho internacional privado en américa latina », *in* L. Pereznieto Castro, T. Treves, F. Seatzu (éds.), *Tradition and Innovation of Private International Law at the Beginning of the Third Millennium*, New York, Juris Publishing, Inc, 2006, p. 171-222 ; G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *RCADI*, 1979, vol. 164 ; E. Hernández-Bretón, « Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: ensayo de derecho privado », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 1988, n° 71, p. 377-420 ; C. Esplugues Mota, D. Hargain, G. Palao Moreno (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid, Edisofer [u.a.], Serie Europa - América, 2008 ; ; F.K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas », *The American Journal of Comparative Law*, 1997, vol. 45, p. 195-208 ; D. Girsberger, T.K. Graziano, J.L. Neels (dir.), *Choice of law in international commercial contracts: global perspectives on the Hague principles*, New York, Oxford University Press, 2021.

Pour les études concernant les *parties faibles* en Amérique latine, v., en particulier, C. Lima Marques, « A insuficiente proteção do consumidor nas normas de DIPR da necessidade de uma convenção interamericana sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo », *in* D.P. Fernández Arroyo, F. Mastrángelo (org.), *El futuro de la codificación del derecho internacional privado en América*, De la CIDIP VI a la CIDIP VII, Alveroni Ediciones, 2005, p. 105-165 ; C. Lima Marques, « Lei mais favorável ao consumidor e o acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017 », *Revista de Direito do Consumidor*, 2019, vol. 121, p. 419-457 ; L. Klein Vieira, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*, Thomson Reuters La Ley, 2017 ; et P. Serra Freire, *Le contrat international de consommation, comparaison franco-brésilienne*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 2015.

S'agissant de la *soft law* dans poitn de vue latino-américain, v., en particulier, A. Garro, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law no 51, 1re éd., 2021 ; L. Pereznieto Castro, « Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales »*, Contratación Internacional: Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998 ; et L. Gama, « Les principes d'UNIDROIT et la loi régissant les contrats de commerce », *RCADI*, 2019, vol. 406.

[21] V., en particulier, M.M. Albornoz, *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du MERCOSUR*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 2006 ; et F. Vieira da Costa Cerqueira, *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du MERCOSUR*, Thèse dact., Université de Strasbourg, 2010.

[22] Le terme « région » sera employé ici et dans la suite de cette étude dans une acception large, désignant une « vaste étendue de terre, large zone, contrée », « un territoire défini par des données naturelles, des facteurs économiques, des caractères historiques, etc. », sans référence à une division administrative ou à une organisation d'intégration économique particulière (cf. Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd.).

aux contrats commerciaux internationaux[23], qui propose des solutions pour l'harmonisation à l'échelle continentale, certaines questions restent peu abordées ou non résolues, en particulier lorsqu'il s'agit d'interpréter, de combiner et d'appliquer les sources de droit dans des situations pratiques. En outre, les propositions formulées dans le Guide appellent à une analyse approfondie afin d'évaluer leur pertinence réelle pour l'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine et de déterminer dans quelle mesure les solutions qu'il préconise peuvent y contribuer.

4. Délimitation du travail de recherche. Pour faire face à ces incertitudes, il est impératif de clarifier certains termes clés dans le cadre de cette étude.

Premièrement, il convient de préciser que la présente recherche se concentrera sur le « droit applicable » aux contrats internationaux. Par conséquent, les questions relatives au for compétent, ainsi que les accords d'arbitrage et d'élection de for, ne seront pas analysées. Les conséquences, en matière de droit applicable, de ces choix et applications diverses, seront, quant à elles, prises en compte.

Deuxièmement, la présente étude porte sur la loi applicable aux contrats « internationaux ». La détermination de l'internationalité d'un contrat soulève en effet des difficultés notables, compte tenu de la diversité des définitions proposées par la doctrine et la jurisprudence, ainsi que de l'absence d'une définition uniforme reconnue sur le plan international[24]. L'Amérique latine ne fait pas exception à cette fragmentation conceptuelle. Pour caractériser l'internationalité d'un contrat, deux approches principales se sont dégagées : l'approche « juridique » et l'approche « économique ».

L'approche *juridique*, historiquement première et la plus répandue en droit comparé[25], définit le contrat international par la présence d'au moins un élément d'extranéité[26], ou

---

[23] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019.

[24] Au sujet de l'internationalité des contrats v., en particulier, C. Witz, « L'internationalité et le contrat : L'internationalité, bilan et perspectives », *Revue Lamy Droit des Affaires,* 2002, n° 49, p. 59-66 ; P. Lagarde, « L'internationalité du point de vue de l'ordre international, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 46, 2002 ; P. Mayer, « Réflexion sur la notion de contrat international », *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, 2008 ; V. Pironon, « Le(s) critère(s) de l'internationalité à l'épreuve des pratiques du commerce international », *Mélanges É. Loquin*, LexisNexis, 2018, p. 553-568 ; L. Stark, *L'internationalité en droit international privé*, thèse, Université Bourgogne Franche-Comté en cotutelle avec Johannes-Gutenberg-Universität, 2020, spéc. p. 19 et s. ; M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Dalloz, 2e éd., 2020, n° 10 et s. ; P. Nabet (dir.), *L'internationalité du litige : de l'élément d'extranéité en droit international privé*, Legitech, 2024 ; G. Cerqueira, « Un impensé de l'internationalisation volontaire du contrat par le choix de loi : du jeu des conventions de droit matériel uniforme », *JDI*, 2024, p. 391-416 ; Dans une perspective latino-américaine, v., en particulier, G.A. Lorenzo Idiarte, « ¿Cuándo un contrato es internacional? - Análisis desde una perspectiva regional » *in* J. Kleinheisterkamp, G.A. Lorenzo Idiarte (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 105-132.

[25] L. Stark, *L'internationalité en droit international privé*, thèse, *op. cit*., p. 19 et s.

[26] V., en particulier, D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale*, t. 1, 5e éd., Thémis droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2021, n° 5 ; et P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », Cours général de droit international privé, *RCADI*, 2003, vol. 327, n° 69.

encore par l'existence de liens de rattachement avec plusieurs ordres juridiques[27]. Dans la définition classique proposée par le professeur Batiffol, « un contrat a un caractère international quand, par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plus d'un système juridique »[28]. L'internationalité peut également être définie de manière négative. La situation internationale se distingue ainsi de la situation purement interne, laquelle se définit *a contrario* comme celle ne présentant de liens de rattachement qu'avec un seul et même ordre juridique étatique. Ainsi, le professeur uruguayen Quintín Alfonsín a défini la situation internationale, comme celle qui « ne réunit pas tous ses éléments au sein d'un seul ordre national ni n'affecte exclusivement une société nationale »[29]. En outre, il est généralement admis qu'un seul élément d'extranéité suffit à caractériser l'internationalité au sens du conflit de lois[30]. Néanmoins, la doctrine contemporaine et les instruments les plus récents exigent que cet élément présente une certaine importance ou pertinence, faute de quoi la situation ne saurait être considérée comme internationale[31].

Cette méthode juridique, privilégiée par les instruments de droit souple récents[32] et les conventions internationales[33], soulève néanmoins deux difficultés majeures : d'une part, l'identification des éléments d'extranéité pertinents (p. ex., établissement, résidence

---

[27] En droit français, v., en particulier, B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 9e éd., 2022, n° 7 ; H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, vol. 139, 1973, p. 109. En Amérique latine, v., p. ex., A. Boggiano, *Tratado de derecho internacional privado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 6e éd. act., 2017, spéc. Chapitre I, § I, B ; H. Valladão, *Direito Internacional Privado*: Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, 4e éd., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1974, vol. 1, p. 38 et s. ; et V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 6e éd., 2023, p. 23.

[28] H. Batiffol, « Contrats et conventions », *Répertoire de droit international Dalloz*, 1re éd., 1968, p. 564, n° 9.

[29] Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, p. 5 (traduciton libre de l'espagnol).

[30] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, n° 13.

[31] P. ex., les Principes de La Haye exigent la présence d'éléments « pertinents ». En Amérique latine, suivent cette approche la loi paraguayenne applicable aux contrats internationaux de 2015 (art. 2, « éléments pertinents ») et la nouvelle loi uruguayenne de droit international privé de 2020 (art. 44, « des liens objectifs significatifs »). Comme l'a rappelé le professeur Louis d'Avout, « Toute internationalité quelconque n'est donc pas juridiquement pertinente ; et l'internationalité des situations n'est jamais une affaire de tout ou rien » (L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », Cours général de droit international privé, *RCADI*, 2024, vol. 443, n° 14). Dans ce sens, v. aussi, P. Lalive, « Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général) », *RCADI*, 1977, vol. 155, p. 219, selon lequel : « […] dans nombre de situations dites "internationales", l'élément d'extranéité n'est pas assez important, pas assez "signifiant" pour mériter un traitement particulier, c'est-à-dire différent de celui que recevrait une situation purement interne (mais encore faut-il s'être posé la question, avant d'y répondre) ».

[32] Ces instruments privilégient une définition large du contrat international formulée négativement, comme visant tout contrat sauf celui dont les éléments pertinents n'ont de lien qu'avec un seul pays, laissant aux juges la faculté de décider que tel élément d'extranéité n'est pas pertinent en l'espèce. V., en particulier, l'art. 1.2 des Principes de La Haye et ses commentaires, et la recommandation n° 5 du Guide de l'OEA, qui fait référence au premier.

[33] V., en particulier, la Convention de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (art. 1), la Convention de La Haye du même jour portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels (art. 1) ; la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (art. 1) ; et, plus précisément, en Amérique, la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux de 1994, la Convention de Mexico (art. 1).

habituelle, lieu d'exécution ou de conclusion, localisation de l'objet du contrat, nationalité des parties)[34] ; d'autre part, la question controversée de la possibilité d'une internationalisation subjective par la seule volonté des parties, généralement rejetée en Amérique latine au profit d'éléments objectifs.

En droit de l'Union européenne, le Règlement Rome I ne fournit pas de définition expresse de l'internationalité des contrats. Adoptant une approche juridique, l'article 1.1 du règlement circonscrit son champ d'application aux « situations comportant un conflit de lois »[35]. La lecture combinée de cette disposition avec l'article 3.3 du même règlement — lequel précise que le seul choix d'une loi applicable ne saurait faire échec à l'application des dispositions impératives du droit de l'État concerné — a conduit à admettre que les parties puissent soumettre un contrat objectivement interne à une loi étrangère[36]. Cette faculté demeure néanmoins strictement encadrée : la loi étrangère ainsi désignée ne peut se substituer qu'aux seules dispositions supplétives de volonté de l'ordre juridique dans lequel s'inscrit le contrat[37]. De ce fait, pour une partie majoritaire de la doctrine, « la désignation d'une loi étrangère a pour valeur celle d'une simple incorporation matérielle,

[34] Si certains éléments d'extranéité font l'objet d'un consensus doctrinal et jurisprudentiel quant à leur pertinence pour caractériser l'internationalité d'un contrat – notamment l'établissement, la résidence habituelle, le lieu d'exécution ou la localisation de l'objet contractuel –, d'autres suscitent des réserves substantielles, voire un rejet catégorique. Par exemple, le lieu de conclusion du contrat constitue le premier de ces éléments controversés. La doctrine lui dénie généralement toute valeur probante lorsqu'il représente l'unique rattachement international, en raison de son caractère fortuit et aisément manipulable. Les parties pourraient effectivement internationaliser artificiellement leur relation contractuelle en se déplaçant à l'étranger pour apposer leurs signatures, ou plus simplement encore, en stipulant fictivement un lieu de conclusion étranger. En outre, la nationalité des parties fait également l'objet d'une contestation croissante, notamment en raison de son caractère non décisif en matière contractuelle, particulièrement dans le domaine commercial. Le domicile des parties n'échappe pas à la controverse. Contrairement au siège social d'une personne morale, qui revêt une signification économique objective, le domicile des personnes physiques ne constituerait qu'une manifestation de volonté individuelle, dépourvue de la consistance nécessaire pour fonder à lui seul le caractère international d'un contrat. Pour des discussions doctrinales à propos de la remise en cause de certains éléments d'extranéité, v., en particulier, A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, n° 19 et s. ; L. Stark, *L'internationalité en droit international privé*, thèse, *op. cit*., p. 53 et s. ; M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Dalloz, 2e éd., 2020, n° 14 ; et P. Mayer , « La délocalisation du contrat », *La relativité du contrat : actes du colloque,* Nantes, 1999, t. IV, Paris, LGDJ, 2000.

[35] Le rapport explicatif des professeurs Giuliano et Lagarde portant sur la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles définit la situation comportant un conflit de lois comme la situation « qui comport[e] un ou plusieurs éléments d'extranéité par rapport à la vie sociale interne d'un pays ». Le rapport cite à titre d'exemples d'élément d'extranéité, la nationalité des parties, leur domicile, le lieu de conclusion ou le lieu d'exécution du contrat. Cf. M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Journal officiel des Communautés européennes*, 1980, n° C 282/1, n° 1.

[36] Le Règlement prévoit en outre une réserve analogue s'agissant des dispositions impératives du droit de l'Union européenne, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés dans un ou plusieurs États membres (art. 3.4). V., en particulier, M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, n° 225 ; L. Stark, *L'internationalité en droit international privé*, thèse, *op. cit*., p. 45 et s. ; D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale*, t. 2, 5e éd., Thémis droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2021, n° 895 ; B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 1044 ; D. Bureau, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, Puf, Éd. du JurisClasseur, 1999, p. 285 et s. ; pour une perspective de l'internationalisation volontaire, le Règlement Rome I et les conventions de droit matériel uniforme, v. G. Cerqueira, « Un impensé de l'internationalisation volontaire du contrat par le choix de loi : du jeu des conventions de droit matériel uniforme », *JDI*, 2024, p. 391-416.

[37] V., en particulier, M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, n° 225 ; D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale*, t. 2, 5e éd., Thémis droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2021, n° 895 ; B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 1044 ; L. d'Avout. « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2165.

non celle d'une véritable *electio juris* »[38]. Toutefois, comme nous le verrons ultérieurement[39], la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de compétence juridictionnelle a progressivement atténué cette frontière entre l'interne et l'international[40]. Dans un arrêt récent, la Cour a en effet admis qu'un contrat puisse être qualifié d'international par la seule présence d'une clause attributive de juridiction[41], soulevant ainsi des interrogations légitimes quant aux répercussions et conséquences que cette internationalisation volontaire d'un contrat objectivement dépourvu de tout élément d'extranéité pourrait également entraîner sur le plan de la loi applicable[42].

L'approche *économique*, quant à elle, développée par la doctrine et la jurisprudence françaises, repose sur l'examen de l'impact économique de l'opération contractuelle, celle-ci étant motivée « par les nécessités ou les besoins du commerce international »[43]. La jurisprudence française a progressivement affiné cette conception à travers plusieurs formulations[44]. Si, à l'origine, il fallait constater que le contrat produisait « un mouvement

[38] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, n° 225 ; L. d'Avout. « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, p. 2165. Pour les discussions sur les effets d'un choix de loi dans un contrat interne, v. L. Stark, *L'internationalité en droit international privé*, thèse, *op. cit*., p. 137 et s.

[39] V. *infra* n° 567bis.

[40] Les débats doctrinaux sur la pertinence de cette dichotomie et à la nécessité de revisiter la notion d'internationalité demeurent vifs, particulièrement face à la dématérialisation du commerce électronique international et au développement de règles matérielles uniformes régissant les contrats internationaux, notamment commerciaux. V., à ce sujet, le colloque organisé à la Cour de cassation le 9 février 2026 par les professeurs Gustavo Cerqueira, Giulio Cesare Giorgini et Nicolas Nord sur le thème « Revisiter l'internationalité du contrat » (actes à paraître).

[41] CJUE 8 févr. 2024, *Inkreal*, aff. C-566/22, D. 2024, p. 1563, note D. Sindres ; D. 2024, p. 937, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; D. 2024, p. 1735, obs. L. d'Avout, S. Bollée, E. Farnoux et A. Gridel ; *Rev. crit. DIP,* 2024, p. 348, note D. Bureau et H. Muir Watt ; RTD civ. 2024, p. 361, obs. F. Marchadier ; RTD com. 2024, p. 466, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; RTD eur. 2024, p. 181, obs. M.-E. Ancel. Dans cette affaire, critiquée par les auteurs cités, la Cour a jugé qu'un « élément transfrontalier » est présent lorsque des parties établies dans un même État membre choisissent de conférer compétence aux juridictions d'un autre État membre en l'absence de tout autre élément d'internationalité. Dans le même sens, v. aussi CJUE 9 oct. 2025, *Cabris Investments Ltd*, aff. C-540/24. V. aussi, en matière de procédure d'insolvabilité, CJUE, 8 juin 2017, *Vinyls Italia*, C-54/16, par lequel la Cour de justice a considéré que l'article 3.3 du règlement Rome I « ne régit pas la question de savoir si, lorsque tous les autres éléments d'une situation, hormis le choix par les parties de la loi applicable, sont localisés dans un État membre autre que celui dont la loi est choisie », le choix des parties devant ainsi être pris en compte aux fins de l'application de l'article 13 du règlement n° 1346/2000. La Cour considéra en effet que le choix, par les parties, d'une loi étrangère dans un contrat interne (en l'espèce un contrat d'affrètement maritime, conclu en Italie, entre deux sociétés de droit italien, ayant toutes les deux leur siège social en Italie, pour le transport de substances chimiques par des bateaux battant pavillon italien, par lequel les parties avaient désigné le droit anglais et une clause compromissoire indiquant un tribunal arbitral anglais) n'était pas de nature à faire présumer une quelconque fraude ou abus. Dans la jurisprudence française, v. l'arrêt *Italie* (Cass., Civ. 1re, 8 févr. 2024, n° 3566/2024), par lequel la Cour de cassation a étendu le principe de l'arrêt *Inkreal* aux stipulations analogues d'actes institutifs de *trust* (en l'occurrence, un *trust* créé dans une situation purement interne, en Italie – les biens immobiliers étaient situés en Italie et les parties semblent toutes avoir été de nationalité italienne et domiciliées en Italie ; l'unique élément d'extranéité résidait dans la clause d'élection de for et de choix de loi. Pour une critique de cette solution, v. A. Giannakopoulos, « Trust et clause d'élection de for au sein du règlement Bruxelles I bis (Cass. [Italie], Civ. 1re, 8 févr. 2024, n° 3566/2024) », *Rev. crit. DIP*, 2024, p. 505-515.

[42] V. en particulier, D. Sindres, « Nouvelle trouvaille de la Cour de Justice : l'internationalisation d'une situation au moyen d'une clause attributive de compétence », *Recueil Dalloz*, 2024, p. 1563-1567, spéc. p. 1566.

[43] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Dalloz, 2e éd., 2020, n° 16.

[44] V. A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, n° 45 et s.

de flux et de reflux au-dessus des frontières »[45], la Cour de cassation a progressivement assouplit cette approche, considérant comme international le contrat qui « met en cause des intérêts du commerce international »[46], pour aboutir finalement au critère économique des opérations « dépassant le cadre de l'économie interne »[47]. Le critère économique n'a toutefois pas échappé aux critiques de la doctrine, notamment en raison des difficultés liées à son interprétation[48]. S'il n'a pas connu de succès parmi les conventions internationales[49], en droit français, néanmoins, ce critère a été consacré à l'article 1504 du Code de procédure civile qui définit l'arbitrage international comme celui « qui met en cause des intérêts du commerce international ».

Bien que l'approche économique ait exercé une influence sur la jurisprudence de certains pays latino-américains, notamment en Argentine, ces systèmes juridiques demeurent néanmoins, comme nous le verrons[50], fondamentalement attachés à une conception juridique reposant sur des critères objectifs pour qualifier l'internationalité d'un contrat. S'agissant des points de rattachement objectifs susceptibles d'être retenus, ces ordres juridiques adoptent généralement une démarche extensive, sans établir de liste limitative des éléments pouvant être pris en considération. Cette souplesse méthodologique n'empêche toutefois pas l'existence d'une réticence marquée à l'égard de la possibilité pour les parties de conférer, par leur seule volonté, un caractère international à leur convention.

En raison de l'importance de cette définition, les différentes interprétations de l'internationalité des contrats retenues par les instruments conventionnels et nationaux en vigueur en Amérique latine feront l'objet d'un examen approfondi dans les développements ultérieurs[51]. Il convient toutefois de préciser d'emblée que notre analyse

---

[45] Cette définition avait été proposée par l'Avocat général Paul Matter. Concl. Matter dans l'affaire Cass. civ., 17 mai 1927, *Pélissier du Besset*, DP 1928.I.25, note H. Capitant ; S. 1927.I.289. V. à propos de cette jurisprudence et des formules du procureur Matter, P. Lerebours-Pigeonnière, « A propos du contrat international », *JDI*, 1951, p. 4.

[46] Cass. civ., 19 févr. 1930, *Mardelé* ; et 27 janv. 1931 et Cass. 1re civ., 2 mai 1966, *Dambricourt* ; V. aussi, Cass. 1re civ., 18 mai 1971, *Impex c. Soc. PAZ. Produzione Lavorazione et Malteria Tirena*, 1er arrêt ; et Cass. 1re civ. 18 mai 1971, Impex c. Soc. Malteria Adriatica et autres, 2ème arrêt.

[47] Cass. civ., 14 févr. 1934, *Banque hypothécaire franco-argentine*, DP 1934.I.78.

[48] Pour les discussions et critiques de cette approche, v. L. Stark, *L'internationalité en droit international privé, thèse, op. cit.*, p. 29 et s. L'auteure souligne notamment l'étendue de son champ d'application ainsi que les difficultés liées à la définition des « intérêts du commerce international » et à la détermination du moment à partir duquel une opération quitte la sphère de l'économie interne pour relever de celle de l'économie internationale. V. aussi, P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.,* n° 66, pour qui : « Un tel critère serait pertinent si l'on cherchait à définir les événements susceptibles d'affecter la balance du commerce extérieur des États. Mais quel rapport avec la loi applicable au contrat ? C'est la pluralité des ordres juridiques, non celle des économies nationales, qui suscite les questions de droit international privé ».

[49] En se référant aux conventions matérielles, les professeurs, M.-É. Ancel, P. Deumier, et M. Laazouzi estiment que cette situation s'explique par le fait que l'approche économique, en accordant une marge d'appréciation large aux juges, engendre une insécurité juridique incompatible avec l'objectif d'uniformité poursuivi par ces instruments. V. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Paris, Dalloz, 2e éd., 2020, n° 17.

[50] V. *infra* n° 401.

[51] V. *infra* n° 214 et s. (instruments conventionnels) et n° 399 et s. (droits nationaux).

reposera sur une conception juridique extensive, objective et qualifiée de l'internationalité contractuelle, dont les contours seront délimités au cours de cette étude[52].

Troisièmement, en raison des liens historiques, économiques, politiques et juridiques communs, nous nous limiterons géographiquement à la région connue sous la dénomination d'« Amérique latine ». Bien que nous ayons initialement envisagé de restreindre l'étude aux pays d'Amérique du Sud, cette approche aurait exclu le Mexique ainsi que d'autres économies importantes d'Amérique centrale et des Caraïbes. De la même façon, limiter l'étude à l'organisation régionale d'intégration du Mercosur, comme également envisagé, aurait exclu des pays importants de la région, étant donné que ce bloc est composé de seulement six pays sud-américains[53], d'autant plus que des travaux rigoureux et détaillés sur cette organisation et la loi applicable aux contrats internationaux ont déjà été réalisés[54]. Pour ces raisons, nous avons choisi d'élargir la présente recherche à l'ensemble des pays de la région communément désignée sous l'appellation d'Amérique latine, y compris les Caraïbes.

L'expression « Amérique latine » présente une définition complexe qui ne peut être réduite ni à un critère purement géographique ni à un critère strictement linguistique. D'un point de vue géographique, l'inclusion ou l'exclusion de certains pays soulève des difficultés : le Mexique, bien que nord-américain, partage de nombreux liens avec les pays d'Amérique du sud, tandis que des territoires comme la Guyane anglaise seraient inclus, et ce malgré leur colonisation britannique. D'un point de vue linguistique, si l'on considère les langues latines (espagnol, portugais, français), le Québec devrait être inclus, ce qui semble peu cohérent avec l'identité latino-américaine généralement reconnue. Cette difficulté de définition a conduit à diverses propositions terminologiques alternatives, telles qu'« Amérique ibérique », « Amérique hispanique » ou « Amériques latines » au pluriel, mais c'est finalement l'expression « Amérique latine » qui s'est imposée[55].

L'idée d'Amérique latine trouve ses racines dans l'impérialisme européen des années 1830, en particulier en France sous Napoléon III. Ce dernier justifiait son expansion en invoquant une solidarité entre peuples latins européens face aux Anglo-

[52] Des solutions spécifiques seront proposées dans la deuxième partie de ce travail. V. *infra* n° 566 et s.

[53] Sont États-parties du Mercosur : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela. Le Venezuela est suspendu de tous les droits et obligations inhérents à sa condition d'État partie du Mercosur, conformément aux dispositions du deuxième paragraphe de l'art. 5 du Protocole d'Ushuaia daté du 24 juillet 1998. Cf. « Países do MERCOSUL », *MERCOSUL*, sans date, en ligne https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/paises-do-mercosul/ (consulté le 21 janvier 2025).

[54] V., en particulier, M.M. Albornoz, *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du MERCOSUR*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 2006 ; et F. Vieira da Costa Cerqueira, *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du MERCOSUR*, thèse, Université de Strasbourg, 2010.

[55] V., en particulier, D. Marcilhacy, « ! Nada de latinismos ! Amérique "latine" ou Amérique "hispanique" », *op. cit.*, p. 212-213 ; M. Rojas Mix, *Los cien nombres de América*, Barcelona, Lumen, 1991 ; P. Monbeig, *Une Amérique latine ou des Amériques latines ?,* Strasbourg, Centre Universitaire des Études Européennes, 1965.

Saxons[56]. Cependant, dès le XX^e siècle, cette notion a été réappropriée par les anciennes colonies espagnoles d'Amérique pour défendre une conscience républicaine, anti-impérialiste et anticolonialiste, toujours en opposition à l'expansionnisme des États-Unis[57]. Le Brésil lusophone a rapidement adopté cette identification[58]. Malgré les critiques portant sur le manque d'homogénéité culturelle de la région (diversité des biomes, héritages ethniques variés, enjeux économiques et politiques différents), le terme « Amérique latine » a survécu et s'est imposé des deux côtés de l'Atlantique, avec un changement sémantique privilégiant des critères socio-économiques plutôt que linguistiques[59].

Aujourd'hui, l'Amérique latine se définit davantage par une coloration socio-économique et géopolitique que par des critères strictement linguistiques ou géographiques[60]. Comme

---

[56] Cette idée a été exportée en Amérique afin de « protéger » les « États latins d'Amérique » de l'expansion croissante des États-Unis (pays anglo-saxon) sur le continent et d'augmenter leur influence sur ce territoire. La France, nation sœur des peuples « latins d'Amérique », serait alors venue « aider » ses nations sœurs face au développement agressif anglo-saxon des nord-américains dans la région. Si Alexandre de Humboldt, savant allemand, avait déjà développé un embryon de l'idée d'un « esprit latin » dans son *Voyage aux régions équinoxiales du Nouveau Continent, fait en 1799, 1800, 1801, 1802, 1803 et 1804,* publié à Paris en 1825, c'est avec les études du sénateur et économiste français Michel Chevalier, élaborées entre 1836 et 1843, que le concept a été adopté en France pour servir de justification au projet monarchiste du Mexique et à l'intervention de Napoléon III au Mexique, qui eut lieu entre 1861 et 1867. Pour une analyse historique sur Alexandre de Humboldt, v., C. Minguet, *Alexandre de Humboldt : Historien et géographe de l'Amérique espagnole (1799-1804)*, Paris, éd. de l'IHEAL, 1969, p. 363 ; pour une analyse historique sur le projet monarchiste français au Mexique, v., G. Martinière, « L'expédition mexicaine de Napoléon III dans l'historiographie française », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine : L'historiographie du Second Empire*, Paris, t. 21, vol. 1, p. 142-173, 1974, p. 147 ; D. Marcilhacy, « !Nada de latinismos ! Amérique "latine" ou Amérique "hispanique" », *op. cit.*, p. 202.

[57] Vers les années 1850, le terme « Amérique latine » fut utilisé en Europe par deux intellectuels sud-américains : le Chilien Francisco Bilbao et le Colombien Torres Caicedo. Au-delà des nuances entre eux, les deux auteurs reconnaissaient que le concept d'Amérique latine était lié à une « conscience latino-américaine », une « identité » commune, en opposition à la culture anglo-saxonne. En effet, « à partir de 1900 et tout au long des années 1910–1920, plusieurs intellectuels de renom firent campagne en faveur d'une plus grande intégration du sous-continent. Ce courant de l'unionisme latino-américain […] assura le succès de l'expression "Amérique latine", l'un des plus sûrs ferments de ce courant étant la référence à la commune latinité, une latinité que les intellectuels de l'époque identifiaient comme l'élément vertébrateur assurant leur unité culturelle ». D. Marcilhacy, « ! Nada de latinismos ! Amérique "latine" ou Amérique "hispanique" », *op. cit.,* p. 206.

[58] V., en particulier, G. Martinière, « Michel Chevalier et la latinité de l'Amérique », *Revista NEIBA, Cadernos Argentina-Brasil*, vol. III, n° 1, 2014 ; V. Romero, « Du nominal "latin" pour l'Autre Amérique : Notes sur la naissance et le sens du nom "Amérique latine" autour des années 1850 », *Histoire Et Sociétés de l'Amérique Latine*, 1998, p. 57-86.

[59] Malgré le succès régional de la terminologie, celle-ci fut largement critiquée, notamment parce que son usage était considéré comme un « néologisme étranger ». Par ailleurs, le manque d'homogénéisation culturelle dans la région était également soulevé : l'Amérique latine n'est pas un ensemble unitaire. Elle représente un territoire marqué par la présence de biomes variés (l'Amazonie, les Pampas, les Andes…), un héritage ethnique très divers (les peuples précolombiens du côté pacifique, un héritage africain très fort en raison de l'esclavage au Brésil et à Cuba, une forte immigration européenne en Argentine, Uruguay et au sud du Brésil…), ce qui engendre parfois des enjeux différents en matière d'économie et de politique. Cf. D. Marcilhacy, « ! Nada de latinismos ! Amérique "latine" ou Amérique "hispanique" », *op. cit*., p. 206 et s.

[60] Selon la doctrine spécialisée, l'Amérique latine se caractérise par une colonisation espagnole, portugaise, et, dans une certaine mesure, française (à Haïti), se distinguant, dès lors, de l'Amérique anglo-saxonne, de colonisation anglaise. Bien que l'espagnol et le portugais dominent, l'influence de cultures précolombiennes et d'immigrations récentes (allemande, italienne, japonaise, libanaise) est notoire. L'exclusion du Canada, malgré le Québec, et la participation de pays comme Trinité-et-Tobago, les Bahamas

l'affirme le professeur Jesús María Yepes, cette qualification se justifie dès lors que ces « États latins du Nouveau Monde » partagent « un sentiment de solidarité et de fraternité » entre eux, les faisant se considérer « comme formant une même famille de nations »[61].

Étant données les ambiguïtés liées à cette notion, la présente étude se concentrera en priorité sur les dix-neuf pays latino-américains d'influence historique espagnole et portugaise en raison de leurs similitudes socio-économiques et juridiques.

Comme le professeur Alejandro Garro l'a mis en lumière, malgré les divergences entre les traditions juridiques lusophone et hispanophone, les systèmes juridiques de la région demeurent unis par des traits fondamentaux communs qui s'appuient sur une véritable « identité régionale », permettant d'analyser leurs efforts et de comparer leurs résultats en matière d'harmonisation du droit international privé. Cette harmonisation trouve sa justification dans un ensemble de facteurs convergents : l'unité linguistique et géographique, l'homogénéité relative des traditions sociales, la similitude des défis économiques et politiques, et surtout, un héritage juridique néo-romain partagé. Ces éléments ont alimenté des initiatives d'uniformisation juridique régionale, dont l'histoire s'étend du Congrès de Panama convoqué par Bolívar en 1826 jusqu'aux conventions interaméricaines adoptées dans le cadre des Conférences interaméricaines spécialisées de droit international privé (CIDIP), organisées sous l'égide de l'Organisation des États américains (OEA) depuis 1975[62].

En raison de ces facteurs de convergence, l'étude se concentrera sur le droit des pays économiquement en développement partageant des traits socio-économiques communs dans les trois Amériques, répartis comme suit :

(i) L'Amérique du Nord : Mexique ;
(ii) L'Amérique Centrale : Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama ;
(iii) Les Caraïbes : Cuba, République dominicaine ; et

---

et la Guyana, dans des organismes, tels que le Système économique latino-américain et caribéen (SELA) et la Banque Interaméricaine de développement (BID), soulèvent des questions géopolitiques et socio-économiques sur le concept. D'autres organismes, dont la Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (CEPAL), intègrent l'expression « Amérique latine et les Caraïbes », reconnaissant ainsi, dans ce concept, 33 pays, y compris les nations caribéennes présentant une origine linguistique « non latine » (Cf. A. Rouquié, *Amérique latine. Introduction à l'Extrême-Occident*, Paris, Le Seuil, 1987, p. 19). Cette notion large de l'Amérique latine, telle qu'adoptée par la CEPAL, englobe au total 33 pays : Antigua-et-Barbuda, Argentine, Aruba, Les Bahamas, Barbade, Belize, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Dominique, République dominicaine, Équateur, El Salvador, Grenade, Guatemala, Guyane, Haïti, Honduras, Jamaïque, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Suriname, Trinité-et-Tobago, Uruguay et le Venezuela. V. CEPAL, en ligne https://www.cepal.org/en/estados-miembros (consulté le 14 décembre 2020).

[61] J.M. Yepes, « La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé », *RCADI*, 1930, vol. 32, p. 701.

[62] A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *Themis Revista de Derecho*, 1992, vol. 24, p. 13–40.

(iv) L'Amérique du Sud : Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Équateur, Paraguay, Pérou, Uruguay, et Venezuela.

5. Une démarche comparative et critique. L'objet de la recherche ainsi circonscrit, il s'agira de mener une étude comparative destinée à mettre en lumière les convergences et divergences entre les règles en vigueur, tout en adoptant une démarche analytique permettant d'évaluer les insuffisances et les difficultés d'application du régime actuel de la loi applicable aux contrats internationaux. L'examen des instruments contraignants à l'échelle régionale, ainsi que des législations nationales permettra d'appréhender avec précision les solutions actuellement retenues.

Dans le cadre de cette étude divers éléments, concepts et catégories juridiques convergeant au sein du régime juridique de la loi applicable seront analysés. L'objectif poursuivi est de faire émerger les principes communs partagés par les sources conventionnelles et les systèmes juridiques nationaux, au-delà des divergences apparentes observables dans le droit positif. Cette démarche permettra de dégager une compréhension plus approfondie des mécanismes fondamentaux qui sous-tendent la détermination de la loi applicable, révélant ainsi l'existence éventuelle d'une cohérence normative sous-jacente à la diversité des règles formelles.

L'analyse portera sur l'admission du principe d'autonomie de la volonté, son étendue et son régime, les solutions applicables en l'absence de choix des parties, ainsi que sur l'ensemble des questions transversales relatives à la loi du contrat. Elle sera menée à la fois au regard des sources conventionnelles et des dispositions internes de droit international privé. Celles-ci comprennent notamment l'internationalité, le domaine d'application de cette loi, le mécanisme du renvoi, les facteurs susceptibles de faire obstacle à l'application des lois étrangères, la protection des parties vulnérables et la place accordée au droit non étatique.

Afin d'obtenir une vision réaliste et exhaustive du système juridique latino-américain contemporain, une analyse jurisprudentielle et doctrinale sera également menée pour saisir la manière dont ces règles sont interprétées et appliquées dans la région, et ce, pour deux raisons essentielles. D'une part, une telle analyse permet aux praticiens du droit de connaître l'état actuel des règles susceptibles de régir un éventuel litige portant sur un contrat international dans la région. D'autre part, elle permet d'identifier de manière précise et concrète les lacunes ainsi que les principaux axes de convergence et de divergence, qui constitueront le fondement de propositions visant à l'harmonisation de la matière.

6. Itinéraire de recherche. L'harmonisation du droit international ne saurait être envisagée comme un simple exercice technique. Comme le souligne le professeur Fernández Rozas, ce processus est profondément marqué par une pluralité de facteurs

d'ordre politique, culturel et même émotionnel qui en conditionnent la réalisation[63]. Dans cette perspective, toute démarche d'harmonisation suppose nécessairement un travail d'identification des convergences existantes et de dépassement des divergences.

C'est précisément dans cette optique que s'inscrit la présente recherche. Afin d'atteindre au mieux les objectifs ainsi tracés, il convient de partir d'une analyse critique de l'état du régime de droit applicable aux contrats internationaux dans les États latino-américains. Cette étude visera à apprécier si les solutions retenues en matière de loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine relèvent véritablement d'une incohérence ou d'une absence d'harmonisation, ou si, au contraire, il est possible de discerner, dans certaines hypothèses, une convergence — fût-elle incidente — résultant de l'interprétation doctrinale ou de la mise en œuvre jurisprudentielle des normes en vigueur. Dans l'hypothèse où la non-harmonisation apparaîtrait comme une réalité tangible, il conviendrait alors d'identifier les voies permettant de parvenir à l'harmonisation recherchée. Cette analyse impliquerait d'examiner les règles de conflit de lois les plus appropriées à cette fin et de déterminer les mécanismes propices à la résorption des conflits de sources, afin de favoriser une harmonisation effective.

Partie I. — Le régime actuel du droit des conflits de lois

Partie II. — Les voies de l'harmonisation effective

[63] J.C. Fernández Rozas, « Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina », *in* J.A. Silva (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, p. 81-82.

PREMIÈRE PARTIE — LE RÉGIME ACTUEL DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

7. Les liens juridiques existants entre les pays d'Amérique latine et son impact sur l'harmonisation du droit. Malgré les diversités existantes entre les pays d'Amérique latine, ceux-ci présentent de nombreux liens historiques, économiques et juridiques. Plus précisément en ce qui concerne les liens juridiques, tous les pays de cette zone géographique ont depuis leur indépendance des bases juridiques et des institutions juridiques communes. Cette homogénéité générale se retrouve notamment dans les racines des institutions juridiques appliquées en Amérique latine, fondées sur le droit romain et inspirées par certains régimes juridiques européens, notamment sur le Code civil français[64]. Ces liens étroits ont très tôt amené les pays latino-américains à rechercher une collaboration et une intégration régionale, d'abord plutôt économique, puis juridique.

Le désir d'indépendance des anciennes colonies ainsi que le cadre juridique commun des pays d'Amérique latine ont rapidement conduit les nouvelles républiques latino-américaines à chercher à harmoniser leur droit international en général, y compris le droit international privé. Cependant, cet effort d'harmonisation n'a pas abouti à une source commune de droit international privé. Bien que plusieurs conventions soient en vigueur dans la région, aucune d'entre elles ne lie la totalité des États latino-américains. À dire vrai, la région s'est subdivisée en plusieurs blocs, chacun présentant des doctrines assez diverses, voire opposées. L'harmonisation des normes de droit international privé pour l'Amérique, qui était autrefois un rêve, ne s'est pas concrétisée.

À défaut d'application des conventions régionales, les règles de droit international privé de source interne s'appliqueront. Les États peuvent ainsi essayer d'harmoniser le droit international privé en modernisant leurs normes de source interne pour qu'elles s'approchent et prévoient des solutions similaires. Récemment, un tel mouvement a été observé en Amérique latine, mais l'harmonisation des normes sur la loi applicable aux contrats internationaux au niveau régional reste encore loin d'être atteinte.

8. L'insuffisance jurisprudentielle et l'importance de la doctrine. Il convient également de noter que, dans le domaine du droit privé, les systèmes juridiques latino-américains sont fortement influencés par le système de droit civil de tradition européenne continentale. De ce fait, en principe, les décisions de justice ne lient pas aussi étroitement les juges que dans les juridictions de tradition de *common law.* Dans ces juridictions, « le

[64] V. E. Betanzos, « La tradición jurídica occidental y su recepción en Latinoamérica: apuntes para una revisión », *La Familia Jurídica Iberoamericana*, México, Porrúa, 2016, p. 1-23, p. 16-17; pour une analyse de la codification du droit civil en Amérique latine, v. A. Guzmán Brito, « La tradición jurídica occidental y su recepción en Latinoamérica: apuntes para una revisión », *La Familia Jurídica Iberoamericana*, México, Porrúa, 2016, p. 139-179.

"droit jugé" est exploitable dans d'autres cas que celui à l'occasion duquel il a été jugé, à travers la notion de précédent »[65]. Dans cette notion, « si les faits se produisant dans un cas sont assez similaires aux faits s'étant produit dans un cas précédemment jugé avec force de précédent, la solution retenue pour ce cas vaudra pour le nouveau, par un raisonnement d'analogie »[66].

En revanche, dans les pays de tradition romano-germanique, comme ceux d'Amérique latine, les règles et principes jurisprudentiels n'ont pas la force de précédent. Ils peuvent cependant être considérés comme des éléments persuasifs pour anticiper l'issue de questions juridiques potentielles[67]. En d'autres termes, ces arrêts n'ont pas la même autorité que les précédents (*stare decisis*) des pays de *common law*, qui établissent une jurisprudence contraignante et dont les principes généraux du droit qu'ils dégagent sont des règles prétoriennes qui s'imposent à toutes les juridictions inférieures[68]. En effet, les pays latino-américains étudiés dans le cadre de la présente recherche sont des pays de tradition civiliste. Dans ces pays, en règle générale, les arrêts des instances supérieures sont respectés par les juridictions inférieures à condition qu'ils soient conformes à une jurisprudence constante. Ainsi, il est nécessaire qu'une série de décisions cohérentes soit établie pour poser une règle de jurisprudence constante.

À titre comparatif, en France, la jurisprudence a longtemps constitué la principale source du droit international privé de source interne[69]. Confrontés à l'absence de normes précises et codifiées (le Code Napoléon de 1804 ne comportant que de rares dispositions de droit international privé), c'était la jurisprudence qui s'est chargée de combler les importantes lacunes de la loi et d'éclaircir les points obscurs des règles existantes. De même, pour le droit de l'Union européenne, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) joue un rôle normatif en clarifiant les points obscurs des règlements européens grâce au mécanisme du renvoi préjudiciel en interprétation. Ce renvoi, effectué avant jugement, permet aux juridictions d'un État membre de solliciter la CJUE pour interpréter une disposition du droit de l'Union. Ce mécanisme est fréquemment utilisé pour interpréter les instruments européens de droit international privé, générant une jurisprudence abondante qui améliore la compréhension de ces instruments. De plus, les juges des États membres, en tant que juges de droit commun pour les affaires impliquant le droit de

---

[65] P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *Droit international privé*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2023, p. 55.

[66] *Ibidem.*

[67] Selon les professeurs Pascal de Vareilles-Sommières et Sarah Laval, dans ces pays « les règles jurisprudentielles énoncées dans un cas sont *a priori* applicables, comme la majeure d'un syllogisme, à tous les autres cas dont les faits correspondent à ceux qui sont prévus par la règle pour que la solution qu'elle apporte soit retenue. » *Ibidem.*

[68] P. ex., au Chili, l'art. 3, al. 1, du Code civil établit que « Les sentences judiciaires n'ont de force obligatoire que pour les affaires dans lesquelles elles sont actuellement prononcées ». Cf. Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol).

[69] Sur ce sujet, v., P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 56 ; v. aussi, B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *RCADI*, 1992, vol. 234, p. 385 et s. ; et D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale*, t. 1, 5e éd., Thémis droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2021, n° 31.

l'Union, développent une jurisprudence nationale sur l'application des règles de droit international privé européen[70]. Bien que souvent complexes, les solutions retenues, tant en droit interne qu'européen, font l'objet de commentaires et d'éclaircissements par la doctrine, qui discute de leur pertinence, tout en signalant leurs limites et dangers.

Au-delà du principe traditionnel de l'absence de force obligatoire du précédent en Amérique latine, le professeur Garro souligne que seuls quelques pays de la région assurent une publication régulière et intégrale des décisions de leurs tribunaux. Et, comme il l'affirme, « même publiés, le style de rédaction et le faible développement analytique des jugements ne permettent pas, dans la plupart des cas, de les utiliser comme guides ou repères utiles pour l'interprétation de la loi »[71]. De ce fait, l'émergence d'une véritable jurisprudence, entendue comme un ensemble de décisions uniformes et constantes, demeure exceptionnelle en droit international privé dans la plupart des pays de la région, notamment s'agissant de la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux. Il n'est donc pas rare d'observer des décisions contradictoires au sein d'un même pays, voire émanant d'une même juridiction.

De manière similaire, le professeur brésilien Valerio de Oliveira Mazzuoli souligne que, la particularité européenne — caractérisée par l'intensité des échanges entre États et ayant favorisé le développement d'une jurisprudence abondante en matière de droit international privé — ne trouve pas d'équivalent au Brésil ni dans les autres nations latino-américaines. Selon ses observations, « Au Brésil, ainsi que dans les autres pays d'Amérique latine, les *leading cases* impliquant le droit international privé sont rares », ce qui « rend impossible, en pratique, l'établissement d'une jurisprudence fiable sur les conflits de lois »[72].

En raison de la rareté de la jurisprudence en matière de droit international privé dans la région latino-américaine, la doctrine joue toujours un rôle prépondérant dans la résolution des questions qui se posent dans cette discipline. Le professeur Bruno Oppetit affirmait que, si l'influence de la doctrine sur la jurisprudence se manifeste dans tous les systèmes juridiques, son intensité varie considérablement selon les traditions nationales, « en fonction des traditions nationales, de la nature des relations établies entre ces deux autorités, des parts respectives du droit écrit et du droit non écrit dans le droit international privé national »[73]. L'auteur prend l'exemple de l'Italie, où l'ascendant marqué de la doctrine sur les tribunaux s'explique par le fait que ces derniers, confrontés à un nombre restreint de règles de conflit peu développées, ont dû s'appuyer sur les constructions doctrinales pour faire évoluer le système de droit national. Une situation analogue s'observe en Amérique latine, où les juridictions se réfèrent fréquemment aux travaux de

[70] P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 57.

[71] A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 39 (traduction libre de l'espagnol).

[72] V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 6e éd., 2023, p. VIII-IX (traduction libre du portugais).

[73] B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *op. cit.*, p. 385.

juristes de renom, tels qu'Antonio Boggiano en Argentine, Didier Opertti Badán et Cecilia Fresnedo de Aguirre en Uruguay, Jacob Dolinger et Irineu Strenger au Brésil, ou encore Gonzalo Parra-Aranguren au Panama, figures emblématiques de la pensée latino-américaine en droit international privé.

Dans certains États, cette reconnaissance atteint même un niveau explicite, la doctrine étant expressément désignée comme une source de droit dans leurs lois nationales[74]. Les magistrats se réfèrent fréquemment à la doctrine pour résoudre les questions de droit international privé, et reproduisent des passages de manuels et des opinions de professeurs dans leurs décisions et arrêts[75]. Ces références doctrinales fournissent aux juges des outils analytiques précieux pour interpréter les normes applicables, contribuant ainsi à l'harmonisation et à la cohérence des décisions en matière de droit international des contrats dans la région. Dans ce contexte, la doctrine devient une « boussole » essentielle pour guider les juges traitant des litiges relatifs à la loi applicable aux contrats internationaux.

Toutefois, il convient de relever, ainsi que l'a souligné le professeur Fernández Rozas[76], que l'Amérique latine souffre d'un déficit d'études de droit comparé. Il n'est pas rare qu'un juriste latino-américain maîtrise mieux la doctrine française, allemande, italienne ou nord-américaine sur un sujet donné que la production doctrinale relative à cette même institution dans un autre État de la région. Ce manque de rapprochement juridique entre les systèmes latino-américains s'explique, selon l'auteur, en grande partie par des limitations économiques, qui freinent la circulation de l'information, et traduit l'enracinement d'une tradition doctrinale qui demeure largement tributaire des courants d'opinion issus de l'Europe du XIX^{e} siècle, plutôt que des contextes politiques et économiques contemporains de la région. Cette lacune se révèle encore plus marquée sur le plan jurisprudentiel, puisque

[74] En *Uruguay*, l'art. 13 de la Loi générale de droit international privé reconnaît que le droit commercial international est un droit à caractère spécial et dispose que « les questions relatives aux relations commerciales internationales qui ne sont pas résolues par les conventions internationales, les lois spéciales ou la présente loi sont réglées en consultant prioritairement les autres sources du droit commercial international ». Le deuxième alinéa spécifie quelles sont ces sources, y compris la doctrine : « sont considérés comme sources matérielles du droit commercial international les usages en la matière, les principes généraux applicables aux contrats et autres relations commerciales internationales, la jurisprudence des tribunaux ordinaires ou arbitraux et les doctrines les plus largement acceptées en droit uruguayen et en droit comparé ». D'autre part, au *Pérou*, le Code civil reconnaît la doctrine comme une source de droit supplémentaire. L'article 2047 dudit Code dispose que : « Le droit applicable pour régir les relations juridiques liées à des systèmes juridiques étrangers est déterminé conformément aux traités internationaux pertinents ratifiés par le Pérou et, s'ils ne sont pas pertinents, conformément aux normes du présent livre. En outre, sont applicables, à titre supplétif, les principes et critères consacrés par la doctrine du droit international privé ». Au *Costa Rica*, le Code civil contient une rédaction similaire à l'article 9 sur « l'interprétation et l'application des normes juridiques », qui dispose : « La jurisprudence contribuera à informer l'ordre juridique avec la doctrine, que de manière réitérée, établissent les chambres de cassation de la Cour suprême de justice et de l'Assemblée plénière dans l'application de la loi, de la coutume et des principes généraux du Droit. » (Traduction libre de l'espagnol).

[75] V., p. ex., *infra*, n° 117, n° 194, n° 200, et n° 205.

[76] J.C. Fernández Rozas, « Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina », *op. cit.*, p. 81-82.

l'absence d'autorité obligatoire du précédent est la règle, et que seuls quelques pays publient actuellement de façon régulière l'intégralité des décisions de justice.

Pour ces raisons, il est impératif d'explorer non seulement les solutions émanant des instruments conventionnels et nationaux en vigueur, mais également d'examiner la jurisprudence qui les met en œuvre. De plus, il est essentiel d'analyser l'évolution de la doctrine régionale sur le sujet, en prenant en compte les débats et contradictions, ainsi que l'influence de la doctrine nationale et internationale sur la pensée juridique et l'interprétation des traités existants.

9. Plan de la première partie. Dans ce contexte, cette première partie abordera l'évolution des idées et normes concernant la loi applicable aux contrats internationaux dans les États latino-américains. Mais, tout d'abord, quelques précisions sont nécessaires afin de comprendre l'état de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dans la région, notamment en ce qui concerne le processus d'intégration régionale et son impact sur la codification ou l'harmonisation du droit international des contrats. Dans cette perspective, nous commençons par retracer l'évolution des idées régionalistes en Amérique latine, leur influence sur le droit international privé de la région et notamment sur les règles relatives à la loi applicable aux contrats internationaux (Titre préliminaire). Ce contexte nous amènera à reconnaître l'état actuel de (non) harmonisation du droit applicable aux contrats internationaux en Amérique latine par des normes de droit contraignant, à travers l'analyse des conventions internationales en vigueur (Titre I), puis du droit commun des États latino-américains (Titre II).

Titre préliminaire. — Fondements historiques et institutionnels

Titre I. — L'hétérogénéité des solutions conventionnelles

Titre II. — Le dépassement des conventions par les sources étatiques

TITRE PRÉLIMINAIRE — FONDEMENTS HISTORIQUES ET INSTITUTIONNELS

> « Parmi tous les domaines du Droit, aucun ne dépend à un tel degré de son histoire que le Droit international. En Droit international privé, l'histoire est tout. »[77]

10. L'importance de la contextualisation des idées. Il est très difficile de dissocier le droit de son contexte historique et culturel[78]. Comme l'a affirmé le professeur Bertrand Ancel, « le droit est à la fois un aliment et un produit de la culture »[79]. Cela veut dire que le droit découle des valeurs, des traditions, des croyances et de l'histoire d'un peuple en même temps qu'il s'agit d'un moteur de son évolution. Le contexte culturel et politique joue, ainsi, un rôle déterminant dans la formation et l'évolution des idées ainsi que des normes juridiques.

La codification et l'harmonisation du droit international privé n'échappent pas à cette influence, étant elles-mêmes fortement marquées par les circonstances culturelles de son élaboration. Plus précisément, l'élaboration des normes sur la loi applicable aux contrats en Amérique latine a été et reste toujours fortement influencée par la situation politique et économique régionale. Comme nous le verrons, au XIX^{e} siècle, dans une période de décolonisation politique, l'Amérique latine s'est engagée dans un effort de « décolonisation juridique », visant à créer un droit propre et à codifier le droit international privé, tout en intégrant les influences des idées issues de l'Europe[80].

De ce fait, avant d'analyser l'état actuel du régime des contrats internationaux en Amérique latine et d'envisager les possibles solutions pour remédier à son actuelle non-harmonisation, il convient de poser les fondations nécessaires et de bien comprendre le contexte politique et juridique entourant le processus d'harmonisation de cette matière

---

[77] M. Gutzwiller, « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, 1929, vol. 29, p. 292.

[78] Selon l'auteur : « les législations civiles sont basées sur des principes fondamentaux d'ordre moral, économique, politique, ainsi que sur des considérations purement sociales et juridiques. » (*Ibid*, p. 332).

[79] B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, Essais, 2017, p. 492.

[80] Sur ce sujet, v., en particulier, H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *RCADI*, 1952, vol. 81. V., aussi, E. Hernández-Bretón, *Mestizaje cultural de los países de la América Latina,* Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, p. 68, pour qui, dans un premier temps, la production juridique en Amérique latine est restée fortement influencée par l'exemple européen. Selon lui : « Nos pays commençaient à s'établir en tant qu'unités indépendantes et leur production législative, jurisprudentielle et doctrinale devait céder en importance face à des tâches plus urgentes en raison de l'imminence de la nécessité de renforcer l'indépendance politique nouvellement acquise. En particulier, les auteurs français ont marqué la pensée et le cours du développement immédiat du droit international privé de nombreux pays latino-américains. » (Traduction libre de l'espagnol).

dans la région. En faisant cet aperçu général, nous pouvons mieux appréhender les bases doctrinales ayant influencé l'évolution des droits internes des États latino-américains ainsi que les efforts de cette région en matière de codification du droit des contrats internationaux. En outre, cette approche est importante pour offrir une compréhension approfondie des dynamiques ayant façonné le droit des contrats dans cette région et pour fournir une vision précise des défis contemporains pour remédier à l'absence actuelle d'harmonisation.

11. Plan du titre. Ce Titre préliminaire se concentrera ainsi à retracer un aperçu synthétique des idées qui ont inspiré le droit latino-américain des contrats internationaux. Le premier chapitre examinera comment des doctrines européennes du droit international privé des contrats ont traversé l'Atlantique, influençant les systèmes juridiques latino-américains. Il mettra en lumière les particularités locales et les innovations qui en ont découlé (Chapitre I). Comme nous le verrons, ces doctrines ont influencé les initiatives des pays latino-américains visant à codifier le droit des contrats internationaux. Ainsi, le deuxième chapitre analysera ces efforts de codification ainsi que les instruments juridiques élaborés à cette fin (Chapitre II). Par ailleurs, en reconnaissant l'impact significatif du régionalisme sur le rapprochement des droits nationaux, notamment à la lumière de l'exemple de l'Union européenne, il nous est apparu essentiel d'analyser le degré actuel d'intégration régionale en Amérique latine ainsi que l'influence des mouvements régionalistes sur le processus d'harmonisation du droit des contrats internationaux (Chapitre III).

CHAPITRE I — DE L'ÉVOLUTION DES IDÉES EN EUROPE À LA FORMATION DE LA PENSÉE EN AMÉRIQUE LATINE

12. L'évolution du « droit latino-américain ». Dans le cadre de la présente étude, il est essentiel de comprendre les grandes idées et le débat doctrinal en Europe, avant de nous plonger dans le contexte de l'Amérique latine, fortement influencé par les développements européens. Bien que le « droit latino-américain » se distingue par son originalité et des caractéristiques qui lui sont propres[81], il convient de souligner que le droit comparé, et les

[81] En 1905, lors du III^e^ Congrès scientifique latino-américain à Rio de Janeiro, le délégué chilien Alejandro Alvarez avait proposé que le Congrès reconnaisse « l'existence du droit international américain », défini comme « un ensemble de règles et de lois spéciales que les États latino-américains observent ou doivent observer dans leurs relations entre eux ou avec d'autres États d'Europe ou d'Amérique ». Aucune décision ne fut prise à ce sujet par le Congrès. Plus tard, au I^er^ Congrès scientifique panaméricain en 1908, Alvarez renouvela sa proposition. Encore une fois, aucune décision ne fut prise, mais on affirma l'existence de « situations et problèmes américains dans le droit international ». (F.J. Urrutia, « La codification du droit international en Amérique », *RCADI,* 1928, vol. 22, p. 170-171). Malgré la reconnaissance par certains auteurs de son « originalité », l'existence d'un « droit latino-américain » en tant que véritable système

doctrines étrangères, en particulier européennes, ont exercé une influence importante sur son évolution, tant au niveau des sources conventionnelles que des codifications internes[82].

Comme l'a souligné la professeure Tatiana B. de Maekelt, la phase initiale de l'élaboration des règles de droit international privé dans les Amériques fut profondément marquée par les doctrines de trois éminents juristes du continent : Joseph Story, Andrés Bello et Augusto Teixeira de Freitas. Toutefois, elle observe également que, tout en reconnaissant leurs apports respectifs, « il convient de ne pas négliger les éléments qu'ils ont empruntés aux grands maîtres européens, en particulier l'universalisme de Savigny et le nationalisme de Mancini, qui ont exercé une influence déterminante sur le processus de codification dans les Amériques au cours du siècle dernier »[83].

À cet égard, il est essentiel de rappeler brièvement l'évolution des idées initiées en Europe (Section 1), qui ont été reprises, adoptées ou même réinventées par les pays latino-américains lors de leur processus de codification du droit international privé des contrats (Section 2).

---

juridique a souvent été critiquée. V., en particulier, D.P. Fernández Arroyo, « Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana », *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 1996, vol. 12, p. 93-110, pour qui : « ni le "style", ni les "éléments déterminants", ni l'"extension", la "pénétration" ou la "culture" juridiques ne permettraient d'identifier clairement une famille juridique latino-américaine ou ibéro-américaine au sens large qui, atteignant un degré minimum de cohérence, pourrait la différencier des autres familles. Le maximum auquel on peut aspirer est une approximation mésocomparative, une voie qui n'est pas sans difficulté, mais qui acquiert une certaine pertinence dans la mesure où elle constitue un moyen d'atteindre une certaine unification conventionnelle plus ou moins ambitieuse. » (*Ibid*, p. 106. Traduction libre de l'espagnol). Ainsi, dans la présente étude, les références à un « droit latino-américain » ne se rapportent pas à l'idée d'une famille juridique propre au sous-continent, mais plutôt à l'ensemble des droits nationaux des pays latino-américains ou à l'idée d'une unité parmi la codification ou l'harmonisation de ces droits.

[82] Le professeur Moreno Rodríguez qualifie d'*agresiva* (agressive) l'influence exercée par le droit comparé sur le processus de codification en Amérique latine, soulignant ainsi le caractère particulièrement marqué de cette empreinte méthodologique dans l'élaboration des corpus juridiques de la région. L'auteur souligne que « la codification latino-américaine du XIX^{e} siècle s'est appuyée de manière agressive sur le droit comparé, comme on le voit dans les travaux des trois plus influents codificateurs — et de facto des comparatistes académiques — de l'époque : Andrés Bello au Chili, Teixeira de Freitas au Brésil et Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentine. En général, les codificateurs sont en fait — comme le dit le génie de Walton — de véritables voleurs (*arrant thieves*), car chaque nouveau Code comporte généralement des articles que les législateurs d'autres pays voudront bientôt voler dès que l'occasion favorable se présentera ». J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya : ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *in* J. Basedow, D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (coord.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, CEDEP, La Ley, 2010, p. 245-340, p. 294 (traduction libre de l'espagnol).

[83] T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *RCADI*, 1982, vol. 177, p. 240-241 (traduction libre de l'anglais). Selon l'auteure, il existe quatre grands groupes de systèmes nationaux de conflits de lois dans les Amériques. Le premier groupe s'est inspiré des idées de Story : le Code civil argentin (1869), le Code civil paraguayen (1889) et le système de conflit de lois des États-Unis. La doctrine de Bello a exercé son influence, à travers le Code chilien (1855), sur les Codes civils du deuxième groupe suivant : Équateur (1860 et 1950), Venezuela (1862), Nicaragua (1867), Uruguay (1868), Colombie (1873), El Salvador (1880), Honduras (1880 et 1906) et Panama (1916). Enfin, la doctrine de Teixeira de Freitas, qui se reflète dans le Code civil brésilien (1860), projette également son influence sur les codes d'Argentine et du Paraguay. Contrairement aux autres, le quatrième groupe n'a pas été fortement influencé par les publicistes américains. Il comprend les codes de Bolivie (1831), du Costa Rica (1841), d'Haïti (1825), du Pérou (1851) et de la République dominicaine (1845 et 1884), qui ont adopté le Code Napoléon, avec quelques légères variations. Le code mexicain (1870), qui appartient également à ce quatrième groupe, a adopté la doctrine législative du projet de l'Espagnol García Goyena.

Section 1 — L'évolution des idées en Europe

13. Des problèmes concernant les conflits de lois se sont posés dès l'époque de la Grèce antique[84]. Mais, c'est seulement dans l'Europe du Moyen Âge avec les théories des statuts qu'une vraie doctrine de droit international privé est apparue (§1). Ces doctrines se sont développées jusqu'au XIX^{e} siècle, où l'on observe l'émergence des théories modernes du droit international privé et le lancement du mouvement visant à codifier ce domaine (§2).

§1 — Fondements : théories des statuts et l'émergence d'une véritable doctrine de droit international privé

14. Le refleurissement du commerce et l'émergence des théories des statuts. Dès la seconde moitié du XI^{e} siècle, la période du haut Moyen Âge remplaça une première renaissance urbaine et commerciale. Les échanges commerciaux sont repris en Europe et un développement urbain important eut lieu. Particulièrement en Italie, de nombreuses cités-États indépendantes, densément peuplées et voisines, commencèrent à entretenir des relations commerciales fréquentes. À la suite de ce déplacement de personnes plus intense et de l'accroissement du commerce entre les cités, les problèmes de conflit de lois devinrent plus courants et attirèrent l'attention des juristes[85]. En réalité, ces cités avaient des « *statuts* » propres, c'est-à-dire des « lois » municipales propres, fondées sur le droit romain et avec des caractéristiques particulières[86]. Pour résoudre le conflit entre statuts, les juristes du XIV^{e} au XVIII^{e} siècle élaborèrent plusieurs théories sur les solutions à apporter à toutes sortes de conflits. Une des caractéristiques principales de cette doctrine était la division des statuts en trois catégories : les statuts réels, personnels et mixtes. Ces théories ont ensuite été attribuées aux « écoles statutistes », qui élaborent des « théories des statuts »[87]. Parmi les principales écoles statutistes, on peut citer l'Italienne (XIII^{e} — XV^{e} siècle), la Française (XVI^{e} — XVII^{e} siècle) et la Hollandaise (XVIII^{e} siècle).

15. L'école italienne : la soumission initiale des contrats au principe *locus regit actum*. L'école italienne, notamment à travers les glossateurs et postglossateurs du XIII^{e} au XV^{e} siècle, a initialement soumis les contrats au principe *locus regit actum*, selon lequel

---

[84] Sur ce point, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 120 ; v. aussi, A. Lainé, *Introduction au Droit international privé* : Contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil, Glashhütten im Taunus, Verlag Delev Auvermann KG, 1970, t. 1, p. 54 et s. ; pour le conflit de lois dans le monde grec et romain, v. H. Lewald, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Athènes, J.&P. Zacharopoulos, 1946, p. 7 et s.

[85] Lainé souligne également l'éventuel conflit entre les statuts et le droit romain, de caractère général. V. A. Lainé, *op. cit.,* p. 101.

[86] *Ibidem.*

[87] Selon Lainé, la théorie des statuts est un ensemble de règles doctrinales né dans l'ancienne Europe, afin de résoudre, tout d'abord et principalement, le conflit des lois locales de chaque pays, puis, le conflit des lois nationales. Sur la théorie de statuts, v. A. Lainé, *op. cit.,* p. 45 et s. ; v. aussi, M. Gutzwiller, « Le développement historique du droit international privé », *op. cit.*, p. 297 et s.

la loi du lieu de conclusion régissait tant la forme que le fond du contrat[88]. Bartole (†1357) a systématisé cette approche en distinguant les conséquences naturelles du contrat (soumises à la loi du lieu de conclusion) des conséquences dérivées de l'inexécution (soumises à la loi du lieu d'exécution)[89]. Progressivement, ses successeurs, comme Salicet, Paul de Castre et Rochus Curtius, ont justifié l'application de la loi du lieu de conclusion par référence à la volonté présumée des parties, considérant que cette loi était celle que les contractants avaient le plus de facilité à connaître[90]. Ainsi, le lieu de la conclusion se justifie progressivement par l'idée de rencontre des volontés contractantes[91]. Toutefois, cette référence à la volonté demeurait une simple « formule explicative » sans conférer aux parties une véritable liberté de choix, ouvrant néanmoins la voie au principe de l'autonomie de la volonté qui sera consacré ultérieurement par Dumoulin[92].

16. Dumoulin et l'école française. La doctrine italienne d'avant et après Bartole domina la pensée en France. Et, c'est seulement au XVI^e^ siècle que l'avocat et romaniste Dumoulin (†1566) propose une théorie « nouvelle »[93]. Jusque-là, la loi applicable à la substance des contrats était celle du lieu de conclusion, principe tiré de la théorie des statuts (loi *Si fundus*). Mais Dumoulin franchit un pas en la matière. Il note que, dans

[88] En ce qui concerne les contrats, les commentateurs, en se fondant sur le droit romain, se limitèrent à affirmer que le contrat devait être soumis à la loi du lieu où il s'était formé (maxime *locus regit actum*). Les affirmations étaient cependant assez vagues et sans explications détaillées. Sur la maxime *locus regit actum*, v. A. Lainé, *op. cit.,* p. 118 et 121.

[89] Bartole se prononce pour la compétence de la loi (*statut*) du lieu du contrat pour les formes de l'acte (*solemnitas contractus*). Pour le fond du litige, Bartole établit une distinction. Concernant les « conséquences naturelles du contrat », il convient d'appliquer la « loi du lieu du contrat ». Il précise que, par « loi du lieu du contrat », il faut entendre celle du lieu où le contrat a été formé, et non celle où il sera exécuté. D'autre part, en ce qui a trait aux « conséquences dérivées après coup du contrat, par suite de négligence ou demeure », il faut se référer au lieu d'exécution, ou, si ce dernier n'est pas spécifié, à celui de la « instance », c'est-à-dire du tribunal saisi. V. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Étude de droit international privé comparé, Sirey, 1938, p. 20-21 ; et A. Lainé, *op. cit*., p. 135-136.

[90] Les successeurs de Bartole font avancer ses idées tout en apportant des justifications additionnelles. En suivant son maître, Salicet (†1412) se manifeste pour le lieu de conclusion en dépit du lieu de l'exécution. Mais Salicet additionne une réflexion en prenant en compte la volonté des parties : il ne serait pas raisonnable d'appliquer à l'interprétation d'un contrat une loi que les contractants n'ont probablement pas connue. Puis, Paul de Castre (†1441) assimile le contrat à une personne et affirme que le contrat doit être régi par le droit du lieu de sa naissance ou sa formation. Enfin, Rochus Curtius (†1495) met en relief le rôle de la volonté des parties et justifie l'application de la loi du lieu de conclusion par un consentement implicite des parties. Cf. A. Lainé, *op. cit.,* p. 179 et s. ; V. aussi, H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 21.

[91] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 20-22 ; V. aussi, B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.,* p. 210 ; M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Dalloz, 2^e^ éd., 2020*,* p. 153.

[92] Il convient de noter que les auteurs italiens évoqués, même s'ils ont fait référence à la volonté des parties, n'ont nullement voulu attribuer une liberté aux parties quant au choix de la loi applicable. La loi applicable était celle du lieu de conclusion du contrat. En réalité, comme l'explique Batiffol, le consentement des parties était invoqué exclusivement comme une « formule explicative », et non comme un véritable droit des parties de manifester directement leur volonté. V. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 20-22 ; v. aussi, G. Legier, *La règle « locus regit actum » et les conflits de lois en matière de forme des actes*, thèse, Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille, 1976, p. 13.

[93] Cf. A. Lainé, *op. cit.,* p. 207 ; v. aussi, M. Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Recueil Sirey, 1927*,* p. 134 et s.

certaines circonstances, le lieu de conclusion pouvait être fortuit[94]. Par conséquent, il plaide pour une considération non seulement du lieu de conclusion, mais de tous les éléments de la cause[95]. Notamment, il énonce qu'en matière de contrats, la volonté des parties est souveraine. Et, lorsqu'elle n'est pas exprimée, il faut la chercher « dans les circonstances qui ont accompagné l'exercice de la volonté lors de la formation du contrat, et le lieu du contrat sera l'une de ces circonstances, mais non la seule »[96].

Dans une cause célèbre, l'affaire des époux Ganey, datée de 1525, Dumoulin fait référence spécialement à la volonté des parties pour déterminer le droit qui régit les rapports des époux. Dumoulin estima que l'ensemble du patrimoine des époux pouvait être soumis à la coutume de Paris parce que le régime matrimonial coutumier n'était qu'un régime conventionnel tacite, et que les époux étaient censés avoir soumis ce contrat à la coutume de leur domicile[97]. Ce fait lui a valu le titre, reconnu par plusieurs auteurs — et contesté par d'autres —, de « fondateur de la théorie de l'autonomie de la volonté »[98]. En effet, le choix des parties demeurait nécessairement tacite, Dumoulin n'ayant jamais envisagé la possibilité pour celles-ci de procéder à un choix exprès de la loi applicable.

Puis, Bertrand d'Argentré (†1590), le grand adversaire de Dumoulin, trouve absurde d'expliquer une telle solution fondée sur une volonté qui n'existe pas[99]. Au départ d'idées opposées (d'Argentré avait des idées féodales et d'autonomie juridique des provinces, tandis que Dumoulin luttait pour l'autorité royale et l'unité du droit), d'Argentré insiste sur l'idée d'un territorialisme strict et absolu. Il conclut que la loi à suivre dans chaque lieu doit être, en règle, la loi locale : « Chaque lieu a ses lois, ses statuts, ses coutumes ; il faut les observer dans l'étendue du territoire et les observer seul »[100]. Depuis Dumoulin et jusqu'au XVIII[e] siècle, la place donnée aux contrats pour les auteurs européens est assez

[94] V. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats, op. cit.*, p. 23.

[95] Cf. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 153.

[96] Cité par A. Lainé, *op. cit.,* p. 229.

[97] Sur ce sujet, v. B. Ancel, H. Muir-Watt, « Annotations sur la consultation 53 de du Moulin traduit en français », *Le monde du droit* : *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 1 ; v. aussi, B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.,* p. 124 ; M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 153 (et note de bas de page 6) ; et B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, *op. cit.*, p. 213 et s.

[98] Sur ce sujet, v. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses Universitaires de France, 1980, p. 11 ; v. aussi, J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, vol. 16, p. 9 ; et H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 22-23. Selon Batiffol, « Dumoulin, malgré sa réputation d'"inventeur" du principe de l'autonomie de la volonté, n'a fait en somme que mettre en relief une idée que les Italiens avaient déjà aperçue. Le plus frappant est que lui aussi ne l'envisage que comme l'explication *a posteriori* d'une solution pratiquement utile et à peu près impérativement imposée, mais non comme un principe évident de soi et répondant en lui-même à quelque nécessité de logique et de justice. » (*Ibidem*).

[99] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats, op. cit.,* p. 23.

[100] A. Lainé, *op. cit.,* p. 316-317.

timide[101]. La référence à la volonté des parties valait seulement comme titre explicatif de l'application du principe général du lieu de conclusion[102].

17. L'école hollandaise. L'indépendance politique de la couronne espagnole fait que la doctrine territorialiste d'Argentré eut du succès aux Pays-Bas[103]. Parmi les principaux partisans de ladite école hollandaise se trouvaient Huber († 1694) et Voet († 1714). Huber expose de manière particulièrement claire la nouvelle théorie de conflit de lois et, pour la première fois, se trouve confronté au problème pleinement moderne du conflit de lois entre différents États (et non seulement du conflit de statuts). Pour résoudre ce problème, Huber applique le principe de la territorialité : « Les lois de chaque État règnent dans les limites de son territoire et régissent tous ses sujets, mais au-delà n'ont aucune force »[104]. Cependant, l'importance des échanges commerciaux pour les Pays-Bas permet un peu d'ouverture. Il est alors possible de prendre en considération un droit étranger, tant que cela ne porte pas atteinte à la souveraineté locale, ou quand l'État décide de l'appliquer par courtoisie. Huber affirme que les souverains, « par courtoisie, font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leur effet en tout lieu, pourvu que ni les autres États, ni leurs sujets, n'en reçoivent aucune atteinte dans leur pouvoir ou dans leur Droit »[105]. La doctrine hollandaise inspira fortement la doctrine anglo-américaine et les théories modernes de droit international privé, notamment chez Story.

§2 — Les théories « modernes » et l'impulsion du mouvement de codification du droit international privé

18. L'importance de Story, Savigny et Mancini. Le droit international privé, auparavant dénommé « théorie des statuts » ou « conflit de lois », était considéré plutôt comme une branche du droit interne. Au XIX^{e} siècle, le progrès des transports et des moyens de communication a supprimé les distances, universalisé le commerce et a eu par conséquent un impact sur la propre dénomination de cette branche du droit, qui gagne son indépendance et devient un véritable « droit international ». Le changement de dénomination vint avec une transformation de perspective et les États commencèrent à engendrer des efforts pour convertir les principes et normes de cette science en grands

[101] De rares auteurs qui ont examiné la question des contrats, comme L. Froland, L. Boullenois et J. Bouhier, étaient favorables — avec certaines réserves — au rattachement de la loi du lieu de conclusion. Pour une analyse approfondie desdits auteurs, v. M. Caleb, *op. cit.*, p. 142 et s.

[102] Boullenois partage en général les idées de Dumoulin, mais il ajoute une référence — même si c'est seulement à titre d'exception —, à la volonté des parties : quand il y a une stipulation faite par les parties, il faut s'y référer. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 25-26.

[103] Pour une étude approfondie de la doctrine hollandaise, v. B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, *op. cit.*, p. 321 et s.

[104] V. M. Gutzwiller, « Le développement historique du droit international privé », *op. cit.*, p. 327.

[105] *Ibid*, p. 328.

traités entre les nations[106]. Pendant cette période, trois grandes doctrines illuminent la codification du droit international privé : celles de Joseph Story, aux États-Unis (1779-1845), Friedrich Carl von Savigny, en Allemagne (1779-1861), et Pasquale Stanislao Mancini, en Italie (1817-1888)[107]. En Amérique latine, les œuvres de deux éminents juristes ont joué un rôle majeur dans le processus de codification du droit international privé : au Chili, Andrés Bello (1781-1865) et au Brésil, Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883).

Les théories développées par ces juristes s'éloignent de l'ancienne théorie statutiste, fondée sur le droit romain qui dominait jusque-là[108]. Puis, notamment avec Savigny et Mancini, le droit international privé, s'affranchit de ses axiomes particularistes et prend une tournure *universaliste,* selon laquelle les conflits de lois pourraient être résolus de la même manière, quel que soit le pays dont le juge est compétent[109].

Analysons, ainsi, les travaux de Story, marqués par le territorialisme anglo-saxon (A), la doctrine de Savigny de la localisation des rapports de droit (B), et enfin, les idées de Mancini, centrées sur le principe de la nationalité (C).

A. Story (1779-1845) et le territorialisme anglo-saxon

19. Le lieu de conclusion comme rattachement général. L'œuvre de Joseph Story, professeur à l'Université de Harvard et juge à la Cour Suprême des États-Unis, a beaucoup influencé d'autres doctrines étrangères, y compris dans le sud du continent américain. En 1834, il publie ses *Commentaries on the Conflict of Laws*, qui influencèrent considérablement les premières tentatives de codification du droit international privé en Amérique latine. Story y partage des idées territorialistes, mais souligne l'importance de

[106] Story emploie pour la première fois l'expression « droit international privé », en déclarant « This Branch […] be fitly denominated private international law, since it is chiefly seen and felt in its application to the common business of private persons, and rarely rises to the dignity of national negotiations, or of national controversies (§9) ». Cf. H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.*, p. 24.

[107] Les influences de ces trois éminents juristes se trouvent notamment dans trois œuvres : Le *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments* de Story, publié le l[er] janvier 1834, considéré comme le premier traité des temps modernes de droit international privé ; l'œuvre de Savigny, publiée entre 1840 et 1849 en huit volumes et intitulée *System des heutigen Römischen Recht*, cherche à localiser le rapport de droit pour en déduire la loi applicable, méthode bilatérale de conflit des lois qui influencera le droit international privé de très nombreux pays. Et enfin, la conférence prononcée par Mancini le 22 janvier 1851, dans le cadre du cours d'introduction au droit international de l'Université de Turin, intitulée *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, portait sur l'idée de particularisme et de nationalisme, qui aura une très grande influence dans plusieurs pays du monde, notamment en Amérique latine. Il convient de souligner que la doctrine de Story, aux États-Unis, est qualifiée de « traditionnelle » par opposition aux théories dites « modernes » du milieu du XX[e] siècle, notamment celles de Cavers ou Currie.

[108] H. Valladão, *Direito Internacional Privado*: Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, 4[e] éd., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1974, vol. 1, p. 117.

[109] H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », Cours général, *RCADI*, 2005, vol. 312, p. 90.

la justice et du rôle de la courtoisie entre les États (le principe de la *comity of nations*). En matière de contrats, il est en faveur de l'application de la loi du lieu de conclusion pour déterminer la validité des contrats. Il explique que cette norme, considérée comme de *jus gentium*, est le résultat du consentement implicite ou tacite des parties et se fonde sur la « convenance » et sur « la nécessité des nations » relatives au commerce[110]. Mais cette règle n'est pas sans limites : « aucune nation n'est tenue de reconnaître ou d'appliquer des contrats qui sont préjudiciables à ses propres intérêts ou à ceux de ses propres sujets »[111]. Story précise : lorsque le contrat doit, « expressément ou tacitement, être exécuté en un autre lieu », il sera régi en ce qui concerne « sa validité, sa nature, son obligation et son interprétation » par la loi du lieu d'exécution. Cela est fondé sur l'intention présumée des parties et expliqué par Story comme un résultat de la « justice naturelle »[112].

Story suggère alors, comme rattachement général, le lieu de conclusion du contrat, mais seulement quand ceux-ci sont conclus et exécutés dans le même endroit. Par conséquent, si un contrat est conclu, mais doit être exécuté dans un État différent, la loi de ce dernier doit prévaloir. Quant au rôle de la volonté des parties en matière de contrats, Story semble justifier, tant la *lex loci celebrationis* que la *lex loci solutionis*, par un consensus tacite ou implicite des parties. De ce fait, malgré la référence à la volonté des parties, elle continue, pour Story, à être une explication *a posteriori* de la désignation de la loi applicable. La loi applicable serait désignée par l'application des critères objectifs de la loi du lieu d'exécution ou de conclusion du contrat.

B. Savigny (1779-1861) et le siège des rapports de droit

20. L'idée du siège du rapport de droit et la loi du lieu d'exécution des obligations. En Allemagne, Friedrich Carl von Savigny s'éloigne du territorialisme et des théories des statuts. En 1849, avec la publication du huitième tome de son œuvre *Traité de droit romain,* Savigny énonce que, pour résoudre les conflits de lois, il est nécessaire de « déterminer pour chaque classe de rapports de droit le domaine auquel il appartient », soit le « siège du rapport de droit »[113]. En matière contractuelle, il rappelle la nécessité de savoir quel est le

[110] « Generally speaking, the validity of a contract is to be decided by the law of the place where it is made. If valid here, it is by the general law of nations, *jure gentium*, held valid everywhere, by tacit or implied consent. The rule is founded not merely in the convenience, but in the necessities of nations; for otherwise it would be impracticable for them to carry on an extensive intercourse and commerce with each other ». J. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments,* 1re éd. Boston, Hilliard, Gray and Company, 1834, p. 201-202.

[111] J. Story, *op. cit.*, p. 203 (traduction libre de l'anglais).

[112] *Ibid*, p. 233 (traduction libre de l'anglais). Dans l'original : « But where the contract is either expressly or tacitly to be performed in any other place, there the general rules is, in conformity to the presumed intention of the parties, that the contract, as to its validity, nature, obligation, and interpretation, is to be governed by the law of the place of performance. This would seem to be a result of natural justice ».

[113] F.C. de Savigny, *Traité de droit romain,* traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux, 2e éd., Paris, Firmin Didot Frères, 1860, vol. 8, p. 118.

siège de l'obligation, c'est-à-dire l'endroit où elle est localisée dans l'espace, afin de déterminer quels sont la juridiction spéciale et le droit local auquel elle est soumise[114].

Selon Savigny, la juridiction spéciale de l'obligation coïncide avec son « siège »[115]. Et, cette juridiction spéciale, de même que le droit local des obligations, repose sur la volonté des parties, qu'il appelle la « soumission volontaire »[116]. Cette soumission volontaire peut résulter, selon lui, d'une déclaration de volonté expresse ou tacite. Ainsi, suivant Savigny, nous devons rechercher sur quel lieu les parties ont dirigé leur attente, c'est-à-dire quel lieu elles ont envisagé comme siège de l'obligation, et « c'est dans ce lieu que nous devons placer la juridiction spéciale de l'obligation, fondée sur la libre soumission des parties »[117].

Ensuite, il explique que toute obligation résulte et s'accomplit par des faits visibles qui se passent nécessairement dans un lieu spécifique. Ainsi, pour déterminer le siège de l'obligation, il convient de choisir entre le lieu où l'obligation prend naissance et le lieu où elle s'accomplit[118]. Il rejette catégoriquement le rattachement du lieu de conclusion pour régir les contrats, qu'il juge fondamentalement inadapté aux relations contractuelles : un « fait accidentel, fugitif, étranger à l'essence de l'obligation comme à son développement et à son efficacité ultérieure »[119]. En revanche, pour Savigny, le lieu d'exécution est celui qui doit être considéré comme siège de l'obligation, car il appartient à la propre « essence de l'obligation »[120].

Pour définir la loi applicable à une obligation, qu'il appelle de « droit local », Savigny applique les mêmes règles que pour la détermination de la « juridiction spéciale » : « la soumission présumée qui détermine à la fois le siège de l'obligation et la juridiction doit déterminer également le droit local applicable »[121]. Ainsi, selon les règles établies par Savigny, le droit local applicable sera toujours déterminé, suivant les différents cas, ou par le lieu fixé par les parties pour l'exécution de l'obligation et, à défaut d'une semblable fixation, par le lieu où l'obligation prend naissance, ou bien enfin par le domicile du débiteur[122]. Selon l'auteur

---

[114] *Ibid*, p. 198.

[115] L'auteur préconisait l'application de la loi du lieu d'exécution à *chaque obligation*. À ce sujet, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 250, note de bas de page n° 109.

[116] *Ibidem.*

[117] *Ibid*, p. 204.

[118] F.C. de Savigny, *op. cit.*, p. 205.

[119] *Ibid*, p. 201 et s.

[120] « En effet, l'obligation consiste à rendre certaine et nécessaire une chose auparavant incertaine, et soumise au libre arbitre d'une personne ; Or, la chose devenue ainsi nécessaire et certaine est précisément l'accomplissement de l'obligation ; c'est là-dessus que se concentre l'attente des parties : dès lors il est de l'essence de l'obligation que le lieu de l'accomplissement soit regardé comme siège de l'obligation, et que dans ce lieu se place la juridiction spéciale de l'obligation en vertu de la soumission libre ». Cf. *Ibid*, p. 205-206.

[121] *Ibid*, p. 244.

[122] Selon Savigny, quand il y a un lieu fixé pour l'accomplissement de l'obligation, le droit local doit se placer dans ce lieu de l'accomplissement ; quand l'obligation se rattache à une gestion d'affaires entreprise par le débiteur, dans le lieu où le siège permanent de cette gestion. Puis, quand l'obligation résulte d'un acte particulier fait par le

allemand, toutes ces règles reposent sur une présomption de volonté, la « présomption que le débiteur s'est soumis volontairement à un droit local déterminé »[123].

21. Interprétations divergentes de l'autonomie de la volonté chez Savigny. Quant à la portée de l'autonomie de la volonté, le texte de Savigny est susceptible de différentes interprétations. Certains auteurs considèrent que le concept de soumission volontaire de Savigny se réfère seulement au choix du lieu d'exécution[124]. Le professeur Henri Batiffol partage cette opinion et affirme que la volonté des parties est envisagée par Savigny uniquement comme un « facteur explicatif d'une localisation objective du siège de l'obligation »[125]. De même, d'après le professeur Christian Kohler : « Pour Savigny, l'autonomie des parties s'exprimait dans le choix du facteur de rattachement : en déterminant le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, les parties étaient censées se soumettre à la loi en vigueur dans l'État où était situé le lieu en question »[126].

Selon cette interprétation, les parties peuvent choisir librement le lieu d'exécution si la nature du contrat ne s'y oppose pas. Cependant, une fois que le lieu d'exécution et, par conséquent, la loi applicable, ont été déterminés, les parties ne peuvent plus s'écarter du contenu de cette législation, sauf dans la mesure permise par celle-ci[127]. Cela serait, ainsi, un choix *indirect* de la législation applicable. Les professeurs Pascal de Vareilles-Sommières et Sarah Laval partagent également l'idée de ce choix indirect dans la doctrine de Savigny[128]. Ils affirment que « pour Savigny, la détermination du siège du rapport de droit est justifiée comme mode de sélection de la loi applicable, car elle permettrait d'identifier la loi à laquelle les parties pertinentes ont entendu se soumettre volontairement »[129], et que « c'est cette intention, existant chez les parties pertinentes au rapport de droit substantiel, ne serait-ce qu'implicitement, de soumettre ce rapport

---

débiteur en son domicile, la loi du domicile du débiteur au moment de conclusion du contrat doit s'appliquer ; quand l'obligation résulte d'un acte particulier fait par le débiteur hors de son domicile et d'après les circonstances, cet endroit est aussi celui de l'exécution de l'obligation, la loi du lieu de conclusion s'applique (qui est équivalent au droit d'exécution) ; enfin, en dehors de toutes ces hypothèses, la loi du domicile du débiteur s'applique. *Ibid*, p. 244 et s.

[123] *Ibid*, p. 244 et s.

[124] V., p. ex., H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 34, et C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 329. À ce sujet, v. l'explication de Savigny, qui semble adopter cette interprétation : « La juridiction spéciale de l'obligation (ce qui coïncide avec le véritable siège de l'obligation) repose sur la soumission libre des parties, soumission résultant le plus souvent d'une déclaration de volonté non expresse, mais tacite, et qui dès lors est toujours exclue par l'expression d'une volonté contraire (§369). Nous devons donc rechercher sur quel lieu les parties ont dirigé leur attente, quel lieu elles ont envisagé comme siège de l'obligation ; et c'est dans ce lieu que nous devons placer la juridiction spéciale de l'obligation, fondée sur la libre soumission des parties. ». Cf. F.C. de Savigny, *op. cit.*, p. 204.

[125] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats, op. cit.,* p. 34.

[126] Cf. C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 329.

[127] J. Samtleben, « Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano », *in* S. Chipani (dir.), *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, Padova, CEDAM, Roma e America: Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 1988, p. 193-211.

[128] P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 112 et s.

[129] *Ibid*, p. 112.

de droit à un certain droit qui justifierait que ce droit s'applique en l'occurrence »[130]. Par exemple, selon les auteurs, « dire que le siège du rapport de droit des biens est au lieu de situation du bien, correspond, chez Savigny, à l'idée que "celui qui veut acquérir ou exercer un droit sur une chose" se soumet volontairement, par l'acquisition de la chose ou par l'exercice de ce droit sur elle, au droit en vigueur au lieu où se trouve cette chose »[131].

Cette interprétation se fonde sur plusieurs affirmations de Savigny. Celui-ci soutient notamment que la détermination du lieu d'accomplissement de l'obligation « peut résulter de la volonté expresse des parties » et que « personne alors ne met en doute que la juridiction de l'obligation ne soit dans le lieu que les parties ont désigné […] »[132]. Dans un autre passage, il précise qu'il existe « toujours pour chaque obligation un lieu d'accomplissement rigoureusement déterminé, ou par la volonté des parties ou, à son défaut, par la prescription de la loi »[133]. Dans le même sens, il affirme que : « Le lieu de l'accomplissement est toujours déterminé par la volonté directe des parties ; cette volonté peut être expresse ou tacite ; dans les deux cas, elle détermine la juridiction spéciale de l'obligation, juridiction qui dès lors résulte toujours de la soumission libre »[134]. Enfin, concernant le « droit local » applicable, il précise que celui-ci « ne peut être ainsi abandonné au choix d'une seule des parties, et [qu']il est toujours exclusivement déterminé, suivant les différents cas, ou par le lieu fixé pour l'exécution ; à défaut d'une semblable fixation, par le lieu où l'obligation prend naissance, ou bien enfin par le domicile du débiteur. Toutes ces règles reposent sur la présomption que le débiteur s'est soumis volontairement à un droit local déterminé »[135].

En revanche il est possible de s'appuyer sur certains passages de l'œuvre de Savigny pour affirmer que ce dernier avait déjà une vision plus large de la liberté des parties, englobant également la faculté des parties de choisir directement la loi applicable. Les professeurs Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier et Malik Laazouzi ont noté que la faculté d'un choix exprès de la loi applicable était devenue « une solution tout à fait concevable » pour Savigny[136]. Cette vision est confirmée de manière encore plus explicite par le professeur italien Andrea Curti Gialdino, selon lequel, d'après la théorie de la soumission volontaire de Savigny, « la volonté des parties contractantes, loin de se borner à fixer le lieu d'exécution, remplit une fonction directe dans la détermination de la loi compétente »[137].

---

[130] *Ibidem.*

[131] *Ibidem.*

[132] F.C. de Savigny, *op. cit.*, p. 207.

[133] *Ibid*, p. 208.

[134] *Ibidem*. Dans une autre passage il affirme : « Pour tous ces cas, nous avons à rechercher en quel lieu doit s'effectuer l'accomplissement selon l'intention et l'attente des parties ; c'est là que nous devrons placer le véritable siège de l'obligation et la juridiction spéciale, puisque l'attente résultant des circonstances implique une désignation tacite du lieu de l'accomplissement, et par là même la soumission volontaire du défendeur à la juridiction de ce lieu. » (*Ibid*, p. 212).

[135] *Ibid*, p. 245.

[136] V. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 168.

[137] A. Curti Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI*, 1972, vol. 137, p. 821.

En effet, Savigny affirme que le droit local des obligations « repose sur une soumission volontaire, qui dans la plupart des cas n'est pas exprimée formellement, mais qui résulte des circonstances, et dès lors peut être exclue par une déclaration contraire expresse »[138]. Il précise également que le « véritable siège de l'obligation » repose sur « la soumission libre des parties, soumission résultant le plus souvent d'une déclaration de volonté non expresse, mais tacite, et qui dès lors *est toujours exclue par l'expression d'une volonté contraire* »[139]. L'auteur souligne par ailleurs que le droit local cesse d'être applicable « si la présomption de soumission volontaire est détruite par une déclaration contraire expresse »[140].

En fin de compte, la place qu'occupe l'autonomie de la volonté dans la doctrine de Savigny n'apparaît pas clairement établie. Quoi qu'il en soit, cette soumission volontaire à un droit local ne revêt pas un caractère absolu dans la pensée savignienne. Le droit local « cesse d'être applicable, quand il se trouve en contradiction avec une loi *rigoureusement obligatoire* établie dans le lieu où siège le juge appelé à prononcer », dès lors que les « lois de cette nature ne laissent aucune influence à la volonté libre des parties »[141]. Savigny précise qu'en présence d'une telle loi rigoureusement obligatoire (*Gesetze von streng positiver, zwingender Natur*, soit « de nature rigoureusement positive et contraignante » selon la traduction proposée par le professeur Bertrand Ancel[142]), « ce n'est plus le droit local de l'obligation que l'on applique, mais bien celui du lieu où est intentée l'action, celui du juge appelé à prononcer »[143]. Il en ressort ainsi une véritable notion de norme impérative, voire une « préfiguration des lois de police ou d'application immédiate », correspondant à l'idée d'une dérogation au droit commun justifiée par les besoins particuliers de la collectivité sociale[144].

En outre, Savigny n'acceptait pas le fait que la loi désignée puisse conduire à l'annulation le contrat. Selon lui, « quand le contrat se trouve soumis à un droit local qui le déclare nul » (p. ex., celui du lieu d'exécution), « tandis qu'il serait valable d'après le droit du domicile », « on ne saurait admettre que les parties aient voulu se soumettre à un droit local en contradiction directe avec leurs intentions »[145]. De plus, ce droit ne s'applique pas à toutes les questions de droit qui peuvent s'élever au sujet d'une obligation. Il ne sera pas

[138] F.C. de Savigny, *op. cit.*, p. 201.

[139] *Ibid*, p. 204 (original sans italiques).

[140] *Ibid*, p. 245.

[141] *Ibid*, p. 246 (original sans italiques).

[142] B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé, op. cit.*, p. 493.

[143] F.C. de Savigny, *op. cit.*, p. 272. Selon Savigny, ces normes s'appliquent « positivement et négativement, c'est-à-dire que le juge est tenu d'obéir à la loi rigoureusement obligatoire de son pays, lors même qu'elle n'existerait pas dans le lieu siège de l'obligation ; et lors même qu'elle serait en vigueur au siège de l'obligation, il ne doit pas lui obéir, si elle n'est pas la loi de son pays. » (*Ibid*, p. 272-273).

[144] B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé, op. cit.*, p. 493-494.

[145] F.C. de Savigny, *op. cit.*, p. 247.

applicable alors à la capacité personnelle des contractants, à l'interprétation de certains contrats, et, dans certains cas spécifiques, à la forme des actes juridiques[146].

C. Mancini (1817-1888) et le principe de la nationalité

22. L'importance de la nationalité et les trois catégories de lois. Le principe de la nationalité rencontre son grand défenseur en Italie : Mancini, avocat, professeur et également homme politique italien. Pour Mancini, la nationalité constitue la base rationnelle du droit des gens (le principe de la *nazionalità come base razionale del Diritto delle Genti*)[147]. Alors, pour appliquer le principe de ce droit des gens, il faut créer une « coexistence des nationalités selon la loi du Droit » (*coesistenza delle nazionalità secondo la legge del Dritto*), théorie fondamentale, la *prima verità* du droit international[148]. De ce raisonnement découle l'idée unificatrice du droit international privé, défendue par Mancini à l'Institut de Droit International en 1874[149].

En ce qui concerne le droit civil, Mancini différentiait trois catégories de lois. La première, concernant les « lois de droit public et de l'ordre public », territoriales, s'appliquant à tous dans le respect de la souveraineté territoriale. Ensuite, il faisait une subdivision du droit privé : le « droit privé nécessaire », personnel, à effet extraterritorial, respectant la nationalité de chaque individu ; et, enfin, le « droit privé volontaire », autorisant la prise en compte de l'autonomie de la volonté, sous l'influence directe du principe de la liberté contractuelle[150]. Puis, en ce qui concerne l'idée de l'ordre public, il faut noter qu'avant Mancini, ce principe était très limité et perçu plutôt comme « une sorte de sauvegarde », ou un « remède suprême, appliqué à titre d'exception extrêmement rare »[151]. L'ordre public était alors limité à des cas très précis, par exemple, de polygamie, d'esclavage et d'usure[152]. Avec Mancini et le morcellement du droit privé en deux grandes classes (lois facultatives et lois coercitives), le champ d'application du principe de l'ordre public reste

---

[146] *Ibid,* p. 259 et s.

[147] P.S. Mancini, *Della nazionalità come fondamento del dritto delle genti*: prelezione al corso di dritto internazionale e marittimo pronunziata nella R. Università di Torino, ([Reprod.]) / dal professore Pasquale Stanislao Mancini, Torino, Tipografia Eredi Botta, 1851, p. 12.

[148] P.S. Mancini, *op. cit*., p. 29 et s. ; v. aussi, H. Valladão, *Direito Internacional Privado*: *Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.*, p. 125 ; v. aussi, E. Jayme, Pasquale Stanislao Mancini : Il diritto internazionale privato tra risorgimento e attività forense, Padoue, CEDAM, Studi e pubblicazioni della Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, nº 31, 1988, p. 56 et s.

[149] Sur ce sujet, v. E. Jayme, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*: Il diritto della civiltà internazionale, Testi e documenti raccolti da Alberto Miele, Turin, G. Giappichelli Editore, 1994, p. 123.

[150] H. Valladão, *Direito Internacional Privado: Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.*, p. 126 ; v. aussi, M. Gutzwiller, « Le développement historique du droit international privé », *op. cit.*, p. 372.

[151] M. Gutzwiller, « Le développement historique du droit international privé », *op. cit.*, p. 372.

[152] *Ibidem.*

essentiellement élargi[153]. Ces trois piliers de l'œuvre de Mancini — nationalité, liberté contractuelle et souveraineté territoriale — ont beaucoup influencé les codifications latino-américaines, notamment le Code Bustamante, comme il sera démontré par la suite[154].

23. La loi applicable aux contrats internationaux et l'autonomie de la volonté dans la doctrine de Mancini. En ce qui concerne la loi applicable aux contrats internationaux, Mancini a réussi à transposer une grande part de ses idées dans le Code civil italien de 1865[155]. En expliquant les normes relatives aux contrats de la législation italienne, Mancini affirme que les parties ont pleine faculté de soumettre la « substance intrinsèque des obligations et leurs effets » à la loi de leur choix[156]. En cas de silence, il est présumé que l'intention des parties était de soumettre le contrat à la loi du lieu de conclusion du contrat ; toutefois, si les contractants appartiennent tous à une même nation, la présomption légale indique qu'ils ont eu l'intention de se soumettre à leur loi nationale[157]. Et Mancini ajoute : « ces présomptions par leur nature simplement supplétoire laissent parfaitement toute liberté à la manifestation d'une volonté différente »[158]. Les parties peuvent également utiliser leur loi commune nationale pour régir les « formes extrinsèques des actes entre vifs et des testaments » ; en cas contraire, la loi locale du pays où les actes sont faits doit s'appliquer. Il retient également que les lois étrangères applicables doivent respecter « la souveraineté, l'indépendance politique de l'État et les intérêts d'ordre public »[159].

Mancini justifie l'autonomie des parties par le fait que les règles édictées en ce domaine par la loi nationale ne sont que des normes supplétives qui trouvent dans l'ordre public international leur limite naturelle. Cette idée est exprimée avec plus de netteté encore chez des représentants de l'École moderne italienne de la personnalité des lois, comme Fiore[160]. Selon Fiore, « comme règle générale, on peut dire que tout doit dépendre de la loi à laquelle

---

[153] *Ibidem.*

[154] V. *infra*, n° 130 et s.

[155] E. Jayme, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini, *op. cit.*, p. 162. V. aussi, E. Jayme, Pasquale Stanislao Mancini, *op. cit.*, p. 27. Toutefois, cela ne signifie pas que Mancini ait reconnu, dans sa conception de l'autonomie de la volonté, la faculté pour les parties à un contrat international de choisir la loi d'un État déterminé et, ce faisant, d'écarter l'application de la loi qui serait normalement compétente en vertu des règles de conflit applicables, y compris ses dispositions impératives. Selon une partie de la doctrine, Mancini aurait plutôt étendu au plan international la liberté contractuelle dont jouissent les parties en droit interne, leur permettant de substituer aux règles *supplétives* d'autres stipulations conventionnelles. Comme l'a affirmé le professeur Struycken, « L'autonomie de la volonté, telle que nous la comprenons aujourd'hui, s'inscrirait possiblement dans le système qu'il a promu, mais son langage ne reflète pas précisément cette notion moderne ». Cf. A. V.M. Struycken, « Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement », General Course on Private International Law, *RCADI*, 2004, vol. 311, n° 353 (traduction libre de l'anglais). L'auteur fait également référence aux travaux de Y. Nishitani, Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht, Heidelberg, 2000 (Winter), eadem, *RivDIPP* 2001, spéc. p. 34.

[156] E. Jayme, Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini, *op. cit.*, p. 165.

[157] *Ibid*, p. 165.

[158] *Ibidem.*

[159] *Ibidem.*

[160] Sur ce sujet, v. V. Ranouil, *op. cit.*, p. 38.

les parties se sont soumises en s'obligeant […] »[161]. Et, quand la soumission des parties est présumée, « il est donc indispensable d'analyser l'obligation et les effets qui en dérivent, pour déterminer, dans les cas particuliers, si on doit donner la préférence à la loi du débiteur ou à celle du lieu indiqué pour l'exécution du contrat »[162]. Mais la libre soumission des parties rencontre des limites : les contractants « ne peuvent se soumettre à une loi étrangère pour se soustraire à la loi qui règle leur état personnel, ou pour déroger aux lois auxquelles est soumise la chose qui est l'objet de la convention »[163]. Par conséquent, « la capacité des personnes et la possibilité physique et juridique de l'exécution dépendent de la loi personnelle ou de celle du lieu où le fait doit se réaliser »[164]. Puis, Fiore affirme que, quant à l'efficacité des contrats, l'on peut demander la sanction judiciaire n'importe où, à la condition que « la prestation à laquelle le créancier veut astreindre le débiteur ne soit pas contraire aux principes d'ordre public, aux institutions et aux lois prohibitives en vigueur dans le lieu où s'exerce l'action »[165].

Section 2 — Influence et consolidation d'une « doctrine régionale » : l'impact des théories européennes modernes sur la codification du droit international privé en Amérique latine

24. Les théories modernes européennes ont exercé une influence significative en Amérique latine, en particulier dans le domaine du droit international privé (§1), catalysant ainsi l'évolution d'une « doctrine latino-américaine »[166] distincte et les bases doctrinales du mouvement de codification régionale du droit international privé (§2).

---

[161] P. Fiore, Droit international privé, ou Principes pour résoudre les conflits entre les législations diverses en matière de droit civil et commercial, traduit de l'italien, annoté par P. Pradier-Fodéré, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875, p. 398.

[162] *Ibidem.*

[163] *Ibid*, p. 399.

[164] *Ibidem.*

[165] *Ibid*, p. 447.

[166] De nombreux professeurs latino-américains ont dispensé des cours à l'Académie de droit international de La Haye, où ils ont systématiquement mis en lumière l'histoire et les doctrines propres au droit international privé de ce continent. V., en particulier, J.M. Yepes, « La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé », *RCADI*, 1930, vol. 32 ; F.C. Pontes de Miranda, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil », RCADI, 1932, vol. 39 ; H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *RCADI*, 1952, vol. 81 ; M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *RCADI*, 1970, vol. 130 ; G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *RCADI*, 1979, vol. 164 ; A. Boggiano, « International Standard Contracts A Comparative Study », *RCADI*, 1981, vol. 170 ; T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *RCADI*, 1982, vol. 177 ; L. Pereznieto Castro, « La tradition territoriale en droit international privé des pays de l'Amérique latine », *RCADI*, 1985, vol. 190 ; G. Parra-Aranguren, « General Course of Private International Law: Selected Problems », *RCADI,* 1988, vol. 210 ; A. Boggiano « The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America Universality and genius loci », *RCADI*, 1992, vol. 233 ; J. Dolinger, « Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts », *RCADI*, 2000, vol. 283 ; H.A. Grigera Naón, « Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration », *RCADI*, 2001, vol. 289 ; D.P. Fernández Arroyo, « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *RCADI*, 2006, vol. 323 ; D. Opertti Badán, « Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain

§1 — L'influence des « théories modernes » sur le régime des contrats internationaux en l'Amérique latine

25. Les théories « modernes » du droit international privé, incarnées par les contributions éminentes de juristes tels que Story, Savigny et Mancini, ont profondément façonné l'évolution de la pensée latino-américaine dans ce domaine. L'impact de ces savants s'est manifesté à travers leurs analyses sur la nature et les mécanismes du droit international privé, contribuant ainsi à l'enrichissement et à la sophistication des réflexions juridiques en Amérique latine. Cela ouvrit la voie à des développements ultérieurs et au processus de codification du droit international privé dans la région.

Les théories modernes et les principes qui en ont été dégagés ont exercé une influence déterminante sur les législations latino-américaines en matière de droit international privé. Le projet de Code civil brésilien, élaboré par Teixeira de Freitas en (1860)[167], témoigne notamment de l'ascendant exercé par les travaux des juristes allemands, particulièrement ceux de Savigny, ainsi que par l'œuvre de Story. L'influence de ce dernier s'est par ailleurs propagée au Code civil argentin, dont la rédaction fut confiée au juriste Dalmacio Vélez Sarsfield. Ce dernier a d'ailleurs expressément reconnu s'être appuyé sur le projet de Freitas lors de l'élaboration du code argentin[168].

Le Code civil argentin, rédigé par Vélez Sarsfield, promulgué le 29 septembre 1869 et mis en vigueur le 1er janvier 1871, reproduit plusieurs des principes de droit international privé du *Conflit of Laws* de Story[169]. Quelques articles du Code argentin reproduisent en simple traduction les principes de l'ouvrage de Story, y compris l'article sur la loi applicable aux contrats[170]. L'auteur américain est aussi souvent cité dans les annotations placées au bas de chaque article dans l'édition officielle dudit Code[171]. À titre d'exemple, les articles 1209 et 1210 du Code civil argentin, qui consacrent l'application de la *lex loci executionis* aux

: dilemme ou convergence? Conférence inaugurale, session de droit international privé », *RCADI*, 2012, vol. 359 ; C. Fresnedo de Aguirre, « Public Policy: Common Principles in the American States », *RCADI*, 2016, vol. 379 ; et C. Tiburcio, « The Current Practice of International Co-Operation in Civil Matters », 2018, vol. 393.

[167] V. *infra* n° 30.

[168] Cf. H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.*, p. 27.

[169] Cf. H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.*, p. 27 ; v. aussi, T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.,* p. 241 et s.

[170] Comme nota le professeur Valladão : « En effet, les articles 8 et 9 ; 10, 11, 159 à 163 ; 1205 à 1210 du Code civil argentin reproduisent, quelques fois, en simple traduction, respectivement, les principes de l'ouvrage de Story sur la capacité des personnes, chapitre IV et §§ 101, 102 et 104 ; sur les immeubles, §§ 364, 424 et suivants et, en partie, sur les meubles, §§ 382 à 384 ; sur la validité du mariage, droits et devoirs conjugaux, contrats nuptiaux, régime des meubles et immeubles quand il n'y a pas de contrat nuptial, §§ 113, 121 et 123, 110, 136 et 140a, 143, 184, 186, 187 ; et sur la loi applicable aux contrats, §§ 242, 244, 245, 251 et 257, 242 et 280. Story est souvent cité dans les notes placées au bas de chaque article dans l'édition officielle du Code ». Cf. *Ibidem.*

[171] *Ibid*, p. 28. Pour une comparaison entre le Code civil argentin et les commentaires de Story, article par article, v. H. Valladão, « The Influence of Joseph Story on Latin-American Rules of Conflict of Laws », *The American Journal of Comparative Law*, 1954, vol 3, p. 27-41, p. 32 et s.

contrats, renvoient expressément, dans leurs notes explicatives, à l'œuvre de Story[172]. Cette influence doctrinale s'est ensuite propagée au-delà des frontières argentines : le Paraguay, en adoptant son Code civil le 27 juin 1889, a repris substantiellement le modèle argentin, perpétuant ainsi l'héritage conceptuel de Story dans la région[173].

Les idées de Story eurent également un impact significatif sur les traités régionaux en Amérique latine[174]. Le Traité de droit civil international de Montevideo de 1889 en est un exemple. Gonzalo Ramírez, délégué de l'Uruguay, et Manoel Quintana, délégué de l'Argentine, font plusieurs références à Story pour baser les idées proposées dans leurs respectifs projets[175]. Comme l'affirme Valladão, les principes de Story ont été consacrés, dans ce traité, notamment dans les articles portant sur le mariage, la tutelle et la curatelle, les successions, entre autres[176]. Toutefois, en matière de loi applicable aux contrats, ce traité fut principalement influencé par les idées de Savigny. Il considéra, en effet, la loi du lieu d'exécution du contrat comme la loi présumée choisie par les parties[177].

Savigny a également exercé une influence notable sur la doctrine et la législation d'Amérique latine. Les Codes civils des nombreux pays ont été influencés par ses travaux[178]. Mais c'est au niveau supranational que se manifeste la plus grande influence de Savigny, notamment dans le choix de rattachement du lieu d'exécution pour régir les obligations contractuelles. Cela a été observé dans le Traité de Lima (1879), et également dans les travaux de l'Uruguayen Gonzalo Ramírez, qui élabora le projet de Traité de droit civil international approuvé à Montevideo en 1889[179]. Puis, le rattachement au lieu d'exécution d'inspiration savignienne continua également avec l'approbation de la version révisée du Traité de Montevideo de 1940.

Comme Story et Savigny, Mancini et ses successeurs de l'École italienne ont beaucoup influencé la doctrine internationaliste latino-américaine. Mais c'est au Brésil où Mancini a eu le plus grand succès doctrinal. Cela se reflète dans les enseignements des grands juristes, tels que Pimenta Bueno, Clóvis Bevilaqua (rédacteur du Code civil brésilien de 1916) et Rodrigo Octavio. Il a également influencé la pensée d'Andrade Figueira, délégué

[172] *Ibid*, p. 38.

[173] *Ibidem.*

[174] Les principes de Story ont exercé une influence (bien que limitée) sur le Traité pour l'établissement de normes uniformes en matière de droit international civil de 1878, conclu à Lima le 8 novembre 1878 et signé par le Pérou, l'Argentine, le Chili, l'Équateur, la Bolivie, le Venezuela et le Costa Rica. Sur ce sujet, v. H. Valladão, « The Influence of Joseph Story on Latin-American Rules of Conflict of Laws », *op. cit.*, p. 40.

[175] V. H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.,* p. 29.

[176] *Ibidem.*

[177] *Ibid*, p. 252.

[178] P. ex., les Codes civils du Venezuela et du Chili, avec Andrés Bello, étaient influencés par les travaux de Savigny. Au Brésil, l'œuvre de Savigny a influencé la pensée des juristes, tels que Teixeira de Freitas et Pimenta Bueno. En Argentine, les études de Vélez Sarsfield et le Code civil argentin de 1869 ont reflété également la pensée de Savigny. Sur ce point, v. H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.*, p. 124-125.

[179] *Ibidem.*

du Brésil lors du Congrès de Montevideo de 1888, qui se refusa à signer le Traité de droit civil international de 1889, un des traités issus de ce Congrès[180].

Sur le plan régional, Mancini influença les premiers grands efforts de codification, notamment le Traité de Lima. Mais l'impact le plus remarquable de son œuvre ressort de son influence à Cuba avec Bustamante, lors de la rédaction par celui-ci du projet du Code de droit privé international qui porte son nom, approuvé en 1928. Dans le Code Bustamante, nous retrouvons une forte influence de l'idée de la « loi personnelle » de Mancini, et surtout de la division du droit en trois classes de lois[181]. L'inspiration des idées de Mancini ressort très clairement de l'article 3 du Code Bustamante, qui, comme la doctrine de Mancini, divise les lois en trois catégories.

§2 — L'émergence d'une « doctrine latino-américaine » et son impact sur le droit international privé

26. Après l'indépendance, l'ancien et complexe système juridique colonial a continué à s'appliquer au droit privé dans les nouvelles nations latino-américaines. Les jeunes républiques furent très vite dotées de nouvelles constitutions politiques et de toutes les lois nécessaires pour consolider le nouvel ordre social et politique. Cependant, l'ancienne législation civile, y compris le droit international privé, est restée au second plan. Au fil des années, ces législations coloniales d'origine européenne ont progressivement été remplacées par de nouvelles lois nationales. Pour remplacer les anciennes législations de la métropole, le nouveau et très répandu modèle français, promulgué le 21 mars 1804 et nommé « Code Napoléon », était devenu la source d'inspiration principale[182].

Si l'uniformisation des législations ne constituait pas l'objectif premier des entreprises codificatrices initiales en Amérique latine[183], l'harmonisation juridique latino-américaine s'est néanmoins affirmée durant cette période postcoloniale grâce à l'influence prépondérante exercée par le Code civil français de 1804[184]. Mais les nouvelles codifications latino-américaines, suivant en cela leur source d'inspiration française, contenaient peu de normes de droit international privé. Pour combler cette lacune, un vif

---

[180] *Ibid*, p. 128.

[181] V. *infra*, n° 133.

[182] Pour une analyse complète de l'influence du Code Napoléon sur les Codes latino-américains, v. H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.*, p. 7 et s.

[183] Dans un premier temps, l'objectif principal de la codification du droit privé en Amérique latine « n'a pas été précisément de rechercher l'uniformité du droit privé des jeunes républiques latino-américaines, mais plutôt d'affirmer la souveraineté politique naissante à travers un système législatif intelligible et plus accessible que la législation coloniale dispersée, profuse et confuse ». V. A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 33-34 (traduction libre de l'espagnol).

[184] Pour les différences entre les codifications poursuivies en Amérique latine et leurs influences, v. A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 34 et s. ; v. aussi T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.,* p. 240-241.

intérêt pour les normes de droit international privé et sa codification apparut dans l'hémisphère sud de l'Amérique à la fin du XIX[e] siècle, s'alimentant des doctrines européennes et nord-américaines, que nous avons déjà analysées, mais aussi des doctrines propres qui se sont tempérées et adaptées aux nécessités du « Nouveau Monde ». Parmi d'autres, nous pouvons mentionner deux grandes doctrines latino-américaines qui ont beaucoup influencé le mouvement initial de codification du droit international privé de la région : celles d'Andrés Bello (A) et de Augusto Teixeira de Freitas (B).

Il faut également mentionner les travaux, postérieurs, de Gonzalo Ramírez (1846-1911) et d'Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén (1865-1951). Les idées du premier, rédacteur du premier Traité de Montevideo, et du second, rédacteur du Code Bustamante, en raison de leur influence directe sur ces deux instruments, seront étudiées en détail lors de l'analyse des normes desdites conventions internationales[185].

A. Andrés Bello (1781-1865)

27. Le Projet de Code civil chilien et l'influence des idées territorialistes[186]. Andrés Bello, renommé « penseur des Amériques », est né au Venezuela, où il était professeur et diplomate. En 1829, Bello se rend avec sa famille au Chili, où il effectue un travail remarquable dans le domaine du droit comme professeur et législateur[187]. En plus d'écrire déjà en 1832 un des premiers livres de droit international d'Amérique latine, *Principios de Derecho de Gentes*, son œuvre la plus remarquable était sans doute le *Projet de Code civil du Chili*, un des premiers des nouvelles républiques. Il commença à travailler sur le projet du Code civil chilien dès 1834, jusqu'à qu'il soit adopté comme loi, le 14 décembre 1855. Ce Code, dont la partie consacrée au droit international privé a subi très peu d'altérations, est entré en vigueur le 1[er] janvier 1857 sous le nom de *Code civil de la République du Chili*[188]. Comme le remarque le professeur brésilien Haroldo Valladão, le Code chilien était le premier Code civil à caractère original des Amériques et le plus complet des Codes civils hispano-américains de la seconde moitié du XIX[e] siècle.

Comme le remarque le même auteur, « quoiqu'on observe en général l'influence des Codes alors en vigueur, France, Autriche, Louisiane, Royaume des Deux Siciles […] la partie afférente au droit international privé prend une tournure particulière avec des principes

[185] Pour une analyse de la bibliographie et de l'influence de Gonzalo Ramírez et Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén en droit international privé américain, v. J. Samtleben, *Internationales Privat— und Prozessrecht in Lateinamerika: Tradition und Reform, Band 1: Rechtsordnungen*, Düren, Shaker Verlag, Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung n[o] Band 56, 1, 2023, p. 749 et s.

[186] Pour une étude sur le territorialisme en Amérique latine, v. L. Pereznieto Castro, « La tradition territoriale en droit international privé des pays de l'Amérique latine », *RCADI*, 1985, vol. 190, p. 378.

[187] V. A. Bello, *Código Civil de la República de Chile*: *Introducción y Notas de Pedro Lira Urquieta*, Obras completas de Andrés Bello, XIV, Caracas, La Casa de Bello, 1981, p. XV et s. ; v. aussi, H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.,* p. 36.

[188] H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.,* p. 36.

nouveaux et l'on voit apparaître la consolidation des règles peu suivies jusque-là »[189]. Par exemple, Valladão nota qu'en matière de biens, le Code civil chilien « s'est écarté des modèles alors en faveur, des autres Codes du siècle, de la propre doctrine statutiste classique, pour établir le régime unique — *lex rei sitae*, sans faire de distinction entre meubles et immeubles, régime dont le seul antécédent se trouve dans le Code de la Bavière de 1756, art. 17, 2e partie »[190].

De tradition statutiste, le principe général de la territorialité fut retenu par Bello[191]. Des motivations politiques expliquent également l'adoption de ce principe, notamment les guerres d'indépendance latino-américaines. Les États nouvellement formés, se percevant constamment menacés, ont manifesté une opposition résolue à toute forme d'ingérence étrangère[192]. Le principe a été ainsi transposé au Code civil chilien, qui dans l'article 14 établit que la loi chilienne est obligatoire pour tous les habitants du pays, y compris les étrangers[193]. Cet article a été interprété dans un sens très large, englobant également les actes et contrats exécutés au Chili. *A contrario*, la loi chilienne ne s'appliquerait pas aux personnes qui se trouvent hors du pays, ni aux contrats exécutés à l'étranger[194]. Le « double élément de rattachement » de cette disposition traduit, comme l'a souligné le professeur Jürgen Samtleben, « la volonté d'affirmer la souveraineté de l'État sous ses deux aspects, territorial et personnel »[195]. Le principe de territorialité consacré par le Code civil chilien de Bello connut par la suite une diffusion considérable en Amérique latine, l'article 14 ayant été reproduit dans plusieurs législations de la région, notamment dans les Codes civils vénézuélien (art. 7), colombien (art. 18) et équatorien (art. 13), et ayant exercé une

[189] *Ibid*, p. 37.

[190] *Ibid*, p. 42.

[191] Comme l'explique le professeur Samtleben, « Bello part de la doctrine hollandaise selon laquelle l'État a le droit — fondé sur sa propre souveraineté — de promulguer des lois ayant des effets contraignants à l'égard de toutes les personnes se trouvant sur son territoire national. À l'intérieur de ce dernier, les lois provenant d'autres pays n'ont pas de force obligatoire. Leur application, dans certains cas, ne peut se justifier que par une simple déférence, appelée "courtoisie internationale". Les étrangers présents dans le pays sont donc soumis au droit territorial. En revanche, selon Bello, l'emprise de l'État sur ses propres citoyens ne se limite pas aux frontières nationales. En vertu de la souveraineté personnelle, l'État exige de ses sujets à l'étranger le respect de certaines lois, tandis que le pays de leur résidence peut les ignorer ». Cf. J. Samtleben, « La relación entre Derecho internacional público y privado en Andrés Bello », *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 34, 1982, p. 399–408, p. 402 (traduction libre de l'espagnol).

[192] Selon le professeur Samtleben : « Le fondement du droit international privé en Amérique latine a été le principe de territorialité, qui puise ses racines dans la tradition de l'Espagne coloniale et qui a pris une importance particulière à travers les luttes menées pour l'indépendance par les jeunes Républiques américaines ». Comme il précise : « la souveraineté des États nouvellement formés était constamment menacée, la Couronne espagnole ne reconnaissant pas l'indépendance et étant disposée à reconquérir les anciennes colonies. Ce danger permanent explique l'opposition décidée des nations nouvellement créées à toute forme d'ingérence étrangère ». Cf. J. Samtleben, « La relación entre Derecho internacional público y privado en Andrés Bello », *op. cit.*, p. 400-401 (traduction libre de l'espagnol).

[193] « Art. 14 — La loi est obligatoire à tous les habitants de la République, y compris les étrangers ». Cf. A. Bello, *op. cit.*, p. 38 (traduction libre de l'espagnol).

[194] H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.,* p. 38.

[195] J. Samtleben, « La relación entre Derecho internacional público y privado en Andrés Bello », *op. cit.*, p. 403 (traduction libre de l'espagnol).

influence sur bien d'autres[196]. Ce principe fut, par ailleurs, soutenu au Congrès de Montevideo en 1889 par B. Pratts, délégué chilien qui refusa de signer le Traité de droit civil international adopté lors dudit Congrès[197].

28. La loi applicable aux contrats internationaux. Bello, en matière de contrats, favorisa le rattachement au lieu de la conclusion, comme le suggère son projet de code, en sauvegardant la loi chilienne pour les conventions à être exécutées au Chili (art. 16)[198]. En fait, s'inspirant du Code civil autrichien, l'article 16 du projet de Code de Bello établit que les biens situés au Chili sont régis par la loi chilienne, sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement consentis dans un pays étranger. Toutefois, par la suite, le même article établit que les contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Chili seront régis par la loi chilienne. Ainsi, la loi du lieu de conclusion cède la place à la loi chilienne, si ce contrat doit être exécuté dans ce pays. Mais, *a contrario*, si le contrat est conclu dans un pays étranger et non exécuté au Chili, cette loi étrangère a vocation à s'appliquer.

Concernant le principe d'autonomie de la volonté, il reconnaît aux parties seulement une liberté pour définir les règles matérielles applicables à leurs contrats. Cependant, il ne semble pas autoriser la désignation directe d'une loi étrangère pour régir le contrat par les parties[199].

Quant à la forme des actes, le principe *locus regit actum* fut adopté, notamment dans l'article 17. L'article 18 pose une exception, en exigeant une forme solennelle chilienne pour certains actes. Comme remarque Haroldo Valladão, l'idée était de garantir la production des effets au Chili, inspirée par le Code autrichien et le Code de la Louisiane, en respectant le principe de territorialité pour éviter la fraude à la loi[200].

29. L'influence de Bello dans d'autres pays d'Amérique latine. L'originalité de Bello justifie le succès de son Code, non seulement au Chili, mais aussi dans d'autres pays d'Amérique latine. Comme l'a souligné la doctrine, l'influence du Code élaboré par Bello en Amérique dans la seconde moitié du XIX^{e} siècle est comparable, à celle du modèle

---

[196] V. J. Samtleben, *Internationales Privat- und Prozessrecht in Lateinamerika: Tradition und Reform, Band 1: Rechtsordnungen, op. cit.,* p. 59 et s.

[197] H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.,* p. 38.

[198] L'article est ainsi rédigé : « Art. 16 — Les biens situés au Chili sont soumis aux lois chiliennes, même si leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas au Chili. Cette disposition s'entend sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement consentis dans un pays étranger. Toutefois, les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Chili seront régis par la loi chilienne. ». Cf. A. Bello, *op. cit.*, p. 39-40 (traduction libre de l'espagnol).

[199] V. J. Samtleben, « Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano », *op. cit.*, p. 194.

[200] H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.,* p. 43.

français en Europe[201]. Il a été assimilé par d'autres pays de la région avec de légères modifications et a servi de ligne directrice dans l'élaboration de nombreux d'autres.

Comme le remarqua le professeur Haroldo Valladão dans son étude sur le droit international privé des États américains[202], les normes de droit international privé chiliennes furent pratiquement adoptées sans changement dans les premiers Codes civils de nombreux pays d'Amérique latine. L'auteur mentionna l'Équateur (Code promulgué le 14 décembre 1860, en vigueur dès le 1er janvier 1861), le Venezuela (Code civil promulgué le 28 octobre 1862, en vigueur le 1er janvier 1863), le Nicaragua (Code civil du 1er février 1904), l'Uruguay (Code civil du 13 janvier 1868, en vigueur le 1er janvier 1869), et la Colombie (Code civil promulgué et en vigueur le 26 mai 1873). Il inclut également les premiers Codes civils du El Salvador (1880), du Honduras (1880) et du Panama (1916)[203].

Par ce biais, comme l'a souligné le professeur Jürgen Samtleben, « les dispositions du Code civil chilien sont devenues le socle du droit international privé dans ces pays »[204]. L'influence décisive du Code chilien sur les législations voisines a assuré, ainsi, la prééminence durable de l'orientation territorialiste dans le droit des conflits de la région. En bref, comme le conclut Samtleben, « l'œuvre de Bello a eu une répercussion séculaire sur le droit des conflits en Amérique latine, qui repose encore aujourd'hui principalement sur des fondements territorialistes »[205].

En matière de contrats, l'influence du Code chilien de Bello demeure perceptible dans plusieurs de ces pays. Certains continuent à reproduire presque littéralement l'article 16 du Code civil chilien sur la loi applicable au fond des contrats dans leurs Codes civils en vigueur. Cela est observable en Colombie (art. 20 du Code civil de 1887), au Salvador (art. 16 du Code civil de 1880), en Équateur (art. 15 du Code civil de 2005) et au Honduras (art. 14 du Code civil de 1906). Les autres pays s'en distancièrent avec des réformes ultérieures[206].

B. Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883)

30. Le projet préliminaire de Code civil de l'Empire du Brésil : l'Ébauche et l'influence de Savigny. Teixeira de Freitas, juriste brésilien, a joué un rôle crucial en Amérique du Sud, similaire à celui de Story aux États-Unis. En 1855, il a été mandaté par le gouvernement impérial du Brésil pour consolider les lois civiles dispersées en diverses

[201] Cf. J. Samtleben, « La relación entre Derecho internacional público y privado en Andrés Bello », *op. cit.*, p. 403.

[202] V. H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.*, p. 45 et s.

[203] *Ibidem.*

[204] J. Samtleben, « La relación entre Derecho internacional público y privado en Andres Bello », *op. cit.*, p. 403 (traduction libre de l'espagnol).

[205] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[206] Pour un comparatif des articles mentionnés, v. Annexe 2.

« ordonnances » d'origine coloniale. En trois ans, Teixeira de Freitas a accompli cette tâche en consolidant 1333 articles regroupant l'ensemble de la législation civile en vigueur au Brésil, appelée la « Consolidation des lois civiles ». En 1859, on lui a confié la rédaction d'un projet de Code civil pour le nouvel Empire du Brésil. En 1860, il a présenté un projet préliminaire appelé *Esboço* (Ébauche), qui n'a pas été achevé. Malgré cet échec, l'Ébauche de Freitas a inspiré le premier Code civil brésilien de 1916 et a influencé les législations en Amérique latine.

Malgré le travail de synthétisation des problématiques les plus importantes du droit civil de l'époque dans la *Consolidation des lois civiles*, le cœur de la pensée de Freitas se trouve dans son Ébauche. L'influence de Savigny est particulièrement notable dans les normes de droit international privé développées par Freitas, ce qui lui a valu le surnom de « Savigny américain »[207]. Au Titre préliminaire de l'Ébauche, il reprend l'idée du « siège de droit » de Savigny. Selon Teixeira de Freitas, les lois ont une « limite locale » (Ébauche, art. 1). Ce principe de limitation local des lois implique que les normes dudit projet doivent être seulement appliquées aux personnes, choses, faits et droits qui ont leur « siège » dans le territoire du pays[208]. Selon lui, « le législateur marque les limites locales de l'application des lois de son pays, sans tenir compte de la réciprocité, et de ce qui a été fait, est fait, ou sera fait, dans les pays voisins »[209]. Cela montre que, pour Teixeira de Freitas, l'application de la loi étrangère n'est pas un résultat de réciprocité, mais plutôt de la recherche, dans ses propres mots, d'une *comunhão do direito* (communauté du droit), en prenant en compte les souverainetés des États. En d'autres termes, Freitas partagea l'idée d'un rôle collaboratif et de convergence du droit international privé ou, comme il le mentionna, de l'existence d'un « accord tacite » des États pour limiter l'application de leurs lois à leur propre territoire[210].

Ensuite, aux articles 3 et 4 de l'Ébauche, Freitas définit et énonce les « effets du lieu ». Selon l'article 3, le « lieu » (*lugar*) se traduit par le territoire d'un pays ou, dans l'Empire, par les divisions territoriales de son organisation judiciaire. Ce « lieu » a comme effet tant la détermination de la juridiction compétente, comme la législation applicable, que ça soit la loi interne ou une loi étrangère (art. 4). Dans l'explication de ce dernier article, Freitas annonce que le lieu (ou le siège) produit des effets sur les personnes, les choses, les faits et les droits, qu'il appelle « objets ». Chaque objet a ainsi un siège qui lui est propre, à partir duquel il est possible de dégager la loi applicable[211].

---

[207] T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.*, p. 242.

[208] Sur ce sujet, v. A. Teixeira de Freitas*, Código Civil: Esboço por A. Teixeira de Freitas*, República dos Estados Unidos do Brasil, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1962, vol. 1, p. 1-2 (traduction libre du portugais).

[209] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[210] *Ibidem.*

[211] *Ibid*, p. 7.

31. La loi applicable aux contrats internationaux. Plus précisément, en ce qui concerne la loi applicable aux contrats, Freitas s'inspire également des idées de Savigny, mais apporte quelques changements importants. Premièrement, Freitas abandonne la référence aux « obligations » au profit d'une terminologie centrée sur les « contrats », ce qui implique que la loi régit l'intégralité des obligations contractuelles. S'agissant des critères de rattachements retenus, l'auteur établit une distinction fondamentale entre la « forme » et les « effets » du contrat. Quant à la forme des contrats, Freitas établit, comme règle générale, le rattachement du lieu de conclusion du contrat (art. 1935), avec quelques spécificités : pour les contrats nécessitant une forme particulière, le rattachement se fait au lieu où cette forme est requise (art. 1935.1) ; pour les contrats conclus entre absents, le rattachement se fait, d'une part, au lieu indiqué par l'instrument si celui-ci est un acte particulier signé par l'une des parties, et, d'autre part, au lieu le plus favorable à la validité du contrat dans les autres cas (art. 1936)[212]. En ce qui concerne les effets des contrats, Freitas différencie entre les contrats qui doivent être exécutés dans l'Empire et ceux dont l'exécution est prévue hors de l'Empire (art. 1962). Pour les contrats exécutés dans l'Empire, qu'ils soient conclus dans l'Empire ou hors de celui-ci, les lois de l'Empire sont applicables. Mais les effets des contrats qui doivent être exécutés hors de l'Empire seront jugés par les lois et les usages du pays où ils auraient dû être exécutés[213].

Et, pour déterminer le lieu d'exécution du contrat, l'influence de Savigny se manifeste une fois encore. À l'article 1963, Freitas énuméra, comme Savigny, les critères qui devaient être pris en considération pour déterminer le lieu d'exécution. L'article 1963 de l'Ébauche de Freitas dispose que le lieu d'exécution des contrats est réputé être le lieu désigné par les parties pour l'exécution du contrat ou celui qui résulte de la nature de l'obligation (alinéa 1), mais en l'absence de désignation ou quand celle-ci ne peut être déterminée en raison de la nature de l'obligation, le lieu d'exécution est réputé être le lieu où le contrat a été conclu, à condition que ce lieu corresponde au domicile du débiteur au moment de la conclusion du contrat (alinéa 2). L'article dispose par la suite que, si le contrat a été conclu en dehors du domicile du débiteur et si, par les circonstances de la cause dans ce lieu, le contrat devait être exécuté, le lieu d'exécution serait encore réputé être le lieu de conclusion du contrat (alinéa 3). Mais il sera considéré comme le lieu du domicile actuel du débiteur, si le contrat a été conclu en dehors du domicile du débiteur et si, par les circonstances de la cause, ce lieu ne correspond pas au lieu où le contrat devrait être exécuté (alinéa 4)[214].

---

[212] A. Teixeira de Freitas, *Código Civil: Esboço por A. Teixeira de Freitas*, Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, vol. 2, p. 777.

[213] « Art. 1962 — Les effets des contrats conclus dans l'Empire ou hors de celui-ci, pour être exécutés dans l'Empire, seront jugés par les lois de l'Empire, que les parties soient nationales ou étrangères. Mais les effets des contrats, même conclus dans l'Empire, pour être exécutés hors de l'Empire, seront jugés par les lois et les usages du pays où ils auraient dû être exécutés, que les parties soient nationales ou étrangères ». Cf. A. Teixeira de Freitas, *Código Civil, vol. 2, op. cit.*, p. 785 (traduction libre du portugais).

[214] « Art. 1963 — Le lieu d'exécution des contrats est réputé être : 1er — Celui que les parties, dans leurs actes respectifs ou dans un acte ultérieur, ont désigné pour l'exécution du contrat (art. 1055, n° 10) ; ou celui dans lequel, en raison de la nature de l'obligation stipulée, le contrat doit être exécuté (art. 1055, n° 3, et 1058 à 1060) ; 2e — À

Toutefois, au contraire de Savigny, Freitas ne préconise pas le morcellement du contrat, distinguant les diverses obligations issues d'un contrat. Selon Freitas, la loi régissant le contrat doit régir le contrat dans son ensemble. Selon l'article 1963, alinéa 5, de l'Ébauche, dans le cas de l'existence de plus d'un lieu d'exécution désigné, ou dans le cas de doute sur le lieu de conclusion ou de domicile du débiteur, le lieu « dont les lois sont plus favorables à la plénitude de l'intention des parties contractantes » devient décisif. Mais Freitas restreignit cet éventail de lois « plus favorables » à celles des États désignés comme lieu d'exécution, ou à celles considérées comme douteuses, c'est-à-dire, ce choix est limité aux lois de l'endroit désigné pour l'exécution par les parties ou à celles supposées être le lieu de conclusion du contrat ou le domicile du débiteur[215]. Ce mécanisme se rapprocha de la clause d'exception de la loi présentant les liens les plus étroits que l'on observe actuellement, par exemple, dans le Règlement Rome I (art. 4.3), bien que beaucoup plus restrictif chez Freitas. En outre, une exception est portée pour les contrats conclus entre absents et qui n'ont pas de lieu désigné d'exécution. Dans un tel cas, une fragmentation est une réalité et le contrat sera régi, en relation à chacune des parties, par la loi de son domicile (art. 1964)[216].

Le choix des points de contact effectué par Freitas peut être comparé à ceux établis par certaines anciennes Conventions de La Haye, bien que ces dernières aient été conclues après l'apparition de l'Ébauche. Cela inclut la Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels, la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits (art. 4), et la Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (art. 8). Comme ces Conventions, Freitas désigna des éléments de rattachement en cascade, soumis à certaines conditions (parfois même de conditions concomitantes), pour déterminer le lieu d'exécution du contrat[217].

Concernant les rattachements choisis, comme les Conventions de La Haye sur la vente de 1955 et 1986, Freitas favorisa la volonté des parties pour déterminer le lieu d'exécution du contrat. Toutefois, contrairement à ces Conventions, qui privilégient l'établissement ou la résidence habituelle du vendeur comme rattachement subsidiaire principal soumis à

défaut de lieu désigné pour l'exécution du contrat, et si le lieu d'exécution ne résulte pas de la nature de l'obligation, le lieu où le contrat a été conclu, s'il s'agit du domicile du débiteur, même si celui-ci change de domicile par la suite ou s'il décède ; 3e — Si le contrat a été conclu hors du domicile du débiteur, le lieu où il a été conclu, s'il résulte des circonstances que ce lieu doit être celui de l'exécution du contrat ; 4e — Si le contrat a été conclu en dehors du domicile du débiteur et dans un lieu qui, en raison des circonstances, n'aurait pas dû être le lieu d'exécution du contrat ; le lieu du domicile actuel du débiteur, même s'il n'est pas le même que le lieu d'exécution au moment où le contrat a été conclu ; 5e — Si plusieurs lieux ont été désignés pour l'exécution du contrat (art. 1055 n° 2), ou s'il y a doute sur le lieu où le contrat a été conclu, ou sur le lieu où se trouve le domicile du débiteur ; celui des lieux désignés, ou douteux, dont les lois sont les plus favorables à la plénitude de l'intention des contractants (art. 5 n° 4 et 1936 n° 2). ». *Ibid*, p. 785-786 (traduction libre du portugais).

[215] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[216] *Ibidem.*

[217] Cependant, il convient de préciser que ces Conventions utilisent ces éléments pour désigner directement la loi applicable, et non comme présomption du lieu d'exécution, comme le fait l'Ébauche de Freitas.

certaines conditions, Freitas favorisa le lieu de conclusion du contrat, à condition que le contrat ait été conclu au domicile du débiteur ou si conclu ailleurs, que le lieu de conclusion équivaille au lieu d'exécution (art. 1963, alinéas 2 et 3). Ce n'est que subsidiairement, en l'absence d'équivalence entre le lieu de conclusion et le domicile du débiteur et/ou le lieu d'exécution, que le rattachement du lieu du domicile actuel du débiteur apparaît (art. 1963, alinéa 4).

32. L'autonomie de la volonté dans la doctrine de Freitas. En ce qui concerne la liberté des parties de choisir la loi applicable à leurs relations contractuelles, la doctrine de Teixeira de Freitas se révèle visionnaire et particulièrement innovante dans le contexte historique et social de son époque. Même si ses idées sont parfois imprécises, Freitas peut être considéré comme l'un des précurseurs de la théorie moderne de l'autonomie de la volonté en Amérique latine.

Même de manière indirecte, le principe de l'autonomie de la volonté est reconnu à l'article 32 de l'Ébauche. Cet article développe l'idée du « domicile spécial » et dispose que : « Le domicile spécial sera celui que les parties auront choisi par contrat, en rapport avec une affaire certaine et déterminée, pour l'un ou l'autre des effets de l'art. 30, dans la forme déterminée par la législation du présent Code concernant les contrats »[218].

La formulation de l'article est susceptible de prêter à confusion. Tout d'abord, il convient de noter qu'il est inclus dans la Partie générale du premier volume de l'Ébauche, dans le Livre I intitulé *Des éléments des droits*, dans la Section I consacrée aux « Personnes », plus précisément dans le Titre I portant sur les personnes en général. Il ne se trouve pas spécifiquement dans la partie dédiée aux contrats. D'autre part, l'article 30, auquel l'article 32 fait référence, traite du domicile des personnes, souvent désigné comme le « domicile civil ». Il met en lumière que le domicile représente l'idée prééminente du « lieu » ou du siège du rapport de droit[219]. En outre, l'article 30 renvoie à l'article 4 de l'Ébauche, lequel énonce les effets généraux de ce « lieu », incluant la détermination de la loi applicable[220].

À première vue, il semble que cet article ne soit pas applicable en matière de contrats. Cependant, dans son explication de l'article 32, Freitas avance que celui-ci évoque l'idée du « domicile élu » ou du « for du contrat », interprété de manière extensive. Selon Freitas, en plus d'indiquer la juridiction compétente, le « domicile spécial » doit également être compris comme « le domicile élu aux fins de l'application d'une législation déterminée à l'affaire »[221]. Freitas insiste également sur le fait que « la liberté des parties ne doit pas être restreinte, à condition que l'exercice de cette liberté ne soit pas incompatible avec l'ordre

[218] A. Teixeira de Freitas, *Código Civil*, vol. 1, *op. cit.*, p. 37 (traduction libre du portugais).

[219] *Ibid*, p. 35-36.

[220] *Ibid*, p. 35-36.

[221] *Ibid*, p. 37 (traduction libre du portugais).

public »[222], sans faire de distinction par rapport à l'ordre public dans la sphère du droit international privé. Cette autonomie se justifie, selon lui, par la sécurité juridique, ou, selon ses propres termes, par la « certitude ». En expliquant l'article 32, il déclare : « ce qui est recherché, c'est la certitude d'un lieu comme indicateur de la législation applicable ; et cette certitude existe lorsque les parties conviennent que leur contrat sera régi et jugé par les lois d'un pays déterminé »[223].

L'article 1965 de l'Ébauche soulève également d'importantes interrogations quant à la reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté. Selon cet article :

> « Les dispositions des articles 1936[224] et 1937[225] ne s'appliquent pas :
>
> 1 — Lorsque les parties, dans des instruments respectifs, ou dans un instrument ultérieur, auront convenu que le contrat sera régi par les lois de l'Empire, ou par celles d'un pays étranger déterminé (art. 32) ;
> 2 — Lorsque les parties, dans des instruments respectifs, ou dans un instrument ultérieur, se seront engagées à être tenues par le contrat dans l'Empire, ou dans un pays étranger déterminé (art. 32). »[226]

Cette disposition écarte l'application de l'article 1936, relatif à la forme des contrats entre absents, ainsi que celle de l'article 1937, concernant la preuve des contrats, dès lors que les parties ont exercé leur faculté de désigner la loi applicable. Il en résulte une limitation notable du principe d'autonomie de la volonté, dont le champ d'application se trouverait circonscrit aux seules questions de forme et de preuve contractuelles.

Toutefois, pour le professeur Jürgen Samtleben, une interprétation littérale de cet article n'est pas la plus judicieuse. Selon lui, cet article comportait une « malfaçon », une « erreur de rédaction »[227]. Il expliqua qu'en réalité, dans la rédaction de l'article 1965, Teixeira n'aurait pas voulu se référer aux articles 1936 et 1937, mais plutôt aux articles 1963 et 1964 du même Code, relatifs aux critères de détermination du lieu d'exécution et à la loi applicable aux contrats conclus entre absents. D'après le professeur Samtleben, afin

---

[222] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[223] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[224] « Art. 1936. Au sujet de la forme des contrats conclus entre absents (art. 1838), il sera observé ce qui suit : 1. S'ils sont faits par acte sous seing privé signé par l'une des parties, leur forme sera régie selon les lois du lieu indiqué à la date de l'acte. 2. S'ils sont faits par acte sous seing privé signé en divers lieux, ou par l'intermédiaire d'agents, ou par correspondance épistolaire, leur forme sera régie selon les lois du lieu qui seront les plus favorables à la validité du contrat (art. 5, n° 4). » (Traduction libre du portugais).

[225] « Art. 1937. Les contrats sont prouvés, conformément à ce qui est réglé dans le Code de procédure, par les moyens suivants : 1. Par des actes authentiques, quelle qu'en soit l'espèce et la dénomination (arts. 688 à 730). 2. Par des actes sous seing privé (arts. 731 à 733), signés (arts. 734 à 780) ou non signés (arts. 781 à 785). 3. Par l'aveu de la partie, judiciaire ou extrajudiciaire. 4. Par le serment judiciaire. 5. Par des présomptions légales ou judiciaires. 6. Par des témoins. » (Traduction libre du portugais).

[226] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[227] V. J. Samtleben, « Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano », *op. cit.,* p. 202 et s.

d'éviter les difficultés de détermination du lieu d'exécution du contrat ou de la loi applicable entre absents, Teixeira de Freitas avait voulu ouvrir la possibilité aux parties, à l'article 1965, de déterminer d'un commun accord la loi du contrat[228]. Une telle erreur parut raisonnable pour le professeur allemand, notamment en raison des circonstances dans lesquelles Freitas termina la rédaction de son Ébauche, dont la dernière partie ne fut pas même publiée[229]. Cette interprétation nous semble assez cohérente.

En ce qui concerne les limites de l'application des lois étrangères, en plus de la limitation générale de l'ordre public, Freitas liste à l'article 5 de son projet, quatre cas spécifiques dans lesquels les lois étrangères ne s'appliqueront pas : « 1re — Quand leur application s'oppose au droit public et criminel de l'Empire, à la religion de l'État, à la tolérance des cultes, et à la morale et aux bonnes mœurs ; 2e — Dans les cas où leur application est expressément défendue par ce Code ; 3e — Quand elles sont de pur privilège ; 4e — Quand les lois de ce Code, entrant en conflit avec les lois étrangères, sont plus favorables à la validité des actes »[230].

33. L'influence de la doctrine de Freitas en Amérique latine. Comme déjà annoncée, l'Ébauche a inspiré l'élaboration du premier Code civil brésilien de 1916 et également les nouvelles législations de l'Amérique latine. Plus précisément, Vélez Sarsfield, auteur du premier Code civil argentin, utilise l'Ébauche de Freitas comme inspiration pour établir son projet de Code civil pour l'Argentine. Puis, des idées et principes développés par Freitas dans son Ébauche passent du Code argentin aux législations de l'Uruguay et du Paraguay, et par la suite au niveau régional, avec les Traités de Montevideo de 1889[231]. Les idées du maître brésilien ont ainsi gagné une ampleur considérable, restant de ce fait très importantes pour le mouvement codificateur du droit international privé de la région. L'importance de Freitas est synthétisée dans les mots du professeur Haroldo Valladão : « le génial Freitas conçut un système original et profond de droit international privé qu'il incorpora à son Ébauche. Il pouvait se vanter d'avoir produit le premier projet organique à base scientifique de législation sur les conflits de lois, en Amérique »[232].

Conclusions du Chapitre

34. Ce chapitre a démontré l'interaction complexe entre les théories européennes et le développement de la pensée juridique en Amérique latine, mettant en évidence une transition progressive vers l'émergence d'une doctrine régionale autonome, bien que toujours influencée par les idées européennes. L'influence initiale des doctrines européennes, notamment celles de Savigny, Mancini et Story, s'est manifestée dans

[228] V. *Ibid,* p. 267-268.

[229] V. *Ibid,* p. 268.

[230] Freitas explique chacune de ses limitations dans son commentaire à l'article 5. V. A. Teixeira de Freitas, *op. cit.*, p. 9 (traduction libre du portugais).

[231] H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.*, p. 66 et s.

[232] *Ibid*, p. 67-68.

l'adoption et l'adaptation des concepts relatifs aux conflits de lois, à la territorialité et à la nationalité, marquant profondément les premières codifications dans plusieurs pays latino-américains, tels que le Chili, l'Argentine et le Brésil.

Parallèlement, des juristes emblématiques comme Andrés Bello et Teixeira de Freitas ont joué un rôle déterminant dans la construction d'une identité juridique latino-américaine. Ce rôle se reflète encore aujourd'hui dans le droit international privé des États latino-américains. Cette dynamique a conduit à l'élaboration des premiers codes civils qui ont, par la suite, exercé une influence considérable sur de nombreux États de la région et dans la codification régionale du droit international privé.

CHAPITRE II — LES EFFORTS D'HARMONISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES CONTRATS EN AMÉRIQUE LATINE

35. Malgré des efforts mondiaux d'uniformisation et d'harmonisation du droit international privé, notamment à travers les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, de l'Unidroit et de la Conférence de La Haye de droit international privé[233], nous sommes loin de disposer d'un système juridique mondial, c'est-à-dire d'un droit véritablement international capable de s'imposer et de s'appliquer de façon universelle. Diverses initiatives ont ainsi tenté, et continuent d'essayer, notamment dans le cadre régional, de coordonner, d'harmoniser, voire d'unifier les droits des États. Comme l'a mis en évidence le professeur Louis d'Avout, « Certaines valeurs, certains droits fondamentaux, certaines règles incorporées dans des traités ont, certes, une portée géographique étendue : reconnues et mises en œuvre sur de nombreux territoires, ces constructions participent peut-être d'une espèce de droit unifié de l'humanité, de droit mondial. Mais ces points de consensus n'autorisent pas à parler d'un droit universel, intégral, structuré et praticable »[234]. Cette conclusion s'impose d'autant plus que l'ordre juridique international demeure dépourvu d'une autorité mondiale dotée du pouvoir d'imposer une interprétation uniforme et contraignante, comme le note l'auteur[235].

[233] Sur les efforts de codification au niveau mondial et le rôle de ces trois « organisations sœurs » dans la codification du droit international privé, v. M.J.A., Oyarzábal « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *RCADI*, 2022, vol. 428, p. 161-162 et p. 171 et s.

[234] L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », Cours général de droit international privé, *RCADI*, 2024, vol. 443, p. 36.

[235] V. *Ibid*, p. 37.

Sur le continent européen, l'harmonisation du droit international des contrats s'est matérialisée au sein de l'Union européenne, une organisation régionale d'intégration économique et politique. Plus précisément, en ce qui concerne la loi applicable aux contrats internationaux, de façon générale, le sujet est harmonisé entre les pays membres de l'Union européenne depuis le 1er avril 1991, avec l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Convention de Rome). En 2008, cette convention a été remplacée, pour tous les pays de l'Union européenne, excepté le Danemark (où la Convention de Rome s'applique toujours), par le règlement (CE) nº 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 portant sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Règlement Rome I)[236].

Par contraste, en Amérique latine, malgré les efforts déployés par des organisations régionales d'intégration, qui se caractérisent par leur pluralisme et leur hétérogénéité[237], l'objectif initial d'harmonisation du droit international des contrats n'a pas emprunté cette voie. La nature fondamentalement commerciale des essais d'intégration n'a pas laissé beaucoup de place à l'harmonisation du droit en général. Dans cette région, l'harmonisation du droit international privé s'est, pour l'essentiel, limitée à la volonté des États de coopérer en concluant des instruments internationaux, puis en les adoptant et en les appliquant (souvent de manière non cohérente) sur leurs territoires respectifs. À l'exception de l'OEA (qui n'est pas une organisation régionale d'intégration économique au sens propre du terme)[238], très peu a été fait pour l'harmonisation du droit international privé et aucun instrument n'a été élaboré concernant le droit applicable aux contrats dans le cadre des processus d'intégration.

Cela ne signifie toutefois pas qu'il n'y ait eu aucun effort d'harmonisation du droit international privé en Amérique latine, et plus précisément du droit des contrats internationaux. Ce sous-continent a vu naître diverses initiatives multilatérales, parfois conflictuelles, qui ont contribué à l'harmonisation du droit international des contrats.

36. Les facteurs ayant facilité le processus de codification en Amérique latine. Le processus de codification du droit international privé en Amérique latine a été facilité par trois facteurs principaux. Premièrement, l'existence d'une « solidarité latino-américaine » fondée sur une identité géographique, linguistique, religieuse et culturelle commune créant un sentiment d'appartenance collective. Deuxièmement, la nécessité pour les nouvelles nations indépendantes de consolider leur vie républicaine naissante et d'assurer leur développement économique en se détachant de leur passé colonial. Et troisièmement, la

[236] Pour une perspective du droit international privé des contrats et le droit de l'Union européenne, v. H. Gaudemet-Tallon, « Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional : l'exemple du droit communautaire », *in* T. Einhorn, K. Siehr (éds.), *Intercontinental Cooperation Through Private Internationa Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh,* The Hague, T.M.C Asser Press, 2004, p. 119-137, p. 121.

[237] V. *supra*, n° 61 et s.

[238] Pour une définition, v. *infra* n° 61, spéc. note de bas de page n° 389.

volonté de reconstruire progressivement le droit international à travers des traités et accords internationaux pour réaliser les réformes nécessaires dans ce domaine[239].

Avec ces idéaux communs, l'Amérique latine a entamé des tentatives d'approximation et de cohésion par l'intermédiaire de la codification du droit international privé[240]. Cette aspiration à l'unification se manifeste dès le Congrès de Panama de 1826, convoqué par Simón Bolívar, à une période où les juristes européens n'en étaient qu'aux prémices de la réflexion sur la codification du droit international privé. L'initiative bolivarienne s'inscrivait dans un contexte marqué par un sentiment de solidarité régionale face aux menaces extérieures : d'abord celle de l'ancienne métropole espagnole cherchant à reconquérir ses colonies, puis celle des États-Unis, dont les ambitions hégémoniques sur le continent se dessinaient déjà clairement[241]. Dans un premier temps, une approche de codification générale fut entreprise par les nouvelles nations d'Amérique. Les instruments conclus dans cette phase étaient ainsi des codifications du droit international privé pris dans son ensemble, englobant en plus des matières contractuelles, le droit de la personnalité, le droit de la famille, la succession, la juridiction compétente, entre autres matières.

37. L'évolution chronologique du processus codificateur en Amérique latine. Pour une meilleure compréhension, la doctrine divise généralement le processus d'harmonisation (ou de codification) du droit international privé sur le continent américain en certaines périodes historiques présentant des caractéristiques similaires (même si, à dire vrai, ce processus n'était ni parfaitement linéaire ni facilement distinct)[242]. Ces initiatives furent initialement marquées par une tendance vers une codification « générale » à l'échelle continentale (véritablement américaine). Avec le temps, elles se limitèrent d'un point de vue géographique et matériel. Ces efforts sont devenus essentiellement latino-américains et choisirent de suivre une approche « sectorielle » de codification, en divisant

---

[239] J.E. Briceño Berrú, « Reflexiones sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina », *Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padua, 1989, p. 161-167.

[240] Sur les efforts de codification du droit international privé en Amérique latine, v., en particulier, J.M. Yepes, « La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé », *op. cit.* ; H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.* ; M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *RCADI*, 1970, vol. 130 ; G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *RCADI*, 1979, vol. 164 ; T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.* ; L. Pereznieto Castro, « La tradition territoriale en droit international privé des pays de l'Amérique latine », *op. cit.* ; D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *Yearbook of Private international Law*, 2005, vol. 7, p. 86-100 ; J. Samtleben, *Internationales Privat- und Prozessrecht in Lateinamerika: Tradition und Reform, Band 1: Rechtsordnungen*, *op. cit.*, p. 103-116 ; et R. Silva Alonso, « La contratación internacional en América - del Congreso Sudamericano de DIP de 1889 à la V Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado », *in* J. Kleinheisterkamp, G.A. Lorenzo Idiarte (dir.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Univ, 1re éd., 2002 , p. 23-30.

[241] R. Silva Alonso, « La contratación internacional en América - del Congreso Sudamericano de DIP de 1889 a la V Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado », *op. cit.*, p. 25.

[242] V., en particulier, M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 395 ; et D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 57 et s.

le processus de codification en différentes branches du droit international privé. À cela s'ajoute un mouvement récent, centré sur le développement du *soft law*, notamment avec l'élaboration du Guide de l'OEA sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux en Amérique en 2019.

38. Objectif et plan du chapitre. Face à ce scénario, l'objectif de ce chapitre est de fournir un aperçu du processus de codification en Amérique latine, plus particulièrement en ce qui concerne la loi applicable aux contrats internationaux. Par conséquent, plutôt que de faire une présentation exhaustive du développement historique du processus de codification dans les Amériques, ce qui dépasserait les limites de ce travail, nous présenterons les aspects les plus pertinents du travail effectué dans cet hémisphère concernant la loi applicable aux contrats internationaux.

Pour ce faire, les résultats des initiatives visant à atteindre cet objectif seront brièvement analysés, en distinguant trois types de méthodes : les codifications générales (Section 1), les codifications partielles ou sectorielles (Section 2), ainsi que les récents efforts de droit souple à ce propos (Section 3).

Section 1 — Les codifications générales

39. Le premier grand effort de codification fut le Congrès de Lima de 1877-1878, qui constitua un premier pas vers la codification du droit international privé latino-américain, sans pour autant aboutir à la signature d'un traité (§1). Il fut suivi du Premier Congrès sud-américain de droit international privé, Congrès de Montevideo de 1888-1889, avec la conclusion des Traités de Montevideo de 1889 (§2). Par la suite eurent lieu les Conférences internationales panaméricaines, avec l'approbation du Code Bustamante en 1928 lors de la Sixième Conférence (§3). Enfin, un deuxième Congrès sud-américain de droit international privé eut lieu de 1939 à 1940, avec pour objectif de réviser les Traités de 1889, aboutissant à la conclusion des Traités de Montevideo de 1940 (§4).

§1 — Le Congrès de jurisconsultes plénipotentiaires (Congrès de Lima, 1877-1878)

40. En dépit de quelques antériorités en droit international public[243], le premier grand effort de codification du droit international privé général eut lieu à Lima, en 1877-1878, environ 16 ans avant la première Conférence de La Haye (1893)[244]. En 1878, sur invitation

[243] Pour les efforts de codification de Droit international public, v. F.J. Urrutia, « La codification du droit international en Amérique », *op. cit*., p. 154 et s.

[244] Pour une analyse historique du Congrès de Lima, v. R. Octavio, *A Codificação do Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Francisco Alves & Ca, Porto, Magalhães & Moniz Lda, 1910, p. 84 ; M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 397 ; F.J. Urrutia, « La codification du droit international en Amérique », *op. cit.*, p. 158 et s. ; R.O. de Langgaard Menezes, « L'Amérique et la codification du droit international privé », *RDIP*, Paris, Recueil

du gouvernement péruvien, les États américains se réunirent dans la ville de Lima avec l'objectif de codifier le droit international privé. L'idée était d'obtenir une unification législative, tout en gardant les conditions particulières de chaque pays[245]. Un soin particulier a été mis à parvenir à une solution unique en matière de conflit de lois[246]. À l'occasion, étaient présents les délégués du Pérou, de l'Argentine, du Chili, de la Bolivie, de l'Équateur, du Venezuela et du Costa Rica. Ayant comme but d'être véritablement américain, le congrès devint, ainsi, plutôt sud-américain[247].

Le gouvernement des États-Unis, qui avait été invité également, refusa l'invitation[248]. L'un des motifs avancés était que le droit américain, inspiré du système de *common law*, était considérablement différent de ceux des nations hispano-américaines, d'origine romano-germanique. D'ailleurs, l'absence d'un droit international privé unifié, la division constitutionnelle du pouvoir législatif (en raison de leur organisation fédérale), et le manque conséquent de pouvoir pour conclure des accords internationaux sur le droit international privé étaient également des raisons soulevées par le gouvernement nord-américain pour ne pas participer aux réunions[249]. Le Brésil n'a pas non plus envoyé de représentant au Congrès, se prononçant en faveur d'une initiative plus large, de caractère universel, telle que celle adoptée par l'Institut de droit international[250]. Pour ce pays, il semblait alors important de réglementer les rapports privés des pays d'Amérique avec ceux d'Europe, tout comme les relations entre les pays américains[251].

41. Le Traité de Lima. Le Congrès aboutit dans un traité visant à établir des règles uniformes en matière de droit international privé, connu sous le nom de *Traité de Lima*. Le traité fut conclu le 9 novembre 1878, par l'Argentine, la Bolivie, le Costa Rica, le Chili, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela. Le Guatemala et l'Uruguay y adhérèrent séparément, par un protocole signé le 5 décembre de la même année[252]. Il portait sur différentes règles de droit international privé, telles que le droit applicable à l'état et la capacité des

---

Sirey, jan./déc. 1930, vol. 25, p. 633-665, p. 633 et s. ; B. Nolde, « Codification du Droit international privé », *RCADI*, 1936, vol. 55, p. 353 ; G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.,* p. 68 et s.

[245] L'invitation visait expressément à « rechercher l'uniformité du droit privé dans la mesure où les circonstances particulières de chaque pays le permettent et à fixer dans les codes respectifs, pour les points où cette uniformité n'est pas possible, les dispositions selon lesquelles les conflits survenant dans l'application de ces lois doivent être réglés ». Cf. D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 103-104 (traduction libre de l'espagnol).

[246] M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 397.

[247] R. Octavio, A Codificação do Direito Internacional Privado, op. cit., p. 84.

[248] M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 397 ; V. aussi, D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 102.

[249] M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 397 ; A. Guani, « La solidarité internationale dans l'Amérique Latine », *RCADI,* vol. 8, 1925, p. 246.

[250] D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 103.

[251] R. Octavio, A Codificação do Direito Internacional Privado, op. cit., p. 235.

[252] *Ibid*, p. 85-86.

personnes, le mariage, les successions, les actes juridiques et l'exécution des jugements étrangers. Le Congrès reflétait une forte influence mancinienne et de la doctrine française, notamment avec les travaux de Pradier-Fodéré[253]. En plus de ces deux auteurs, le traité conclu intégrait des idées des Américains Story, Bello, Teixeira de Freitas, et des Européens, tels que Fiore, Mazzoni, Brocher et Laurent[254].

Malgré ses hautes ambitions, le Traité de Lima ne fut ratifié que par le Pérou et le Costa Rica, en limitant considérablement sa portée territoriale[255]. Nonobstant la bonne volonté des États, le Traité de Lima ne fut jamais appliqué par les pays signataires, qui interrompirent pendant quelques années les efforts codificateurs, principalement en raison de la guerre du Pacifique qui se déclencha entre la Bolivie, le Chili et le Pérou[256]. Malgré cela, le mérite du Congrès de Lima du point de vue historique doit être reconnu. Il rompit, pour la première fois, le caractère politique des précédents congrès américains initié par Bolívar, en commençant un travail éminemment juridique de codification du droit international privé dans la région[257].

§2 — Le Premier Congrès sud-américain de droit international privé (Montevideo, 1888-1889) : les Traités de Montevideo de 1889

42. Environ onze ans plus tard, en réponse aux critiques du Traité de Lima, l'Uruguayen Gonzalo Ramírez, alors ministre d'Uruguay en Argentine, suggérait l'élaboration d'un projet de code international de droit international privé commun pour l'Amérique du Sud. En 1888, ce projet fut communiqué par le gouvernement uruguayen au gouvernement argentin, et les deux États décidèrent de convoquer un congrès des États sud-américains. Furent invités au « Congrès juridique international sud-américain » (Congrès de Montevideo de 1888-1889) les gouvernements de la Bolivie, du Brésil, de la Colombie, du Chili, de l'Équateur, du Paraguay, du Pérou, et du Venezuela.

[253] Pradier-Fodéré était directeur et professeur de l'École des sciences politiques et administratives de Lima, au Pérou.

[254] Cf. H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.*, p. 96 et s. ; et T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.,* p. 222.

[255] V. D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 108-109 ; v. aussi, M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 397 ; et P. Pradier-Fodéré, « Chronique des faits internationaux : Amérique espagnole », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1888, p. 509-520, p. 516.

[256] R. Octavio, *A Codificação do Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 89 ; v. aussi, R. Octavio, *Le droit international privé dans la législation brésilienne* : Cours professé à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, Paris, Recueil Sirey, 1915, p. 238 et s.

[257] D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 110.

Le 25 août 1888, le Premier Congrès juridique international sud-américain se réunit à Montevideo, en Uruguay[258]. Participèrent au Congrès des délégués de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, du Chili, du Paraguay, du Pérou et de l'Uruguay. Le but de ce Congrès était de conclure un traité sur les diverses questions se rapportant au droit international privé afin de mettre un terme aux fréquents conflits de lois qui portaient préjudice au libre développement des relations entre les États de la région. Entre les matières à discuter figuraient notamment le statut personnel, le droit de famille et de succession, le droit des obligations et contrats. Un des principaux conflits existants était le principe régulateur du statut personnel. Celui-ci était très partagé entre les États latino-américains, qui se divisaient entre l'adoption du principe de la nationalité et celui du domicile[259].

Dans une invitation envoyée aux gouvernements d'Amérique du Sud, le ministre des Affaires étrangères de la République de l'Uruguay, Ildefonso García Lagos, soulignait les graves inconvénients résultant du manque d'unité existant dans les législations sud-américaines. Dans cette invitation, il accentue « l'importance de parvenir à un accord sur les points qui donnent lieu à de véritables conflits de lois et qui portent préjudice au libre développement des relations réciproques des États » ; et ajoute qu'« aucun gouvernement ne peut être indifférent aux incertitudes qui surgissent naturellement en l'absence d'une règle internationale régissant les multiples relations juridiques créées par leurs habitants respectifs »[260].

Le Congrès était vu de façon très positive par de nombreux gouvernements, qui envoyèrent des délégations. Participèrent au congrès les délégations de la Bolivie, du Brésil, du Chili, du Paraguay et du Pérou. Les travaux du Premier Congrès de Montevideo s'achèvent le 18 février 1889, après 35 séances[261]. Pour ce pays, il semblait alors important de réglementer les rapports privés des pays d'Amérique avec ceux d'Europe, tout comme les relations entre les pays américains[262]. L'ensemble des traités issus de ce Congrès constitue un véritable code de droit international privé, représentant le premier pas concret vers l'avancement de la codification du droit international privé dans la région[263]. Huit traités

---

[258] Pour les documents officiels du Congrès, v. OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado : Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940,* Actas y Documentos Seleccionados, Rio de Janeiro, Brésil, août 1974.

[259] R. Octavio, *Le droit international privé dans la législation brésilienne*, *op. cit.*, p. 238 et s. ; v. aussi, P. Pradier-Fodéré, « Chronique des faits internationaux : Amérique espagnole », *op. cit.*, p. 516.

[260] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 5-6 (Invitación dirigida por el ministro de relaciones exteriores de la República Oriental del Uruguay a los ministros de relaciones exteriores de Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, 12 de marzo de 1888).

[261] R. Octavio, *Le droit international privé dans la législation brésilienne, op. cit.,* p. 242.

[262] A. Guani, « La solidarité internationale dans l'Amérique Latine », *op. cit.*, p. 249 ; F.J. Urrutia, « La codification du droit international en Amérique », *op. cit.*, p. 159 ; D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 122 et s.

[263] En s'inspirant des Traités de Montevideo, en 1897, le Guatemala convoqua le premier congrès juridique de l'Amérique centrale, en acceptant plusieurs traités sur la base de Montevideo au sujet, entre autres, du droit commercial et du droit. Cependant, ces traités n'ont reçu aucune ratification. V., en particulier, M.A. Vieira, « Le

de droit international privé et un protocole additionnel furent signés lors du Congrès : Traité sur le droit procédural international du 11 janvier 1889 ; Traité sur la protection de la propriété littéraire et artistique du 11 janvier 1889 ; Traité sur les lettres patentes du 16 janvier 1889 ; Traité sur les marques commerciales et industrielles du 16 janvier 1889 ; Traité sur le droit pénal international du 23 janvier 1889 ; Convention sur l'exercice des professions libérales du 4 février 1889 ; Traité sur le droit civil international du 12 février 1889 ; Traité sur le droit commercial international du 12 février 1889 ; et le Protocole additionnel du 13 février 1889, établissant des règles générales pour l'application des lois étrangères dans le cadre des traités conclus[264].

43. Le Traité sur le droit civil international de Montevideo de 1889 (« Traité de Montevideo de 1889 ») : la doctrine néo-territorialiste comme fondement. L'un d'entre eux, le Traité sur le droit civil international, ou Traité de Montevideo de 1889, contenait des dispositions relatives à la désignation de la loi applicable aux contrats internationaux[265]. Toutefois, ses dispositions relatives à la loi applicable ont suscité beaucoup de controverses, comme nous le verrons[266]. Le Traité de Montevideo de 1889 fut ratifié par le Paraguay (le 3 septembre 1889), le Pérou (le 4 novembre 1889), l'Uruguay (le 3 octobre 1892), l'Argentine (le 11 décembre 1894) et la Bolivie (le 17 novembre 1903). La Colombie adhéra au traité en 1992 par le biais de la Loi nº 33 du 31 décembre 1992[267]. Le Chili et le Brésil n'adhérèrent pas au traité, notamment en raison de leurs incompatibilités avec certains points de leurs législations internes comme la loi régissant le statut personnel.

Il faut noter que la période du Congrès de Montevideo marque une jeune indépendance politique des pays latino-américains. Ces nouveaux États, qui avaient acquis leur indépendance environ un peu plus de soixante ans auparavant, étaient confrontés à la dure tâche de créer des États indépendants et de garantir leurs éléments fondamentaux. Il fallait donc un travail de formation juridico-politique visant à les protéger face à d'éventuelles ingérences étrangères. Dans ce contexte historique et politique, le Traité de 1889 était fondé sur la dénommée doctrine du « néo-territorialisme *rio-platense* »[268], dont les principaux représentants étaient Gonzalo Ramírez, Álvaro Vargas Guillemette et Jorge

---

droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 397 ; A. Guani, « La solidarité internationale dans l'Amérique Latine », *op. cit.*, p. 402-403 ; T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.,* p. 224 et s.

[264] OEA, *Comité Jurídico Interamericano, Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, op. cit.,* p. 235.

[265] La loi applicable aux contrats internationaux était abordée par deux traités de droit civil international, tant celui de 1889 que celui de 1940. Cependant, nous retrouvons des dispositions particulières à certains types de contrats (p. ex., contrats d'assurance, affrètement, transport terrestre) dans le traité de droit commercial international, conclu lors du Premier Congrès de Montevideo, et dans les traités de droit commercial terrestre international et de droit de navigation commerciale internationale, conclus lors du Deuxième Congrès de Montevideo.

[266] V. *infra*, n° 100 et s.

[267] D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 132 et s.

[268] L'adjectif *rio-platense* est relatif aux pays du bassin hydrographique du *Rio de la Plata*, notamment l'Argentine, l'Uruguay et, dans une certaine mesure, également le Paraguay.

Sienra[269]. Cette doctrine, fondée sur l'idée de conflit de souverainetés, peut être définie comme la reconnaissance de la compétence territoriale de l'État où la relation privée internationale produit les plus grands effets. L'idée derrière cela était que l'économie se trouvait contrôlée à l'intérieur des frontières des États. La tâche spécifique du droit international privé était alors conçue comme la résolution d'un « conflit de souverainetés », consistant à répartir la compétence législative ou juridictionnelle entre les différents États liés à la relation juridique internationale privée[270]. De façon générale, et plus spécifiquement pour la matière contractuelle, la tradition territorialiste se traduit souvent par la tentative d'application de la *lex fori* à tous les habitants du territoire et aux actes juridiques qui produisent des effets dans ce territoire[271].

Comme l'a souligné le professeur Parra-Aranguren, les critères de rattachement désignant la loi applicable ont été choisis lors du Premier Congrès de Montevideo « sur une base éminemment politique », en essayant de protéger les intérêts de ces pays d'immigration[272]. Les solutions adoptées s'inspirent des conceptions développées par Story, Savigny, Teixeira de Freitas et Bello[273], tout en témoignant d'une orientation particulière qui accorde une importance déterminante au domicile, au lieu de situation des biens et au lieu d'exécution des obligations en tant que critères de rattachement pour la détermination de la loi applicable aux litiges présentant des éléments d'extranéité[274].

Toutefois, selon le professeur Belandro, dans le système des Traités de Montevideo de 1889, l'ancien territorialisme a été renouvelé et transformé[275]. Subséquemment, il apporte une solution universelle adaptée à la défense de ces jeunes nations : chaque pays doit s'abstenir de soumettre à ses propres lois les faits dont les effets les plus importants ne se produisent pas sur son territoire. Une telle solution, comme l'affirme Belandro, conduit directement à un « universalisme des règles de conflit », qui pourraient ainsi être fondées sur la base territoriale[276]. Selon cette position, le territorialisme ne serait pas un obstacle à

---

[269] V. R.B. Santos Belandro, « ¿Que imagen refleja un Tratado de 1889 en el espejo del siglo XXI? », *in* C. Fresnedo de Aguirre, G.A. Lorenzo Idiarte (dir.), *130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889: legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual* : jornadas organizadas por el Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de la República, 5 y 6 de junio 2019, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2019, p. 69 ; pour l'influence du territorialisme en Amérique latine, v. L. Pereznieto Castro, « La tradition territoriale en droit international privé des pays de l'Amérique latine », *op. cit.* ; v. aussi, R.B. Santos Belandro, *Derecho Comercial Internacional*, 1re éd., Montevideo, Asociación des escribanos del Uruguay, 2008, p. 59.

[270] R.B. Santos Belandro, « ¿Que imagen refleja un Tratado de 1889 en el espejo del siglo XXI? », *op. cit.*, p. 69.

[271] V. L. Pereznieto Castro, « La tradition territoriale en droit international privé des pays de l'Amérique latine », *op. cit.*, p. 379.

[272] G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 69 (traduction libre de l'anglais).

[273] V. *supra* n° 12 et s.

[274] G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 69.

[275] R.B. Santos Belandro, « ¿Que imagen refleja un Tratado de 1889 en el espejo del siglo XXI? », *op. cit.*, p. 71 (traduction libre de l'espagnol).

[276] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

l'universalisme, puisque, bien que toutes les lois soient territoriales, « l'universalisme serait assuré par des critères de rattachement objectifs, neutres et donc universalisables ». Ce système « moderne » de territorialité des Traités de Montevideo de 1889, selon l'auteur, et « adaptable aux pays d'immigration », se manifestait notamment par le choix de la *lex domicilii* pour le rattachement du statut personnel et de la loi du lieu d'exécution pour les actes juridiques[277].

§3 — Les Conférences internationales panaméricaines et l'adoption du Code Bustamante (1928)

44. Dans le sud du continent américain, le Congrès de Montevideo de 1888 fut la première tentative vraiment aboutie de codification du droit international privé. Au nord, à la même période, les États-Unis reprirent l'idée de Simón Bolívar — tout en lui donnant un contenu différent, plutôt économique que politique — et invitèrent les États américains à se réunir périodiquement afin de construire un « système commun de normes et d'institutions »[278]. Avec l'idée du libéralisme économique et de l'augmentation de la coopération économique entre les pays d'Amérique, les premières initiatives américanistes, ou *panaméricanistes,* virent le jour[279].

La Première Conférence internationale américaine eut lieu à Washington D.C., entre 1889 et 1890 — pratiquement la même année que la conclusion du premier Traité de Montevideo (1889). L'objectif était de créer des institutions formelles pour faciliter un objectif politique, économique et de sécurité commune[280]. Depuis la Conférence de Washington, neuf autres Conférences internationales américaines — généralement appelées *Conférences panaméricaines* — se sont réunies à des intervalles variables. Lesdites

---

[277] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[278] Pour une analyse historique des conférences panaméricaines, v. J.M. Yepes, *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954*: El Genio de Bolívar a Través de la Historia de las Relaciones Interamericanas, Caracas, 1955 ; v. aussi, F.J. Urrutia, « La codification du droit international en Amérique », *op. cit.*, p. 107 et s.

[279] « Depuis 1889, avec la Conférence internationale américaine qui s'est tenue à Washington, le concept de "panaméricanisme" a commencé à être utilisé. À l'invitation du gouvernement des États-Unis, ladite conférence s'est tenue d'octobre 1889 à avril 1890. Depuis le mois de juin précédent, le terme *Pan America* a été utilisé dans la presse américaine pour désigner la réunion, terme qui s'est rapidement répandu en le lexique international (Ardão, 1986). Officiellement, la première utilisation institutionnelle du terme a eu lieu en 1910 ; c'est lors de la IVe Conférence qui s'est tenue cette année-là à Buenos Aires que le bureau installé à Washington à la suite de cette première conférence a reçu le nom "d'Union panaméricaine". La terminologie panaméricaine se développe depuis, liée à toutes les manifestations politiques et juridiques de l'énorme mouvement qui, depuis lors, animait et dirigeait Washington ». Cf. C.A. Bermudez Torres, « Proyectos de integración en América Latina durante el siglo XX: el Mercosur y el sueño que continúa vigente », *Desafíos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, vol. 22, n° 2, p. 349-390, p. 355 (traduction libre de l'espagnol).

[280] Lors de cette première conférence, bien que l'union douanière souhaitée n'ait pas été conclue, un organisme panaméricain permanent à Washington fut créé : le *Bureau commercial des Républiques américaines*, ayant un objectif essentiellement commercial. Cette institution allait devenir plus tard *l'Union panaméricaine*, dont le but s'élargit, afin d'inclure une activité de coopération internationale plus féconde. Par la suite, à mesure que ses attributions étaient amplifiées, l'*Union panaméricaine* se transforme en *Secrétariat général de l'OEA,* toujours siégé à Washington, qui allait devenir par la suite, en 1948, l'actuelle OEA. À ce sujet, v. J.M. Yepes, « Les accords régionaux et le droit international », *RCADI,* 1947, vol. 71, p. 293.

Conférences eurent lieu jusqu'en 1970, lorsque le Protocole sur la réforme de la Charte de l'OEA, adopté à Buenos Aires, entra en vigueur[281]. À partir de cela, les mécanismes précédemment utilisés pour la codification du droit international privé dans le contexte américain furent remplacés par des conférences spécialisées, les CIDIP, qui eurent lieu jusqu'à présent.

45. La Sixième Conférence internationale américaine (La Havane, 1928) et le Projet de Bustamante. La Sixième Conférence internationale américaine s'est occupée des projets de conventions de droit international public et de droit international privé[282]. Cette conférence a cherché à mettre en œuvre l'idée d'un droit international américain, compris, non pas comme un ensemble de normes diamétralement opposées aux normes européennes, mais « comme des normes conçues pour régler des problèmes propres au continent américain »[283]. En ce qui concerne le droit international privé, le 2 mars 1925, l'Union panaméricaine demanda à l'Institut américain de droit international[284] de préparer un projet de droit international privé. En décembre 1924, l'Institut avait déjà constitué une commission de droit international privé, dont le président était Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén. Celui-ci présente son *Projet de code de droit international privé* le 20 mars 1925[285]. Le projet présenté par Bustamante se caractérise par sa forme de code

[281] OEA, Charte de l'Organisation des États Américains, réformée par le Protocole de réforme de la Charte de l'Organisation des États américains, « Protocole de Buenos Aires », signé à la Troisième Conférence interaméricaine extraordinaire, Buenos Aires, Argentine, le 27 février 1967. Pour une analyse des différentes conférences et leurs apports, v., en particulier, A. Guani, « La solidarité internationale dans l'Amérique Latine », *op. cit.* , p. 252 et s. ; F.J. Urrutia, « La codification du droit international en Amérique », *op. cit.*, p. 109 et s. ; M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 410 ; J.M. Yepes, « Les accords régionaux et le droit international », *op. cit.*, p. 293 et s. ; P. Pradier-Fodéré, « Chronique des faits internationaux : Amérique espagnole », *op. cit.*, p. 515 et s. ; D. Tussie, « Latin America: Contrasting Motivations for Regional Projects », *Review of International Studies,* Cambridge University Press, Globalising the Regional - Regionalising the Global, 2009, vol. 35, p. 169-188, p. 112 et s. ; J.L. Siqueiros, « La OEA y el derecho internacional », *Revista Mexicana de Política Exterior:* la OEA hacia el siglo XXI, juin-septembre 1998, vol. 54, p. 37-67, p. 40 et s. ; A. Lunardelli Caldeira, « El Comité Jurídico Interamericano de la OEA y sus perspectivas: La necesidad de una reforma profunda y de una correción de curso », *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y Integración*, 2019, n° 11 ; et J.J. Caicedo Castilla, « La Conferencia de Caracas », *Revista Española de Derecho Internacional*, 1954, vol. 7, n° 1, p. 185-200, p. 197.

[282] Pour les précédents et les travaux préliminaires au Code Bustamante, v. G. Parra-Aranguren, « Los precedentes venezolanos del código Bustamante », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1973-1974, vol. 17, p. 9-118.

[283] À ce sujet, v. M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 159 (traduction libre de l'anglais).

[284] L'*Institut américain de droit international* a été inauguré à Washington en 1915. Il a été fondé grâce à l'initiative de James Brown Scott et Alejandro Álvarez, jurisconsultes des États-Unis d'Amérique et du Chili, respectivement. Parmi les objectifs de l'Institut figurait celui de préparer un code de droit international pour l'Amérique. En 1924, l'Institut nomma une commission composée de quatre de ses membres pour la préparation d'un code de droit international privé : José Matos, du Guatemala, Rodrigo Octavio, du Brésil, Eduardo Sarmiento Laspiur, de l'Argentine et Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, de Cuba. Sur les travaux de la commission, v., en particulier, A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *La commission des jurisconsultes de Rio de Janeiro*, traduit de l'espagnol par Paul Goulé, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 61 et s.

[285] Comme le note le professeur Samtleben, il est difficilement concevable qu'un ouvrage aussi complet ait pu être réalisé en si peu de temps. Selon l'auteur, il était plus logique de supposer que le projet était basé sur des travaux préparés sur une longue période par Bustamante auparavant. Cela pourrait également clarifier, comme ajoute le

général et global, couvrant le droit international privé dans un sens très large. Puis, en décembre de la même année, la Commission de droit international privé de l'Institut américain discute le projet présenté par Bustamante et l'approuve avec de légères modifications[286]. Le Projet de Code de Bustamante, ainsi que la convention d'approbation préparée par ladite commission, a été soumis le 23 décembre 1925 à l'Union panaméricaine.

L'Union panaméricaine accepta le Projet et le transmit à la Commission internationale de jurisconsultes pour discussion[287]. La Commission se réunit alors dans la ville de Rio de Janeiro du 18 avril au 20 mai 1927 afin de discuter, entre autres projets reçus, le Projet préparé par Bustamante[288]. Lors des discussions, les États de *la Plata*, notamment l'Argentine et l'Uruguay, s'opposèrent fortement à quelques aspects du Projet, notamment quant à l'adoption du rattachement de la nationalité en matière de statut personnel[289]. À l'issue de discussions soutenues, Bustamante proposa une solution intermédiaire[290], qui fut retenue, et la rédaction finale du Projet fut alors transmise à la Sixième Conférence internationale américaine.

---

professeur Samtleben, pourquoi le projet présenté par Bustamante ne se présente pas sous la forme d'une « convention », mais plutôt d'un « code ». C'est par la suite qu'a été rédigée la *Convention de droit international privé* qui approuve le *Code de droit international privé*, lequel est annexé à la Convention. Cf. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*: Teoría y Práctica del Código Bustamante, Parte General, Traducido del alemán por Carlos Bueno-Guzmán, Buenos Aires, Depalma, 1983, vol. 1, p. 57.

[286] *Ibidem* ; v. aussi J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 58.

[287] Sur les travaux de la Commission de jurisconsultes de Rio de Janeiro, v. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *La commission des jurisconsultes de Rio de Janeiro*, *op. cit.*, p. 183 et s. ; pour un examen du résultat des travaux de la Commission des jurisconsultes réunie à Rio de Janeiro, v. le Rapport sur la codification du droit international privé dans : A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, traduite de l'espagnol par Paul Goulé, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 110-130.

[288] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit., p. 121-123 ; v. aussi A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, La commission des jurisconsultes de Rio de Janeiro, op. cit., p. 209 et s. (traduction libre de l'espagnol).

[289] Il convient de rappeler que, lorsque certains pays latino-américains, comme le Brésil, optaient pour le critère de la nationalité, les États de la région de *la Plata* étaient fortement opposés à ce critère et adoptaient le rattachement au domicile pour régir le statut personnel. D'ailleurs, l'Argentine soutenait plutôt une codification graduelle du droit international privé sur la base des Traités de Montevideo et était contraire à une codification globale, telle que celle suivie par le Projet de Bustamante. Sur ce sujet v. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 56 et s. De plus, sous l'ancienne législation en vigueur, à savoir l'Introduction au Code civil de 1916, le Brésil appliquait la loi nationale pour régir la capacité des personnes (art. 8). Toutefois, avec l'entrée en vigueur de la nouvelle législation en 1942, ce rattachement a été modifié pour retenir le domicile comme critère applicable (art. 7 de l'actuelle Loi sur les principes généraux du droit privé — LINDB).

[290] Bustamante, qui avait prévu des controverses quant à l'élément de rattachement du statut personnel, propose une solution médiatrice : chaque État applique comme loi personnelle la loi du domicile ou la loi de la nationalité, selon le système suivi par sa propre législation. L'article 7 du Projet de Bustamante, qui établissait des règles sur le statut personnel, était problématique. La rédaction originale présentée par Bustamante était la suivante : « Chaque État contractant appliquera aux nationaux des autres les lois d'ordre public interne de leur domicile ou de leur nationalité, suivant le système adopté par l'État auquel ils appartiennent ». Après trois suggestions de rédaction présentées par Bustamante, la rédaction finale adoptée par la Conférence fut la suivante : « Chaque État contractant appliquera comme lois personnelle la loi du domicile ou la loi de la nationalité, ou celles déjà adoptées ou qui seront adoptées par sa législation interne ». Cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 67 et 151 ; v. aussi, A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *La commission des jurisconsultes de Rio de Janeiro*, *op. cit.*, p. 215 et s. ; J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 56 et s.

46. Adoption et réussite du Code Bustamante. La Sixième Conférence internationale américaine a commencé ses travaux en janvier 1928. Afin de faciliter les travaux, la Conférence s'est partagée en différentes commissions, composées de représentants de tous les États. Les thèmes du droit international privé et de l'uniformité de législation furent confiés à la troisième commission, qui s'occupa alors de l'analyse du Projet approuvé par la Commission internationale de jurisconsultes de Rio de Janeiro. Le délégué péruvien Víctor M. Maúrtua fut nommé président de ladite Commission, et le brésilien Eduardo Espínola, rapporteur[291]. Au commencement des débats, il fut convenu de discuter et de voter le projet d'une manière globale pour ensuite permettre des changements spécifiques[292]. Lors de la session suivante, certains délégués ont présenté par écrit et oralement leurs réserves et leurs motions de changement, qui ont toutes été renvoyées à une commission. Un certain nombre de modifications stylistiques et de fond ont été apportées au Projet, dont la rédaction finale a été confiée à Bustamante lui-même[293]. Le 13 février 1928, le *Code de droit international privé*, officiellement nommé par la Conférence *Code Bustamante*, fut approuvé lors de la séance plénière[294]. Enfin, le 20 février 1928, l'Acte final de la Conférence fut signé par tous les États participants, comprenant, avec d'autres résolutions et conventions adoptées, également le Code et la Convention d'approbation ; le Code Bustamante fut, ainsi, officiellement adopté[295]. Contrairement aux Traités de Montevideo, le Code Bustamante s'écarte des principes de droit international privé généralement acceptés dans la région[296], comme nous le verrons en détail par la suite[297].

Le Code Bustamante connut un grand succès. Il fut signé par vingt pays latino-américains, bien qu'avec beaucoup de réserves : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, Cuba, l'Équateur, El Salvador, le Guatemala, Haïti, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, la République dominicaine, l'Uruguay et le Venezuela. Cependant, l'Argentine, la Colombie, le Mexique, le Paraguay et l'Uruguay ne ratifièrent pas le Code. Puis, les Bahamas y adhérèrent plus tard, en

---

[291] Pour les travaux de la troisième Commission, v. le Rapport sur les travaux de la troisième commission (Codification du droit international privé et uniformité législative) présenté à la VI^e^ Conférence internationale américaine, par Eduardo Espínola, professeur de droit international à l'Université de Bahia, délégué plénipotentiaire du Brésil, Séance plénière du 13 février 1928, dans A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 131-143.

[292] *Ibid*, p. 23 et s.

[293] *Ibid*, p. 37-38 ; v. aussi J. Samtleben, Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit., p. 62-63.

[294] V. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 109 (Procès-verbal de la cinquième séance) ; v. aussi la Résolution de la VI^e^ conférence internationale américaine du 13 février 1928 qui décide de donner comme titre officiel du Code de Droit international privé, le nom de Code Bustamante (Appendice D).

[295] En réalité, la Convention de droit international privé se compose de neuf articles, qui donnent effet aux 437 articles du Code de droit international privé. Une liste de déclarations et réserves figure également à la fin du code adopté. En français, v. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, Appendice C, Convention et Code de Droit international privé.

[296] M. J. A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.,* p. 160.

[297] V. *infra*, n° 296 et s.

2017[298]. De ce fait, il est en vigueur dans seize États latino-américains : la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Costa Rica, Cuba, l'Équateur, le Salvador, le Guatemala, Haïti, le Honduras, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, la République dominicaine, le Venezuela et les Bahamas[299].

Les raisons de non-ratification du Code étaient diverses, mais la raison décisive était la méfiance des États à l'égard du projet, inspiré par l'école italienne, qui adoptait comme principe cardinal celui de la nationalité[300]. En ce qui concerne les pays de la région de *la Plata*, l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay, il faut noter que ces pays constituent le noyau fondamental des Traités de Montevideo et ont même été les seuls à être liés par la deuxième version des traités. De plus, ils étaient très opposés à l'acceptation d'une loi personnelle autre que celle du domicile, et plus favorable à une codification graduelle du droit international privé[301].

D'autre part, la Colombie avait présenté une déclaration commune avec le Costa Rica dans laquelle a été exprimée une réserve générale et plusieurs considérations spécifiques concernant la supériorité de la doctrine du domicile et le rejet total du principe de la nationalité. Dans cette déclaration commune, il était constaté que la loi du domicile était la seule qui « sauvegarde efficacement la souveraineté et l'indépendance des populations d'Amérique »[302]. En plus, il fut souligné qu'admettre le principe de la loi nationale, reconnu partiellement dans le Code, était équivalent à « créer en Amérique un État dans l'État et nous mettre presque sous le régime des capitulations que l'Europe a imposées pendant des siècles aux nations de l'Asie, considérées par elle comme inférieures dans leurs relations internationales »[303]. Non seulement la Colombie n'a pas ratifié le Code Bustamante (au contraire du Costa Rica), mais elle a également déposé, à la même période, l'instrument d'adhésion aux Traités de Montevideo sur le droit civil et le droit commercial, quarante-quatre ans après leur adoption. De son côté, le Mexique, qui n'avait pas participé aux Congrès de Montevideo, malgré quelques hésitations législatives, opta pour favoriser

[298] OEA, *Convención Sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante)*, Estado de Firmas y Ratificaciones, en ligne http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-31_codigo_bustamente_firmas.asp. (consulté le 25 décembre 2024).

[299] Pendant que les autres États l'ont signé lors de sa conclusion en 1928, les Bahamas y ont adhéré tardivement en 2017. V. le statut et les dates précises de ratification en ligne https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamente_firmas.asp (consulté le 20 octobre 2025).

[300] Pour une analyse complète des raisons de la non-ratification, v. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 68 et s.

[301] *Ibid*, p. 68-69.

[302] Code de Droit international privé adopté à La Havane le 20 février 1928 par la 6e Conférence internationale américaine. Déclaration faite par les délégations de Colombie et du Costa Rica, dans A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 217.

[303] *Ibidem.*

le principe du domicile, et maintint sa position traditionnelle isolationniste et territorialiste vis-à-vis de la codification du droit international privé[304].

La Sixième Conférence américaine était ainsi l'une des plus importantes — sinon la plus importante — dans le domaine de la production législative. Elle a produit un changement remarquable des méthodes de codification du droit, ainsi qu'une restructuration significative de l'organigramme des entités chargées de promouvoir le développement progressif du droit international dans la région latino-américaine. Lors de cette conférence fut approuvé ce qui allait être le statut constitutif de l'Union panaméricaine, définie comme « une union morale fondée sur deux principes : l'égalité juridique entre tous les États du continent et le respect mutuel des droits inhérents à leur pleine indépendance »[305]. À cela, s'ajoute un mouvement de multiplication des organismes et de division institutionnelle des efforts de codification, qui s'installa après la Convention de La Havane. Jusqu'à ce moment, la Commission internationale des jurisconsultes était le seul organisme chargé de la codification du droit international privé dans le continent.

À l'occasion de cette Conférence, trois commissions permanentes furent créées : l'une à Rio de Janeiro, chargée de la codification du droit international public ; une deuxième à Montevideo, qui devrait s'occuper du droit international privé ; et une troisième à La Havane, spécialisée sur les questions de droit comparé et d'unification législative[306]. Il en résulta une bureaucratisation du processus de codification du droit sur le continent américain, posant une difficulté supplémentaire pour la poursuite de cette tâche laborieuse. Une telle réalité allait continuer dans les prochaines années, avec la prolifération des institutions chargées de la codification, en rendant plus complexe un processus déjà très ardu[307].

§4 — Le Deuxième Congrès sud-américain de droit international privé (Montevideo, 1939-1940) : les Traités de Montevideo de 1940

47. La révision comme objectif. À l'occasion du cinquantième anniversaire du premier congrès de Montevideo, un deuxième Congrès sud-américain de droit international privé fut organisé par les gouvernements d'Argentine et d'Uruguay, dont l'objectif était la révision des Traités de Montevideo afin de les actualiser et de préciser ses dispositions[308]. Les mêmes pays ayant participé au premier Congrès furent invités. Lors de son discours

[304] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 69-70 ; v. aussi, D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 207.

[305] D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 188.

[306] V. A. Lunardelli Caldeira, « El Comité Jurídico Interamericano de la OEA y sus perspectivas: La necesidad de una reforma profunda y de una correción de curso », *op. cit*.

[307] *Ibidem.*

[308] Pour les documents officiels du Congrès, v. OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado : Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940,* Actas y Documentos Seleccionados, Rio de Janeiro, Brésil, août 1974.

prononcé à la séance inaugurale du deuxième congrès de Montevideo, le 18 juillet 1939, le ministre des Affaires étrangères de la République argentine, José María Cantillo, mit l'accent sur la proximité unissant les pays sud-américains et sur la nécessité de parvenir à une solution commune de droit international privé, en s'exprimant en ces termes :

> « Le champ offert aux tâches de ce Congrès est vaste. En effet, il convient d'étudier la fonction de ces traités au cours des cinquante années écoulées, d'examiner l'efficacité de leur application et les déficiences constatées. […] Tout ce qui est fait pour établir des règles destinées à maintenir l'ordre juridique qui doit rapprocher les hommes dans la communauté de droit. Dans des peuples comme les nôtres, unis par leur origine, par leur histoire, par leur proximité et par leurs idéaux communs, l'application indifférenciée des lois d'une nation à une autre, selon la nature du rapport juridique ou de l'acte juridique à juger, n'est pas impossible. Cette solidarité de principes est une force américaine que nous devons garder. »[309]

48. L'opposition au Code Bustamante. Il faut noter qu'en 1928, dans le cadre de la Sixième conférence panaméricaine, le Code Bustamante avait été approuvé et comptait déjà plusieurs États signataires, dont la Bolivie, le Brésil, le Chili et le Pérou (invités aussi à participer au deuxième congrès à Montevideo). Selon le professeur Fernández Arroyo, l'apparition du Code Bustamante a « objectivement conspiré contre les possibilités d'une évolution transcendante des Traités de Montevideo »[310]. En d'autres termes, le Code Bustamante a compliqué les efforts de codification en Amérique latine, menant à une divergence dans les initiatives de codification, ce qui s'est confirmé avec l'adoption de nouveaux traités à Montevideo en 1940. L'auteur souligna que l'apparition du Code Bustamante instaure une bifurcation des efforts de codification : ceux de la région du *Rio de la Plata*, avec le Traité de Montevideo, et ceux du reste de la région latino-américaine, avec le Code Bustamante.

À quelques exceptions près, la formation de deux blocs distincts — partagés entre les pays partisans du Code Bustamante et ceux des Traités de Montevideo — a caractérisé la codification internationale du droit international privé en Amérique pendant une longue période[311]. Dans les termes de Jose Luis Bustamante I. Rivero, délégué du Pérou lors du Deuxième Congrès de Montevideo, le système juridique des Traités de 1889 était considéré et appelé « le système de *la Plata* », par opposition au nouveau régime du Code Bustamante et de la théorie de la nationalité[312]. Selon lui, le désir des pays de *la Plata* (l'Uruguay, l'Argentine et le Paraguay) était « de renforcer, lors de la réunion de 1940, les bases juridiques des Pactes de 1889, en modernisant leur architecture pour les adapter à l'époque et éviter ainsi d'être taxés de vétustes, ce qui aurait pu les faire perdre face à leur rival, le

---

[309] Discours du ministre des Affaires étrangères de la République argentine, Dr José María Cantillo, 18 juillet 1939, Séance inaugurale du deuxième Congrès sud-américain sur le droit international privé. Cf. *Ibid*, p. 246.

[310] D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 147.

[311] *Ibid,* p. 147-148.

[312] J.L. Bustamante I. Rivero, *El Tratado de Derecho civil Internacional de 19*40: Gestación - Glosas - Interpretación, Motevideo, 1942, p. 14.

Code Bustamante ». Ce dernier, selon lui, consistait, du point de vue de la prévoyance et de la méthode, en « un corps de lois plus organique et plus complet, malgré ses graves défauts de fond »[313].

Lors du Deuxième Congrès, deux sessions eurent lieu, qui se tinrent du 18 juillet au 4 août 1939 et du 6 mars au 19 mars 1940. À la première session du Congrès furent réunis les délégués de l'Argentine, de la Bolivie, du Chili, du Paraguay, du Pérou et de l'Uruguay[314]. Pour sa part, le Brésil, suivant l'avis de l'Association brésilienne de droit international, s'abstint de participer, estimant qu'il fallait procéder à un examen plus large, incluant le Code Bustamante[315]. À la deuxième session, s'ajoutèrent des délégués du Brésil et de la Colombie[316]. Comme résultat du Congrès, huit traités et un protocole additionnel furent conclus : Traité sur l'asile politique et les réfugiés du 4 août 1939 ; Traité de propriété intellectuelle du 4 août 1939 ; Convention sur l'exercice des professions libérales du 4 août 1939 ; Traité sur le droit de la navigation commerciale internationale du 19 mars 1940 ; Traité sur le droit commercial terrestre international du 19 mars 1940 ; Traité de droit civil international du 19 mars 1940 ; Traité sur le droit procédural international du 19 mars 1940 ; Traité de droit pénal international du 19 mars 1940 ; et Protocole additionnel du 19 mars 1940, établissant des règles générales pour l'application des lois étrangères dans le cadre des traités conclus[317].

L'Argentine et la Bolivie signèrent la totalité des traités. À son tour, l'Argentine ratifia ceux de droit civil, commercial, maritime, procédural, la convention sur les professions libérales, et le protocole additionnel, tandis que la Bolivie n'en ratifia aucun. Le Brésil formula des réserves au Traité sur le droit commercial terrestre international ainsi qu'à celui de droit procédural international, mais ne ratifia aucun des traités. En ce qui concerne le Traité de droit civil et le protocole additionnel, le Brésil manifesta son opposition, notamment en raison de l'adoption du principe du domicile. Le Chili signa le traité sur l'asile politique et celui sur le droit commercial terrestre international, mais ne les ratifia pas. De même, la Colombie adhéra à tous les traités à l'exception de celui sur le droit d'asile, mais n'en ratifia aucun. L'Uruguay, le Paraguay et le Pérou signèrent tous les traités (l'Uruguay et le Pérou avec des réserves au Traité sur le droit civil international), mais seuls le Paraguay et l'Uruguay les ratifièrent[318].

---

[313] *Ibid*, p. 14 (traduction libre de l'espagnol).

[314] V. Acte final de la première session, OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado,op. cit.*, p. 451 et s.

[315] V. D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 148-149.

[316] V. OEA, Comité Jurídico Interamericano, Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, op. cit., p. 553 et s.

[317] V. Acte final de la deuxième session, dans : OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 559.

[318] M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 397 ; A. Guani, « La solidarité internationale dans l'Amérique Latine », *op. cit.*, p. 412.

49. Le Traité sur le droit civil international (Traité de Montevideo de 1940) et sa faible répercussion. L'un d'entre eux, le Traité sur le droit civil international ou Traité de Montevideo de 1940, contient des dispositions relatives à la désignation de la loi applicable aux contrats internationaux. En général, ce traité reprend les solutions antérieures en ce qui concerne la loi applicable, avec peu de différences significatives, qui seront analysées plus loin dans le présent travail[319]. Il fut seulement ratifié par l'Argentine, le Paraguay, et l'Uruguay, cette dernière avec des réserves. De ce fait, le Traité de Montevideo de 1940 est encore en vigueur et utilisé en Argentine, au Paraguay et en Uruguay, tandis que le Traité de Montevideo de 1889 s'applique encore en Bolivie, au Pérou, et en Colombie.

Le Brésil et le Chili, qui n'avaient pas adhéré au premier Traité de 1889, se sont également abstenus de signer le Traité de 1940. Le principal point de contradiction soulevé par le Brésil était l'adoption du principe du domicile pour régir le statut personnel, et également l'adoption du rattachement du lieu de l'exécution pour régir le contrat, alors que ce pays adoptait dans sa législation interne la loi du lieu de conclusion comme règle principale[320]. Le Chili, pour sa part, explique qu'il avait déjà adopté le Code Bustamante et que l'adoption du Traité de Montevideo aurait donc été contraire à l'objectif d'unification de son droit international privé[321].

Le gouvernement péruvien considéra qu'il ne fallait pas privilégier la substitution du nouvel instrument à l'ancien traité de 1889, auquel le Pérou était partie, tout en admettant toutefois l'avantage indéniable d'en amplifier ou d'en clarifier certains chapitres. Parmi les raisons de la non-ratification figurent notamment : les changements postérieurs de sa législation interne, qui étaient contraires à quelques solutions du Traité de 1940 (p. ex., l'adoption du lieu de conclusion comme rattachement applicable aux actes et obligations juridiques) ; l'adhésion postérieure au Code Bustamante et le plan de réformes législatives contenant des principes contraires à ceux établis par le Traité de 1940[322].

Les traités conclus lors du deuxième Congrès sud-américain confirmèrent la tendance néo-territorialiste des traités de 1889 et virent le jour dans une atmosphère marquée par des positions très opposées. Ainsi, au lieu de rapprocher les pays américains, la révision des traités en 1939-1940 n'accentua que les divergences entre eux, ce qui justifie le nombre

[319] V. *infra,* n° 119 et s.

[320] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, op. cit.,* p. 459 et s.

[321] Cf. J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 18-20.

[322] Comme l'explique José Luis Bustamante I Rivero, délégué du Pérou lors du Congrès, la législation nationale péruvienne n'a pas maintenu traditionnellement une ligne de doctrine uniforme quant aux principes de base du droit international privé. Il souligne qu'il existait une forte instabilité doctrinale et législative au Pérou et rappelle qu'au Congrès de Lima de 1878, le Pérou a soutenu le principe de la loi nationale pour régir l'état et la capacité juridique des personnes. Ensuite, au Congrès de Montevideo de 1889, le principe du domicile a été adopté, mais le système de la nationalité a été maintenu en faveur des commerçants étrangers et des sociétés constituées à l'étranger lors de la promulgation du Code de commerce péruvien de 1902 (art. 15). Par la suite, le Pérou a approuvé et ratifié le Code Bustamante (1928). Cf. J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 20-24.

très bas des ratifications[323]. Dans les mots de Bustamante I. Rivero, « loin d'avoir progressé dans le sens d'une unification doctrinale et législative, l'existence de deux groupes opposés fut donc plus marquée : d'un côté celui concernant le maintien des principes de 1889 et de l'autre celui affilié au Code Bustamante »[324].

En outre, en dehors du continent américain, les répercussions du Traité sur le droit civil international de 1940 ne suscitèrent guère d'enthousiasme. Les difficultés de l'époque, marquée par la Seconde Guerre mondiale, n'étaient pas les plus favorables à une discussion de l'unification du droit international privé, de sorte que l'annonce des traités récents fut accueillie avec beaucoup moins d'intérêt que celui suscité par la première version des traités de Montevideo ou du Code Bustamante[325]. Le Traité de Montevideo de 1940 demeura donc applicable uniquement à une portion restreinte du territoire sud-américain, sans la possibilité d'élargir son champ d'application à d'autres pays de la région. Par conséquent, l'inertie manifestée par les États signataires a révélé, selon les termes du professeur Parra-Aranguren, la nécessité impérieuse d'adopter une nouvelle orientation[326]. Cette dernière n'a véritablement trouvé sa concrétisation que grâce aux initiatives développées sous l'égide de l'OEA.

Section 2 — Les codifications partielles ou sectorielles

50. Les travaux de révision du Code Bustamante et de coordination des instruments américains conduisirent à l'abandon d'une approche globale et à l'adoption d'une idée de codification partielle ou sectorielle du droit international privé (§1). Pour parvenir à cet objectif, l'OEA organisa des Conférences interaméricaines spécialisées sur le droit international privé, dont l'achèvement principal en matière de contrats internationaux fut la Convention de Mexico (§2).

---

[323] *Ibid*, p. 25-27 ; v. aussi, D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 152-153.

[324] Sur le sujet, Bustamante I. Rivero affirme que : « Mais ce qui constitue sans doute le résultat le plus important du Congrès de 1940 est la révélation que l'Amérique du Sud est juridiquement divisée sur le sujet fondamental du droit international privé, qui est le droit civil. Pour la première fois, les domaines ont été définis avec une telle clarté et une telle franchise d'expression. Nous savions tous que, même avant 1889, les pays américains étaient inspirés par des doctrines et des tendances diverses et même divergentes dans cette branche de la discipline juridique ; mais cette fois, au milieu du caractère technique et non diplomatique du débat, on en a parlé sans euphémisme ; et l'on peut dire que chaque État a fait une profession de foi publique de son orientation législative, et tous une notification réciproque de leurs positions actuelles ». Cf. J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 20 et s. (traduction libre de l'espagnol).

[325] D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 155.

[326] G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 74 (traduction libre de l'anglais).

§1 — Les travaux de révision du Code Bustamante et de coordination des instruments américains

51. La dure tâche de révision du Code Bustamante. D'une approche plus pragmatique, les États latino-américains ont, dans un second temps, renoncé à l'aspiration « romantique » d'une codification globale — pour reprendre l'expression du professeur Alejandro Garro — et ont recentré leurs efforts sur des thématiques particulières[327].

Dans la période qui suivit immédiatement la création de l'OEA, le Conseil interaméricain des jurisconsultes s'était donné une tâche ardue : celle de la révision du Code Bustamante[328]. En 1950, le Conseil interaméricain des jurisconsultes chargea le Comité juridique interaméricain d'étudier la révision probable du Code Bustamante, afin de déterminer s'il était possible de combiner ses dispositions avec celles des Traités de Montevideo et du *Restatement* des conflits de lois, approuvé par l'Institut de droit américain en 1934. À cette occasion, l'un des membres du Comité, le juriste colombien José Joaquin Caicedo Castilla, fit préparer un vaste ouvrage intitulé « Études comparatives du Code Bustamante, des Traités de Montevideo et du *Restatement* des conflits de lois », qu'il présenta au Comité en 1953[329]. En 1958, le Comité se prononça pour que l'unification des règles du droit international privé se limitât, au Code Bustamante et aux Traités de Montevideo, car l'inclusion du *Restatement* « causerait de sérieux inconvénients »[330].

Dans sa session de 1959, le Conseil demanda aux États qui avaient émis des réserves d'expliquer leur opposition à certains principes du Code Bustamante. Toutefois, dans sa dernière session, le Conseil se borna à la révision du Code, notamment en ce qui concerne les chapitres sur les principes généraux, du droit civil et du droit commercial. En 1966, le Conseil interaméricain des jurisconsultes émit un avis et ajouta un projet de code en 245 articles, œuvre de Caicedo Castilla[331]. Dans son avis, le Conseil réaffirma l'urgence d'éliminer les conflits de lois en matière de contrats internationaux pour parvenir à l'intégration latino-américaine :

---

[327] A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 15 (traduction libre de l'espagnol).

[328] D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 235 et s. ; v. aussi M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 416 et s. ; et G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 109 et s. ; pour un rapport détaillé des discussions et résolutions prises, v. G. Parra-Aranguren, « La revisión del Código Bustamante », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1973-1974, vol. 18, p. 9-132.

[329] Comité Juridique Intermaéricain, « Étude comparative sur le Code Bustamante, les Traités de Montevideo et le "Restatement of the Law of Conflict of Laws" », CIJ-21 (français), Département juridique, Union Panaméricaine, Washington, 1954.

[330] G.E. Chalita, M.B. Noodt Taquela, *Unificación del derecho internacional privado*, CIDIP-I, II y III, Texto de las Convenciones, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1988, p. 28-30.

[331] M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 417.

> « Car l'intégration présuppose que l'industrie d'un pays aura de grands marchés dans d'autres pays, et cet échange donne lieu à des contrats conclus dans un pays qui doivent être exécutés dans d'autres pays, des transports qui couvriront plusieurs États, des opérations bancaires qui auront lieu dans plus d'un pays, des assurances qui couvriront des risques internationaux, etc. Pour toutes ces questions, il est nécessaire d'adopter une règle de droit international privé qui élimine les divergences et identifie le système juridique auquel il faut se référer […] »[332]

52. L'abandon de l'approche de codification générale. Le projet de code élaboré par Castilla ne reçut pas le soutien des États membres de l'organisation. Plusieurs raisons expliquent cet échec. D'abord, le manque de volonté politique des pays d'Amérique latine, notamment ceux liés aux Traités de Montevideo, dont les solutions étaient jugées incompatibles. Ensuite, le désintérêt persistant du gouvernement américain. Ces obstacles conduisirent à l'abandon des travaux de révision du Code Bustamante et de codification générale du droit international privé[333].

Selon le professeur Fernández Arroyo, l'abandon de l'effort de codification générale du droit international privé à l'échelle continentale ne résultait pas de problèmes liés à la composition ou à l'attribution des organes chargés de la codification, ni aux mécanismes utilisés, bien que ces aspects aient pu être améliorés[334]. Selon lui, le véritable obstacle résidait dans le fait que l'ère du « romantisme universaliste » était révolue, et les anciennes codifications mondiales avaient perdu leur sens et leur faisabilité. Ainsi, les énormes efforts déployés pour résoudre les problèmes internationaux d'ordre privé en Amérique ont cédé la place à une approche plus pragmatique. Les grands textes ont atteint leurs limites, et la méthode de codification sectorielle, adaptée aux besoins de la région, est devenue prédominante[335].

Cette évolution a conduit à l'abandon de l'approche globale de la codification du droit international privé américain, laissant place à une codification, ou plutôt à une harmonisation sectorielle du droit international privé. La cinquième réunion du Conseil interaméricain des jurisconsultes (San Salvador, 1965) marqua un tournant important en recommandant au Conseil de l'OEA de convoquer une Conférence spécialisée de droit international privé.

---

[332] Textos de los documentos de la Organización de los Estados Americanos sobre la posibilidad de revisión del Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, OEA, Documentos Oficiales, OEA/Ser. 1/VI (español), CJI 90, p. 386, dans : M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 417 (traduction libre de l'espagnol).

[333] À ce sujet, v. D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 234 et s.

[334] *Ibid*, p. 240.

[335] *Ibidem.*

§2 — Une nouvelle méthodologie pour l'harmonisation du droit international privé américain : les CIDIP et la Convention de Mexico (CIDIP-V)

53. Avec le Protocole de Buenos Aires de 1967, qui réforma la Charte de l'OEA, la structure organisationnelle de l'institution fut modifiée, en ayant des conséquences importantes pour la codification du droit international privé[336]. Le jour clé fut le 23 avril 1971, lorsque l'Assemblée générale de l'OEA, réunie à San José, au Costa Rica, adopta la recommandation réitérée à plusieurs reprises par le Conseil interaméricain des jurisconsultes et, postérieurement, par le Comité juridique interaméricain et organisa la première Conférence interaméricaine spécialisée sur le droit international privé, ou la CIDIP-I[337]. Conformes à l'article 122 de la Charte de l'OEA, ces conférences sont « des réunions intergouvernementales destinées à traiter de questions techniques particulières ou à développer certains aspects de la coopération interaméricaine »[338].

Il convient de noter que, bien que les CIDIP aient été conçues pour s'appliquer à l'ensemble des Amériques, elles ont revêtu en pratique, comme l'a justement observé le professeur Diego P. Fernández Arroyo, un caractère essentiellement latino-américain. Tant l'impulsion initiale que la majorité des instruments adoptés émanèrent principalement des dix-neuf États latino-américains[339].

La nouvelle méthodologie proposée pour l'élaboration d'un code international du droit privé sur le continent devait s'éloigner de l'idée d'une codification globale du droit international privé, à l'instar du Code Bustamante. Elle devait plutôt s'orienter vers la rédaction de conventions individuelles sur des sujets spécifiques préalablement identifiés, en s'inspirant de la Conférence de La Haye sur le droit international privé[340]. Par conséquent, l'adoption d'un mécanisme de codification partielle et progressive, impliquait nécessairement l'abandon de l'idée de réviser le Code Bustamante, et de l'harmoniser avec les Traités de Montevideo et le *Restatement* des conflits de lois[341].

---

[336] OEA, Charte de l'Organisation des États Américains, réformée par le Protocole de réforme de la Charte de l'Organisation des États américains, « Protocole de Buenos Aires », signé à la Troisième Conférence interaméricaine extraordinaire, Buenos Aires, Argentine, le 27 février 1967.

[337] D.P. Fernández Arroyo*, Derecho internacional privado interamericano: evolución y perspectivas*, México, Universidad Anáhuac del Sur, 2003, p. 50 ; v. aussi, G.E. Chalita, M.B. Noodt Taquela, *op. cit.*, p. 24 et s.

[338] OEA, Charte de l'Organisation des États Américains, réformée par le Protocole de réforme de la Charte de l'Organisation des États américains, « Protocole de Buenos Aires », signé à la Troisième Conférence interaméricaine extraordinaire, Buenos Aires, Argentine, le 27 février 1967.

[339] Comme l'auteur l'a noté, le Canada et les pays des Caraïbes, pour des raisons diverses de positionnement et d'intérêt, n'ont pas véritablement misé sur le processus CIDIP. Les États-Unis, quant à eux, ont adopté une attitude intermédiaire : ils ont ratifié deux conventions, d'une part, et ont soutenu activement certains thèmes, plus récemment, d'autre part. Cf. D.P. Fernández Arroyo, « ¿Qué CIDIP para cuál América? », *in* J. Kleinheisterkamp, G.A. Lorenzo Idiarte (dir.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Univ, 1re éd., 2002, p. 37.

[340] D.P. Fernández Arroyo, *La codificación del Derecho internacional privado em América Latina, op. cit.,* p. 248.

[341] *Ibidem.*

54. Panorama général des CIDIP et l'importance de la CIDIP-II. La première CIDIP eut lieu en 1975 à Panama. Depuis, six autres conférences se sont succédé : à Montevideo, en 1979 ; à La Paz, en 1984 ; de nouveau à Montevideo, en 1989 ; à Mexico City, en 1994 ; et à Washington D.C., en 2002 et de nouveau en 2009. À ce jour, au total, 26 instruments interaméricains (dont des conventions, des protocoles, des documents uniformes et une loi type) furent adoptés sur diverses questions liées à la coopération juridique entre les États, aux relations civiles, familiales, commerciales et procédurales. Pour le droit international privé des contrats, la CIDIP-V a une importance spéciale, car c'est lors de cette Conférence que la Convention de Mexico fut approuvée.

En 1972, la Commission des affaires juridiques et politiques de l'OEA commença la préparation de la première CIDIP, sollicitant l'avis des pays membres sur les sujets à aborder. Bien que le Guatemala ait insisté sur la révision du Code Bustamante, la majorité des pays ont préféré se concentrer sur des thèmes spécifiques du droit commercial et procédural international. Cette approche a été choisie, et lors de la CIDIP-I en 1975, six conventions ont été adoptées, notamment sur les conflits de lois en matière de commerce international[342].

En 1979, la CIDIP-II a vu l'adoption de huit instruments, incluant la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé[343]. Cette Convention, première de son genre adoptée dans le monde, a intégré des solutions novatrices pour son époque. Elle établit une série de normes générales de droit international privé, incluant la preuve et l'exécution de la loi étrangère (déterminant l'application obligatoire de la loi étrangère avec une parité procédurale par rapport à la loi interne), des restrictions à l'ordre public, l'interdiction de la fraude à la loi, la réglementation des questions préliminaires et de l'institution inconnue du for, l'interprétation harmonieuse des lois applicables, ainsi que la reconnaissance des droits acquis valablement dans un autre État partie[344]. Cette Convention, signée par dix-huit pays d'Amérique latine, fut ratifiée par l'Argentine, le Brésil, la Colombie, l'Équateur, le Guatemala, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay, et le Venezuela.

Par la suite, la CIDIP-III en 1984 introduisit de nouveaux instruments sur le droit civil et procédural international. L'intérêt des États américains pour moderniser la réglementation du droit international privé des contrats s'est renforcé avec l'inscription du sujet à l'ordre du jour de la CIDIP-IV, qui eut lieu en 1989, et qui approuva des conventions sur le retour

[342] V., en particulier, G.E. Chalita, M.B Noodt Taquela, *op. cit.*, p. 24 et s. ; et G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 107 et s.

[343] Pour les travaux de la CIDIP-II, v., en particulier, G.E. Chalita, M.B. Noodt Taquela, *op. cit.*, p. 41 et s. ; et G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.,* p. 128 et s.

[344] Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, CIDIP-II, Montevideo, 8 mai 1979. Sur cette Convention, v., en particulier, T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.,* p. 218 et s. et p. 307 et s. ; et G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.,* p. 145 et s.

international des enfants et les contrats de transport international routier de marchandises. Le contrat international fut alors le seul thème abordé qui n'aboutit pas à une convention, en raison d'un développement régional jugé insuffisant et de divergences sur l'acceptation du principe d'autonomie de la volonté pour le choix de la loi applicable. Toutefois, des *Bases* furent approuvées, affirmant clairement ce principe, en s'inspirant de la philosophie de la Convention de Rome de 1980. Le débat fut alimenté par l'opposition entre les partisans d'une réglementation régionale et ceux favorables à l'adhésion à des efforts d'harmonisation universels, comme l'appui au texte de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises[345].

Les études préparatoires à la CIDIP-V révélèrent, hormis quelques exceptions, une préférence majoritaire pour une codification régionale s'inspirant de textes internationaux existants. Les projets développés, tels que ceux du Comité juridique interaméricain et de la réunion d'experts tenue à Tucson, en Arizona, en 1993, confirmeront cette orientation en adoptant des critères clés : une large autonomie de la volonté, une détermination subsidiaire de la loi la plus étroitement liée (définie en principe par la prestation caractéristique), une application obligatoire des lois de police du for et, éventuellement, des lois de police de pays tiers étroitement concernés, l'exclusion du renvoi et une certaine souplesse concernant la validité formelle. L'ensemble illustre la convergence doctrinale vers les principes consacrés par la Convention de Rome, tout en révélant les tensions sur les méthodes et instruments de l'unification normative dans la région[346].

55. La CIDIP-V et la Convention de Mexico. Par la suite, le Comité juridique interaméricain lança les travaux préparatoires de la Cinquième Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP-V). En 1990, le Comité confia à José Luis Siqueiros la préparation d'un projet de Convention sur la loi applicable aux contrats internationaux, pour examen et considération ultérieure lors de la CIDIP-V, qui devrait avoir lieu au Mexique quelques années plus tard. Dans le cadre de sa mission, Siqueiros présenta son avant-projet le 15 juillet 1991. Ce projet fut notamment inspiré par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles,

[345] D.P. Fernández Arroyo, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 178-186, spéc. n° 2 ; v. aussi, A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 29-30. Ce dernier rappelle que la Colombie et le Honduras se sont manifestés en faveur d'une convention régionale, tandis que l'Argentine et le Canada plaident pour une participation plus forte auprès des organismes à caractère universel, comme la CNUDCI, la Conférence de La Haye et l'Unidroit. Des divergences existaient également sur la nature de l'instrument, qu'elle soit internationale ou interaméricaine.

[346] D.P. Fernández Arroyo, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, p. 178-186, spéc. n° 2 ; pour une analyse détaillée des projets et discussions, v. G. Parra-Aranguren, « La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP-V, Mexico, 1994 », *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Caracas, 1994, n° 11 ; v. aussi, N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Padova, Cedam, Biblioteca giuridica, Attualità nº 48, 2010, p. 94 et s.

ainsi que ses critiques, et par la Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises[347].

L'avant-projet rédigé par Siqueiros fut approuvé par le Comité juridique lors des sessions de juillet et d'août 1991 et fut soumis à discussion à l'occasion de la réunion d'experts de Tucson en 1993. Tant l'exposé des motifs que le rapport accompagnant ce projet soulignèrent que le processus d'unification et d'harmonisation du droit privé devrait désormais être appréhendé à la lumière de l'interdépendance économique croissante, de la mondialisation de l'économie et de l'intégration des régions au sein de marchés communs[348].

Des modifications au projet initial furent apportées après la réunion de Tucson et, finalement, en 1994, la CIDIP-V eut lieu à Mexico. Lors de cette conférence, les États membres de l'OEA approuvèrent la version définitive de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, la Convention de Mexico[349]. Cette Convention était le premier instrument latino-américain portant exclusivement sur la loi applicable aux contrats internationaux, à la différence des instruments antérieurement adoptés, qui avaient un objet beaucoup plus large. Dans ses considérants, la Convention réitère l'objectif « d'harmoniser les solutions aux problèmes du commerce international » (considérant 2) et rappelle que « l'interdépendance économique des États a conduit à une intégration régionale et continentale et que, pour stimuler ce processus, il est nécessaire de faciliter le commerce international en éliminant les différences entre leurs systèmes juridiques » (considérant 3)[350].

Conçue pour s'appliquer à toute l'Amérique, la Convention reflète un véritable compromis entre les normes de *common law* et de *civil law* et représente une grande révolution en matière de contrats internationaux pour les pays latino-américains[351]. Comme cela sera analysé plus en détail dans un chapitre propre[352], la Convention de Mexico adopta un double système de détermination de la loi applicable : elle permit le choix de la loi, en consacrant le principe de l'autonomie de la volonté, tandis que, pour les cas où il n'y a pas de choix, elle adopta le principe de proximité. En plus de ces innovations majeures

[347] V. G. Parra-Aranguren, « La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP-V, México, 1994 », *op. cit.*, p. 92.

[348] A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 30-31.

[349] V. G. Parra-Aranguren, « La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP-V, México, 1994 », *op. cit.,* p. 195 et s. et p. 209 et s.

[350] Traduction suggérée par l'OEA, cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[351] Toutefois, ce compromis a également été perçu comme « forcé », ce qui explique en partie le faible succès rencontré par la Convention sur le plan de sa ratification. En ce sens, C. Giménez Corte, *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva « lex mercatoria » en América Latina: con especial referencia al Mercosur*, Buenos Aires, Depalma, 2010, p. 297.

[352] V. *infra,* n° 156 et s. et n° 207 et s.

introduites par la Convention, elle reconnut en outre une place importante à la *lex mercatoria*, ainsi qu'à la prise en considération des lois de police étrangères.

Tant le principe de l'autonomie de la volonté que le principe de proximité représentaient des nouveautés pour les systèmes juridiques latino-américains de l'époque, qui étaient, pour cette raison, très réticents à l'égard de la nouvelle Convention de l'OEA[353]. Cela, entre autres problèmes[354], a entravé la ratification de la Convention par les pays américains. Parmi les cinq pays l'ayant signée (Brésil, Bolivie, Uruguay, Mexique et Venezuela), seuls deux l'ont ratifiée (Mexique et Venezuela), en réduisant considérablement son champ d'application territoriale.

Selon le professeur vénézuélien Eugenio Hernández-Bretón, la Convention de Mexico constitue une « expression postmoderne par excellence du droit international privé des contrats »[355] qui, « malgré tous ses mérites et le fait de dépasser son modèle, la Convention de Rome de 1980 », demeure « plus critiquée qu'appréciée »[356].

Cette appréciation mérite toutefois d'être relativisée au regard des circonstances mêmes de son élaboration. Si le délégué nord-américain Juenger à la CIDIP-V a pu affirmer qu'elle incarnait un *genuine consensus*[357], force est de constater que le texte finalement adopté reflète « une évolution complexe, jalonnée de problèmes qui gravitent toujours autour d'intérêts divers »[358], comme le relève le professeur Diego P. Fernández Arroyo. Le « poids de la tradition » — facteur qui, selon l'expression du professeur argentin, devient souvent un obstacle dans la codification interaméricaine — s'est d'ailleurs manifesté une fois de plus lors des négociations à Mexico[359]. Il n'était guère surprenant, comme il l'a justement

---

[353] V. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.*, p. 18-19.

[354] Pour une réflexion sur les limitations de la Convention de Mexico, v. *Ibid*, p. 18-19. En plus des questions controversées concernant l'acceptation des principes de l'autonomie de la volonté et de proximité, l'admission de l'application de lois de police étrangères a également été jugée trop arbitraire et laissée au libre arbitre des juges. Pour cette raison, le professeur uruguayen Santos Belandro a suggéré la non-ratification de la Convention de Mexico. V. R.B. Santos Belandro, « Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo », *Revista de la Facultad de Derecho*, 2005, vol. 8, p. 25-108, p. 105.

[355] E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *in* D.P. Fernández Arroyo, A. Dreyzin de Klor (eds.), *Contratos internacionales*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 167-189, p. 169 (traduction libre de l'espagnol). Pour la notion et les discussions sur le « postmodernisme » en droit international privé, v. *infra* n° 644.

[356] E. Hernández-Bretón, « Personajes para una biografía del derecho internacional privado latinoamericano », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 2009, p. 273-280, p. 278 (traduction libre de l'espagnol).

[357] F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *American Journal of Comparative Law,* vol. 42, 1994, p. 385 : « Thus, the contract choice-of-law convention represents the consensus of a considerable number of nations of this hemisphere, including both civil law and common law countries. It is fair to speak of genuine consensus because under Professor Parra-Aranguren's able stewardship differences of opinion were ironed out by negotiation, so that, no delegation was ever outvoted ».

[358] D.P. Fernández Arroyo, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.,* n° 3.

[359] *Ibidem.*

relevé, que la place prépondérante accordée à l'autonomie de la volonté, dépourvue de toute restriction dans les contrats impliquant une partie faible, ainsi que la flexibilité de la solution retenue en l'absence d'exercice de cette autonomie, ait suscité les réserves des États latino-américains, traditionnellement réticents à de telles orientations[360].

Il serait néanmoins erroné d'en conclure que la Convention est dénuée de mérites. Une étude menée par l'OEA en 2016[361] a démontré que l'influence de la Convention interaméricaine excède largement le nombre restreint de ratifications : elle a constitué l'une des sources d'inspiration lors de l'élaboration des Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux de 2015 et a exercé une influence notable sur plusieurs systèmes juridiques latino-américains, notamment ceux de l'Argentine, de la République dominicaine, du Mexique, du Panama, du Paraguay, du Venezuela et, plus récemment, de l'Uruguay[362].

Par la suite, deux nouvelles Conférences interaméricaines de droit international privé se sont tenues : la CIDIP-VI en 2002 et la CIDIP-VII en 2009. À ces occasions, des instruments juridiques régissant les sûretés portant sur les biens meubles ont été adoptés, en vue de garantir les opérations et les pratiques de financement. En 2002, la Loi type interaméricaine sur les opérations garanties a été approuvée et, en, 2009, la Loi type a été complétée par le Règlement type sur les registres, objectivant la création d'un système d'enregistrement unitaire et uniforme applicable à tous les mécanismes de sûreté mobilière[363].

Section 3 — Les efforts d'harmonisation par la voie du *soft law*

> « Certains chemins conduisent au-delà de Rome et certains, encore plus loin que Mexico. »[364]

56. Parmi les efforts d'harmonisation par la voie du droit souple, deux instruments exercent une influence particulière en Amérique latine. D'une part, les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux de 2015

[360] D.P. Fernández Arroyo, « ¿Qué CIDIP para cuál América? », *op. cit.*, p. 39.

[361] V. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas*, op. cit.*, p. 14-15.

[362] V. P.M. All, L.E. Rodríguez Carrera, « El impacto de las CIDIPS en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos », *in* P.M. All , L.E. Rodríguez Carrera (dir.), *CIDIP-OEA : influencia y aplicación en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos*, Paula Maria All, 1re éd., 2024, p. 120 et s.

[363] *Model Inter-american law on secured transactions*, CIDIP-VI, 8 février 2002 ; Model registry regulations under the model Inter-american law on secured transactions, CIDIP-VII, 9 octobre 2009.

[364] J.A. Moreno Rodríguez, « Más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya: ¿qué sigue para las Américas? », *in* D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 196.

(§1), et d'autre part, le récent Guide de l'OEA sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dans les Amériques de 2019 (§2).

§1 — Les Principes de La Haye (2015)

57. Bien que la Conférence de La Haye ait une vocation globale et ne constitue pas, à ce titre, un *forum* spécifiquement latino-américain, ses travaux exercent une influence notable dans la région. À l'origine, la Conférence avait une composition typiquement européenne. Elle a progressivement étendu sa portée après la Seconde Guerre mondiale et, désormais, la grande majorité des pays latino-américains en sont membres et participent activement à ses activités[365]. Parmi les dix-neuf pays étudiés, seuls Cuba, la Bolivie et la Colombie ne sont pas membres de la Conférence[366].

Plus spécifiquement dans le champ qui nous occupe, un instrument revêt une importance fondamentale : les Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux (Principes de La Haye). Ses travaux préparatoires remontent à 2006. Après de nombreuses années d'efforts collaboratifs menés par un groupe de travail dirigé par le professeur Daniel Girsberger, en association avec des acteurs de la communauté internationale des affaires, la Conférence de La Haye de droit international privé adopta, le 19 mars 2015, les Principes de La Haye.

Cet instrument, le premier et jusqu'à présent le seul instrument autonome non contraignant élaboré par la Conférence, fonctionne comme un « ensemble non contraignant de principes » et comme un guide visant à « orienter la réforme des règles de conflit de lois interne », en affirmant l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats commerciaux internationaux[367]. De plus, par leur influence sur les réformes législatives, les Principes devraient favoriser l'harmonisation progressive des solutions entre les États et pourraient ouvrir la voie à un instrument contraignant. En plus de législateurs, les Principes ont vocation à servir aux tribunaux étatiques et arbitraux, afin de donner « des lignes directrices sur la façon d'aborder les questions relatives à la validité et aux effets d'un

---

[365] A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 23.

[366] En ligne https://www.hcch.net/fr/states/hcch-members (consulté le 6 mars 2026). Le Guatemala est devenu membre de la Conférence le 4 mars 2026.

[367] Pour une appréciation critique dénonçant la conception « unitaire » de l'autonomie dans les Principes, v. P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI*, 2016, p. 409-453. L'auteur distingue trois formes d'autonomie, qui ne sont pas traités de forme expresse par les Principes : l'autonomie « restreinte » (substantielle), l'autonomie « intégrale » (de s'écarter de toute loi étatique) et l'autonomie « conflictuelle » (de choisir la loi régissant leur contrat). Pour lui, « […] il est probable que le principal apport des Principes sera de pousser, du fait de leurs imperfections, la doctrine à procéder aux éclaircissements requis. » (*Ibid*, p. 453).

V. aussi, C. Fresnedo de Aguirre, « Party Autonomy : A Blanc Cheque ? », *Revue de droit uniforme*, 2012, p. 655-679, pour qui, « Les solutions retenues dans les futurs Principes de La Haye devraient garantir que l'autonomie de la volonté ne laisse pas la porte ouverte à des abus de la part de la partie au contrat la plus puissante. » (*Ibid*, p. 679, traduction libre de l'anglais).

accord sur le choix de la loi applicable », et aux parties et à leurs conseils juridiques, donnant « des lignes directrices sur la loi ou les "règles de droit" que les parties peuvent légitimement choisir et sur les considérations et paramètres pertinents pour opérer un choix de la loi applicable »[368].

Cette influence se manifeste en Amérique latine, notamment à travers l'exemple du Paraguay, où les Principes ont été presque intégralement transposés dans la loi de 2015 relative à la loi applicable aux contrats internationaux. En outre, ils ont inspiré de nombreuses dispositions de la nouvelle loi générale uruguayenne sur le droit international privé adoptée en 2020, qui constitue la législation la plus récente en la matière dans la région. Comme l'a souligné le professeur paraguayen José Antonio Moreno Rodríguez, l'adhésion à la Conférence inclut plusieurs États membres de l'OEA, et le groupe de travail chargé de la rédaction des Principes de La Haye comprenait des représentants de cette région. Ainsi, « il est possible d'affirmer que les Principes de La Haye traduisent l'incorporation des positions de nombreux États des Amériques »[369].

Nous analyserons les solutions proposées par les Principes de La Haye et leur pertinence pour les pays d'Amérique latine dans la seconde partie de ce travail[370]. Il convient ici néanmoins de préciser que les Principes traitent uniquement du choix de la loi applicable, et ne se prononcent pas, par conséquent, sur la loi applicable en l'absence d'un tel choix. Composés d'un préambule et de douze articles, les Principes affirment le principe de l'autonomie de la volonté sous réserve d'un nombre limité d'exceptions. Ils éclaircissent en outre plusieurs points qui restent en grande partie lacunaires dans les instruments latino-américains concernant le régime de ce choix, notamment le rôle des règles de droit, la possibilité d'un choix tacite, la validité formelle du choix de la loi applicable, entre autres.

§2 — Le Guide de l'OEA sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dans les Amériques (2019)

58. L'essor de l'harmonisation par la *soft law*. Depuis la Convention de Mexico, nous avons pu observer de nouveaux développements en matière de contrats internationaux dans la région. La Convention de Mexico incita de nombreux États à moderniser leurs droits internes, afin d'adopter de nouveaux principes en matière de contrats. Puis, de nouveaux instruments ont également été adoptés à l'échelle mondiale, comme les Principes de La Haye sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, approuvés en 2015. Ces principes ont utilisé la Convention de Mexico comme source d'inspiration, mais ils

[368] HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015, Introduction.

[369] J.A. Moreno Rodríguez, « The new OAS Guide on International Contracts », *in* C. Benicke, S. Huber, H. Kronke (dir.), *National, International, Transnational*: Harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, p. 400-413, p. 401 (traduction libre de l'anglais).

[370] V. *infra*, n° 516 et s.

ont aussi introduit des solutions innovantes et intégré des développements ultérieurs qui ont ouvert la voie à la clarification de certaines questions et aux solutions proposées par la Convention de Mexico.

Plus de vingt ans s'écoulèrent depuis l'adoption de la Convention de Mexico et plusieurs questions continuaient à se poser quant à la poursuite du processus d'harmonisation de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique. L'OEA se demandait quelle serait la prochaine étape pour les Amériques à ce sujet. Divers chemins ont été envisagés : fallait-il appeler uniquement à des ratifications supplémentaires de la Convention de Mexico ? La Convention devrait-elle être clarifiée et modifiée à la lumière des nouveaux développements ? Serait-il utile d'inclure les principes directeurs et informatifs de la Convention de Mexico dans une loi type ? Toutes ces options furent examinées et un questionnaire fut élaboré et postérieurement distribué aux États membres de l'OEA et à des spécialistes reconnus du droit international privé afin de savoir quelle était la meilleure voie à suivre pour l'harmonisation du droit en cette matière[371].

Après avoir examiné, d'une part, l'histoire progressive du développement du droit international des contrats et les contributions de la Convention de Mexico dans le cadre de ce processus et, en outre, les réponses reçues des États membres et des universitaires quant à l'avenir du processus législatif régional, l'OEA élabora quelques recommandations pour discussion et examen ultérieur. Entre lesdites recommandations figurait l'encouragement des États membres de l'OEA à envisager l'adhésion ou la ratification de la Convention de Mexico. La prise en compte complémentaire des Principes de La Haye était aussi une des recommandations faites aux États, de même que des efforts éducatifs continus pour promouvoir la sensibilisation aux avantages offerts par l'adhésion à ces instruments juridiques internationaux[372].

L'idée était qu'une version révisée et améliorée de la Convention de Mexico pourrait être mieux accueillie par la communauté juridique des Amériques et corriger les points controversés. Mais, d'autre part, il a été reconnu que la négociation et l'adoption d'un tel instrument constituaient un processus très compliqué et coûteux, nécessitant une volonté politique et des ressources considérables. Dès lors, des instruments de droit, tels que les lois types ou des guides législatifs, se sont avérés plus intéressants. Il a été remarqué que, tout en étant moins coûteux et n'exigeant pas une longue procédure d'approbation comme une convention, ils pouvaient être des moyens tout aussi efficaces pour faire progresser l'harmonisation du droit international privé. En fin de compte, il fut conclu que, plutôt que de promouvoir des ratifications supplémentaires de la Convention de Mexico ou

[371] V. OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* Prepared by the Department of International Law of the Secretariat for Legal Affairs of the Organization of American States, 2019, p. 34 ; v. aussi, OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.*, p. 20 et s.

[372] V. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.*, p. 20 et s.

d'entreprendre des efforts pour la réviser, il serait beaucoup plus efficace pour les États des Amériques d'adopter ou de réviser leurs lois nationales afin qu'elles soient conformes aux lignes directrices approuvées par l'OEA, fondées sur les règles internationales et les meilleures pratiques reconnues par la Conférence de La Haye et d'autres organismes internationaux.

C'est ainsi qu'il fut finalement décidé de poursuivre les travaux avec l'élaboration d'un instrument non contraignant, un guide de *soft law* sur la loi applicable aux contrats internationaux. L'idée était de créer non seulement un guide « législatif », mais aussi un outil pouvant servir de référence à l'ensemble de la communauté juridique (juges, arbitres, parties contractantes, juristes et académiques). Le Guide se voulait avant tout un outil destiné aux législateurs désireux de moderniser leur réglementation nationale en matière de contrats internationaux. Au-delà de cette fonction première, il revêt un « objectif pédagogique » majeur, en servant également d'instrument de formation et de sensibilisation, destiné à permettre aux différents acteurs du droit international privé de mieux appréhender les enjeux liés à la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux[373]. Cette dimension pédagogique se manifeste par la volonté d'expliquer les principes fondamentaux, d'illustrer des aspects historiques et doctrinaux et de faciliter la compréhension des mécanismes juridiques en jeu. Enfin, le Guide est également appelé à constituer un outil d'interprétation pour les juges, les arbitres et les parties contractantes lorsqu'ils sont confrontés à la résolution concrète de litiges transfrontaliers. Il s'inscrit ainsi dans une conception de véritable droit « savant », telle que mise en avant par le professeur Bruno Oppetit[374].

Avec l'aide du Département de droit international de l'OEA et du professeur José Antonio Moreno Rodríguez comme rapporteur, une première version du guide a été préparée en espagnol, puis traduite en anglais. Les travaux présentés y ont été discutés, et des commentaires ont été faits sur le travail effectué. En particulier, il a été demandé que le Guide soit très explicite sur les questions qui font l'objet d'un large consensus, et sur celles pour lesquelles il existe des solutions divergentes, en définissant dans ce dernier cas des recommandations précises. Enfin, en février 2019, la deuxième version du Guide a été présentée à la session du Comité juridique interaméricain et a finalement été approuvée.

---

[373] V. J.A. Moreno Rodríguez, « La nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte I) », *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, vol. 73, n° 1, p. 187-206, p. 201-202. Selon l'auteur, le guide « poursuit, par ailleurs, un objectif pédagogique important, si l'on considère que c'est précisément l'ignorance des questions et des développements qui y sont examinés qui a empêché, par exemple, que des textes modernes tels que la Convention de Mexico soient, dans certains cas, bien accueillis et, dans d'autres, que de nombreuses questions de droit applicable soient purement et simplement écartées ou éludées dans la pratique. » (*Ibid*, p. 205, traduction libre de l'espagnol).

[374] B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *op. cit.*, p. 344, qui entend le « droit savant » comme un droit « "qui a sa source non dans des pratiques ou aspirations populaires, mais dans les travaux et réflexions d'initiés (jurisconsultes, spécialistes)", […] ou encore ce qui possède un caractère « doctrinal, théorique (œuvre de théoricien) ou "scientifique, systématique" ».

Le 21 février 2019, le Guide sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dans les Amériques fut publié (« Guide de l'OEA »)[375].

59. Le Guide approuvé. Bien que peu commenté par la doctrine[376], le Guide de l'OEA a été bien reçu par la communauté juridique américaine. Selon le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, le nouveau Guide de l'OEA offre un espoir pour le scénario actuel, souvent chaotique, du droit international des contrats dans les Amériques. Plus encore, selon lui, cet instrument, qui peut s'appliquer tant dans le contexte judiciaire qu'arbitral, « peut devenir un "cheval de Troie" qui favorise de manière exponentielle l'adoption de solutions appropriées en matière de droit uniforme, et offertes par le droit comparé »[377].

Le Guide a été également accueilli par la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa session du Conseil en mars 2019[378], et salué par l'Unidroit[379]. L'Association américaine de droit international privé (ASADIP) a aussi déclaré son soutien au Guide de l'OEA[380]. En outre, comme l'a souligné le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, le Guide a été incorporé dans des projets de réforme législative au Brésil, en Uruguay, au Guatemala et au Paraguay[381].

Ce Guide poursuit une pluralité d'objectifs. En premier lieu, il présente une déclaration actualisée du droit applicable aux contrats commerciaux internationaux dans les Amériques, se reposant sur les principes cardinaux de la Convention de Mexico tout en intégrant les évolutions les plus récentes en la matière, notamment celles consacrées par les Principes de La Haye. En deuxième lieu, il ambitionne de favoriser une compréhension approfondie de la Convention de Mexico et de dissiper les malentendus qui entourent cet instrument. En troisième lieu, le Guide accompagne les États membres de l'OEA dans leurs démarches de modernisation du droit interne relatif aux contrats commerciaux internationaux, conformément aux standards internationaux en vigueur. Enfin, il constitue un outil d'assistance destiné aux parties contractantes, à leurs conseils juridiques, ainsi qu'aux juges et arbitres, en leur fournissant des références pratiques pour la rédaction,

---

[375] J.A. Moreno Rodríguez, « La nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte I) », *op. cit.*, p. 202 et s.

[376] Pour une analyse complète du Guide de l'OEA, v., en particulier, J.A. Moreno Rodríguez, « La nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte I) », *op. cit.,* p. 187-206 ; et J.A. Moreno Rodríguez, « Miscelánea: la nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte II) », *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, vol. 73, nº 2, p. 261-283.

[377] J.A. Moreno Rodríguez, « Miscelánea: la nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte II) », *op. cit.,* p. 282-283.

[378] HCCH, *Conclusions and Recommendations*, Council on General Affairs and Policy, 5-8 mars 2019, p. 8, en ligne https://assets.hcch.net/docs/c4af61a8-d8bf-400e-9deb-afcd87ab4a56.pdf (consulté le 6 janvier 2025).

[379] UNIDROIT, Governing Council, 98 th Session, Rome, 8-10 mai 2019, Report (prepared by the Secretariat), en ligne https://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2019session/cd-98-misc02-e.pdf (consulté le 6 janvier 2025).

[380] V. J.A. Moreno Rodríguez, « La nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte I) », *op. cit.*, p. 189.

[381] *Ibidem.*

l'interprétation et le complément de la législation nationale applicable aux contrats commerciaux internationaux[382]. La première recommandation du Guide de l'OEA résume ces propos et objectifs, disposant que celui-ci a vocation à être « pris en considération par les États membres de l'OEA[383], en particulier par les législateurs lors de toute révision du régime juridique interne sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, par les organes juridictionnels dans le règlement des différends impliquant de tels contrats et par les parties contractantes et leurs conseils »[384].

Les solutions proposées par cet instrument, qui prend en compte les principaux instruments existants sur le sujet, tel que le Règlement européen Rome I, la Convention de Mexico et notamment les Principes de La Haye, seront analysées en profondeur dans la seconde partie du présent travail. Il convient néanmoins ici de formuler quelques remarques concernant sa structure et son fonctionnement.

À l'instar des instruments qui l'ont inspiré, le Guide consacre le principe de l'autonomie de la volonté comme règle cardinale en matière de détermination de la loi applicable. Toutefois, contrairement aux Principes de La Haye qui se limitent essentiellement à cette dimension volontariste, le Guide propose également un régime subsidiaire pour les situations où les parties n'ont pas exercé leur faculté de choix. Dans cette hypothèse, il préconise un rattachement flexible fondé sur la recherche des liens les plus étroits avec le contrat, s'inscrivant ainsi dans la lignée de l'approche retenue par la Convention de Mexico.

Il se divise en dix-huit parties, chacune contenant des recommandations à l'attention des États, des juges, des arbitres, ainsi que des parties contractantes et de leurs conseils. Bien que ce ne soit pas son objectif principal, le Guide suit une logique doctrinale et offre un guide des « meilleures pratiques ». Les premières parties du Guide offrent un contexte introductif sur ses objectifs, les différences entre droit international privé et droit uniforme, les avancées de ce dernier, incluant un développement sur les efforts historiques de codification en Amérique, ainsi qu'un aperçu des récentes lois de droit international privé sur le continent (parties 1 à 3). La nécessité et les avantages d'une interprétation uniforme sont consacrés à la partie 4. La partie 5 du Guide délimite son champ d'application, le restreignant aux « contrats commerciaux internationaux » et excluant une série de matières, telles que la capacité, les relations de famille et de succession, les valeurs mobilières, l'arbitrage, le droit des sociétés, l'insolvabilité, entre autres. Il aborde aussi des points lacunaires et controversés, tels que le rôle du droit non étatique (partie 6), l'autonomie de

[382] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, p. 35-36 (traduction libre de l'anglais).

[383] Tous les pays américains sont membres de l'OEA, à l'exception du Nicaragua, qui n'est plus membre depuis 2023. Pour Cuba, le 3 juin 2009, les ministres des Affaires étrangères des Amériques ont adopté la résolution AG/RES.2438 (XXXIX-O/09), annulant la résolution de 1962 qui excluait le gouvernement cubain du système interaméricain. Cf. OEA, en ligne https://www.oas.org/pt/estados_membros/default.asp (consulté le 12 mars 2025).

[384] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, p. 36 (traduction libre de l'anglais).

la volonté (partie 7), les modalités expresse et tacite du choix (partie 8), la validité formelle (partie 9), la loi applicable à l'accord de choix (partie 10), la question de la séparabilité (partie 11), ainsi que d'« autres problèmes de choix de loi dans les contrats commerciaux internationaux » (partie 12). Cette dernière inclut la possibilité de modification postérieure du choix, l'exigence de liens avec la loi choisie et la transaction, le renvoi, et la cession de créances. La partie 13 traite de l'absence de choix, la partie 14 du dépeçage, la partie 15 de l'interprétation flexible, et la partie 16 du domaine d'application de la loi du contrat. Enfin, la partie 17 aborde les normes impératives (ordre public et lois de police) et la partie 18 d'autres dispositions, telles que la prévalence d'autres accords internationaux et le cas des États dotés de plusieurs unités territoriales.

Dans chacune de ses parties, le Guide adopte une démarche assez académique. Il propose un panorama de la matière à la lumière des principaux instruments conventionnels de la région américaine, mais également des textes de portée universelle ou issus d'autres ordres juridiques (p. ex., le Règlement Rome I et les Principes de La Haye), des droits nationaux des États américains, ainsi que du domaine de l'arbitrage, tout en proposant dans chaque cas des recommandations générales adaptées au sujet traité. Comme nous le verrons dans la seconde partie de cette étude, ses recommandations s'appuient en grande partie sur les solutions issues de la Convention de Mexico et des Principes de La Haye, auxquelles il fait souvent référence expresse.

Conclusions du Chapitre

60. Comme nous l'avons constaté, le processus de codification et d'harmonisation du droit international privé en Amérique latine s'est articulé autour de deux phases distinctes. La première phase s'est caractérisée par des tentatives ambitieuses de codification générale du droit. La seconde phase, quant à elle, a privilégié une approche graduelle et sectorielle de la codification. S'agissant plus particulièrement de la loi applicable aux contrats internationaux, les efforts d'harmonisation menés sur le continent ont abouti, dans un premier temps, à l'adoption de trois instruments à vocation générale : les Traités de Montevideo de 1889 et de 1940, ainsi que le Code Bustamante de 1928. Dans un second temps, ces efforts se sont concrétisés par l'élaboration d'un instrument sectoriel consacré spécifiquement à la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux, à savoir la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, adoptée à Mexico en 1994. Enfin, bien que le projet d'un instrument contraignant à l'échelle américaine ait été progressivement délaissé en raison de l'absence de volonté politique suffisante, un nouvel élan en faveur de l'harmonisation du droit des contrats s'est manifesté à travers l'adoption d'un instrument de droit souple : le Guide de l'OEA sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, publié en 2019.

Ainsi, en ce qui concerne les sources du droit international privé régissant la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans une perspective régionale, la situation actuelle se caractérise par la configuration suivante :



Carte élaborée par l'auteure

Il convient, néanmoins, d'analyser l'impact des efforts régionalistes en Amérique latine pour l'harmonisation du droit international privé, et spécialement en matière de contrats.

CHAPITRE III — LE RÉGIONALISME LATINO-AMÉRICAIN ET L'HARMONISATION DU DROIT

61. Comme l'a souligné le professeur Louis d'Avout à l'occasion de son cours général sur la cohérence mondiale du droit à l'Académie de droit international de La Haye, « La face de notre planète n'est plus exclusivement celle d'un "pavage d'États souverains" ; elle est aussi, en surimpression, celle de communautés juridiques supra-étatiques ayant pris une

forme institutionnelle »[385]. Dans cette nouvelle vision du monde, parallèlement à la codification et l'harmonisation du droit international privé dans de *forums* intergouvernementaux, mondiaux ou régionaux, l'intégration politique et économique a également favorisé l'alignement de droits nationaux et le développement d'un « droit régional »[386]. Le professeur argentin Mario J.A. Oyarzábal a observé que le « régionalisme »[387] a parfois conduit à la création de systèmes juridiques très spécifiques. Comme il l'a expliqué, dans ces systèmes d'intégration régionale, « des règles sont développées par l'organisation régionale, des procédures juridictionnelles surveillent les actions des États, et, éventuellement […] les règles ont un impact direct sur les individus »[388].

Ces organisations, ainsi instituées et qualifiées d'« organisations régionales d'intégration économique »[389], peuvent uniformiser les pratiques gouvernementales en élaborant un corpus de règles juridiques qui seront les mêmes au sein de l'espace régional, pouvant même agir au nom des États membres dans la conclusion des conventions internationales[390]. Tant du point de vue des rapports internationaux internes à l'organisation que des rapports externes, ces organisations offrent, de ce fait, des garanties supplémentaires pour l'application homogène du droit. Le fait que l'institution soit dotée d'organes propres, exécutifs ou juridictionnels, « lui confère un dynamisme utile à l'accomplissement de ses buts, à l'application efficace des règles juridiques communes et au développement progressif de celles-ci », assurant, ainsi, une « cohérence transnationale

---

[385] L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », Cours général de droit international privé, *RCADI*, 2024, vol. 443, p. 437.

[386] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 199.

[387] Sur la distinction entre la notion d'*intégration régionale* et celle de *régionalisme*, v. M. Peña Pinon, *La fonction juridictionnelle au service de l'intégration sud-américaine* : Regards croisés sur la contribution des juges régionaux à la construction d'un espace intégré : Europe et Amérique du Sud, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Luxemburger Juristische Studien, Luxembourg Legal Studies nº 14, 1. Auflage, 2017, p. 27 et s. Selon l'auteure : « L'*intégration régionale* s'inscrit dans le cadre plus large du phénomène du *régionalisme*, entendue comme un processus d'association entre États souverains, dans le but de faire face conjointement à des problématiques communes (il s'agit souvent de surmonter les menaces ou les séquelles de conflits armés), ou d'adopter une stratégie commune autour d'un intérêt partagé (par exemple, renforcer les liens commerciaux). […] Il désigne le phénomène général d'association, sans distinction de finalité d'engagement conclu ou du degré d'interdépendance visé par les États. » (*Ibid*, p. 27-28). L'auteure propose une définition juridique de l'intégration régionale qu'elle conçoit comme « le phénomène d'association entre des États souverains, appartenant à une même région géographique, par le biais d'accords internationaux et dans le but de rapprocher progressivement leurs droits nationaux à travers un droit régional contraignant que les justiciables peuvent faire valoir devant un juge ». (*Ibid.*, p. 39-40).

[388] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 199.

[389] V. la définition conformément au Statut de la Conférence de La Haye (rédac. 2007), à savoir : « organisation internationale composée uniquement d'États souverains et qui possède des compétences transférées par ses États membres pour un éventail de questions, y compris le pouvoir de prendre des décisions engageant ses États membres sur ces questions » (article 3.9).

[390] Sur cette compétence externe des organisations de conclure des traités, v. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.,* p. 437-439 et note de bas de page n° 1150. Sur la compétence externe de l'Union européenne en matière civile et commerciale, v. M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 202.

du droit »[391]. L'Union européenne est un exemple unique, où un double objectif économique et politico-diplomatique était poursuivi[392].

Plus précisément, en ce qui concerne la loi applicable aux contrats internationaux, dans l'espace intégré européen, le sujet est harmonisé entre les pays membres de l'Union depuis le 1er avril 1991, avec l'entrée en vigueur de la Convention de Rome de 1980, remplacée en 2008, par le Règlement Rome I. En raison de son effet direct et de sa primauté, ce Règlement est devenu, ainsi, le « droit international privé commun » des contrats dans les États membres, se substituant au droit interne de ces États. De ce fait, les mêmes solutions seront appliquées pour des relations intracommunautaires ou extracommunautaires, indépendamment de la question de savoir si la loi applicable est celle d'un État membre ou d'un État tiers. On dit alors que ces instruments ont une application universelle[393].

En raison du lien étroit unissant le régionalisme, et plus spécifiquement les processus d'intégration régionale, à l'harmonisation juridique, il est apparu indispensable d'examiner la place du droit des contrats internationaux au sein des « organisations régionales » latino-américaines, afin de déterminer s'il existe déjà une harmonisation de la loi applicable à ces contrats et, le cas échéant, d'apprécier dans quelle mesure une telle harmonisation serait envisageable au sein de ces organisations[394]. Contrairement au modèle européen, les organisations latino-américaines ont suivi une évolution différente (Section 1), ce qui engendre des obstacles considérables à l'harmonisation des législations dans la région (Section 2).

---

[391] Selon le professeur Louis d'Avout : « Les organes exécutifs de l'organisation agissent aux côtés des États ou à leur place, se substituant alors à d'éventuelles défaillances. Les organes juridictionnels, lorsque l'institution en est dotée, peuvent quant à eux promouvoir l'interprétation unitaire des règles communes ; ils sont mobilisables afin de garantir la cohérence transnationale du droit (institutionnelle et/ou normative) ». Cf. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.,* p. 438-439. En ce qui concerne les organes juridictionnels ayant une compétence ordinaire d'interprétation ou de contrôle de la bonne application du droit commun de l'organisation (traité constitutif et du droit produit sur son habilitation), v. les exemples donnés par le professeur Louis d'Avout et les différences entre les juridictions de contrôle *ex post* et *ex ante*. Parmi ces organes, il cite la Cour commune de justice et d'arbitrage, organe supranational de l'espace OHADA, et sur le continent européen, la Cour de justice de l'Union européenne ou encore la Cour européenne des droits de l'homme (Conseil de l'Europe) (*Ibid.,* p. 512 et s.).

[392] V. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.,* p. 443.

[393] Pour une discussion au sein de la Convention de Rome et son caractère universel, v. H. Gaudemet-Tallon, « Quel Droit international privé pour l'Union Européenne ? », *in* P.J. Borchers, J. Zekoll (éds.), *International conflict of laws for the third millennium: essays in honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, Inc., 2001, p. 317-338, p. 333 ; v. aussi, H. Gaudemet-Tallon, « Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional : l'exemple du droit communautaire », *op. cit*., p. 124.

[394] Ici, le choix du terme « organisations régionales », entendu dans son acception la plus large, procède d'une démarche méthodologique délibérée visant à appréhender l'ensemble des dynamiques institutionnelles verticales susceptibles d'influer, directement ou indirectement, sur l'évolution du droit contractuel international dans la région. Il s'agit ainsi d'embrasser une conception extensive permettant d'inclure non seulement les organisations d'intégration économique dotées d'une structure supranationale – à l'image du modèle européen – mais également les entités d'intégration de nature intergouvernementale, ainsi que d'autres mécanismes de coopération reposant sur des engagements politiques concertés, à l'instar de l'OEA. Ces dernières, bien que dépourvues de normes contraignantes comparables à celles des organisations d'intégration classiques, n'en exercent pas moins une influence sur le processus d'harmonisation du droit international des contrats en Amérique latine.

Section 1 — Les particularités du régionalisme latino-américain

62. Comme déjà mentionné, le mouvement vers l'intégration latino-américaine est ancien et remonte à la période de décolonisation du continent[395]. Cependant, à la différence de l'Europe, la formation d'un marché commun latino-américain intégré a été freinée par divers obstacles d'ordre politique et économique, comme les disparités de développement entre les pays de la région, le faible commerce intrarégional et la dépendance économique à certains produits exportés principalement vers des pays industrialisés hors de la région[396]. Le régionalisme latino-américain a connu une évolution particulière (§1) qui lui a imprimé des traits distinctifs du modèle européen (§2).

§1 — L'évolution du régionalisme latino-américain

63. Une distinction de l'évolution du processus d'intégration latino-américain est généralement faite selon des étapes ou périodes historiques[397]. Bien que cette approche conserve un aspect davantage économique que juridique, elle est intéressante pour comprendre l'évolution et l'état actuel de l'intégration latino-américain. Cela nous aidera à saisir quelle est la place accordée au droit au sein de ces organisations et déterminer s'il existe des voies potentielles pour l'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux.

64. De l'héritage bolivarien au panaméricanisme. La première vague débuta après les guerres d'indépendance des États hispano-américains[398]. Simón Bolívar tenta de créer

---

[395] V. *supra* n° 61 et s.

[396] Cf. G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 90.

[397] Pour une étude détaillée sur les mouvements d'intégration en Amérique latine, v., en particulier, M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 67-129 ; J.A. Sanahuja, « Regionalismo e integración en América Latina: de la fractura Atlántico-Pacífico a los retos de una globalización en crisis », *Pensamiento Propio*, 2016, vol. 21, n° 44, p. 29-76 ; M. Vélez Serrano, « El vaivén del regionalismo latinoamericano: una perspectiva histórica », *Ámbito de Encuentros*, 2018, vol. 11, nº 2, p. 7-41; P. Calogero, *Derecho y integración regional: Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea,* 1re éd., Buenos Aires, Ediar, 2010 ; et M.S. Wionczek, « The rise and decline of Latin American economic integration », *Journal of Common Market Studies*, Oxford, England, 1970, vol. 9, n° 1, p. 49-66 ; G. Mace, « Regional Integration in Latin America: a long and winding road », *International Journal*, Canadian International Council, Toronto, 1988, vol. 43, n° 3, p. 404-427 ; L. Fawcett, « The Origins and Development of Regional Ideas in the Americas », *in* L. Fawcett, M. Serrano (éds.), *Regionalism and Governance in the Americas, Continental Drift*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, p. 27-67 ; T. Fischer, « Las iniciativas de integración en la segunda mitad del siglo XX », *in* A. von Bogdandy, C. Landa Arroyo, M. Morales Antoniazzi (éds.), *¿ Integración suramericana a través del Derecho ?, Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 2009, p. 3-23 ; et D.P. Fernández Arroyo, « Integración y Derecho en América Latina: Doscientos años de indiferencia mutua », *in* A. Oropeza García (Coord.), *Latinoamérica: frente al espejo de su integración 1810-202*, México, Secretaria de Relaciones Exteriores, Dirección General de Organismos y Mecanismos Regionales Americanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 247-261.

[398] V., en particulier, A. Guani, « La solidarité internationale dans l'Amérique Latine », *op. cit.*, p. 228 et s. ; J.M. Yepes, « La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé », *op.*

une confédération des États latino-américains pour préserver leur souveraineté face aux ingérences européennes[399]. Le Congrès du Panama de 1826 lança une série de réunions pour promouvoir l'unité et la collaboration entre les nations d'Amérique[400]. Bien que le projet d'unité régionale rêvé par Bolívar n'aboutît jamais[401], ces efforts marquèrent la volonté des nouveaux États de s'organiser sur des bases juridiques communes, aboutissant à plusieurs traités internationaux de caractère essentiellement publiciste[402].

65. La deuxième vague, celle du panaméricanisme[403], se fit à l'initiative des États-Unis, qui cherchaient à accroître leur influence sur le continent. Inspirée par la doctrine Monroe et les idées du libéralisme économique[404], cette période vit la tenue de la Première Conférence américaine (1889-1890) à Washington. Malgré des désaccords profonds, elle aboutit à la création du bureau commercial des Républiques américaines, qui devait devenir l'Union panaméricaine, puis, en 1948, l'OEA[405]. La première Charte de l'OEA fit expressément référence à la codification du droit international privé et créa le Conseil

cit., p. 702 et s. ; M.A. Vieira, « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *op. cit.*, p. 394 et s. ; G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 65 et s. ; et L.C. Villafañe Gomes Santos, *O Brasil entre a América e a Europa : o Império e o Interamericanismo (do Congresso do Panamá à Conferência de Washington)*, São Paulo, Editora UNESP, 2003, p. 59 et s.

[399] À ce sujet v. S. Bolívar, *Doctrina del libertador*, 3e éd., Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, 2009, p. 84 et s.

[400] Le Congrès du Panama de 1826 réunit la Grande Colombie, le Pérou, le Mexique et la Fédération centraméricaine, tandis que l'Argentine, le Chili et le Brésil refusèrent d'y participer. Il aboutit au Traité de Ligue d'Union et de Confédération perpétuelles visant la coopération, la défense collective et la protection de la souveraineté des États. Cependant, seule la Grande Colombie ratifia finalement ce traité. À ce sujet, v. A. Guani, « La solidarité internationale dans l'Amérique Latine », *op. cit.*, p. 228.

[401] Parmi les facteurs qui contribuèrent à cet échec figurent les vastes distances territoriales séparant les différentes parties du continent, le manque de communication, l'esprit d'indépendance nationale, les affrontements entre libéraux et conservateurs, l'animosité due aux conflits frontaliers et les intérêts particuliers des élites. Cf. R. Grote, « Los esfuerzos integradores en el contexto histórico suramericano », *in* A. von Bogdandy, C. Landa Arroyo, M. Morales Antoniazzi (éds.), *¿ Integración suramericana a través del Derecho ?, Un análisis interdisciplinario y multifocal,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 2009, p. 15-16.

[402] V. A. Guani, « La solidarité internationale dans l'Amérique Latine », *op. cit.*, p. 244.

[403] Le panaméricanisme émergea en 1889 lors de la Conférence internationale américaine à Washington, initiée par les États-Unis. Le terme *Pan America* se diffusa rapidement dans la presse et devint officiel en 1910 avec la création de l'Union panaméricaine, siégé à Buenos Aires. Depuis lors, cette terminologie désigne l'ensemble des manifestations politiques et juridiques du mouvement dirigé par Washington dans les Amériques. À ce sujet, v. C.A. Bermudez Torres, « Proyectos de integración en América Latina durante el siglo XX: el Mercosur y el sueño que continúa vigente », *op. cit.,* p. 355 (traduction libre de l'espagnol).

[404] Monroe, comme Bolívar, condamna l'ingérence européenne dans les anciennes colonies latino-américaines et chercha à gagner de l'influence sur les territoires au sud du continent. À ce sujet, v. A. Guani, « La solidarité internationale dans l'Amérique Latine », *op. cit.*, p. 220 et s. ; pour une analyse de la doctrine Monroe et son influence en Amérique latine, v., en particulier, D.M. Modeste, *The Monroe Doctrine in a Contemporary Perspective*, New York, NY, NY Routledge Taylor & Francis Group, Routledge Studies in the History of the Americas, 1re éd., 2020, vol. 12 ; et A. Mcpherson, A Short *History of U.S. Interventions in Latin America and the Caribbean*, Chichester, West Sussex, Wiley-Blackwell, 2016.

[405] J. M. Yepes, « Les accords régionaux et le droit international », *op. cit.*, p. 292-293.

interaméricain des jurisconsultes (devenu Comité juridique interaméricain en 1970)[406]. L'OEA apparut comme un mécanisme éminemment politique, sans véritable inclination vers l'intégration économique, sa principale contribution étant, dans le domaine des contrats internationaux, la reprise de la codification du droit international privé à travers les CIDIP. La création de l'OEA marqua un tournant dans l'évolution du mouvement panaméricain. L'ancienne situation de relative précarité et d'improvisation fut remplacée par une stabilité (au moins formelle) et, par conséquent, par la création d'un environnement plus solide et sécurisé pour la concrétisation de la codification du droit international américain[407].

66. Le régionalisme fermé (années 1950-1980) et l'émergence des organisations régionales d'intégration économique. La troisième vague, dite de « régionalisme fermé »[408], émergea en réaction à l'interventionnisme nord-américain et aux crises économiques mondiales. Inspirée par la théorie centre-périphérie et par les idées protectionnistes, elle visa un développement « vers l'intérieur »[409], en cherchant à substituer la production locale aux importations et à réduire la dépendance à l'égard des marchés des pays plus industrialisés. Cette période fut marquée par la création d'organisations régionales et sous-régionales, lesquelles cherchaient à mettre l'intégration au service de l'atténuation de la vulnérabilité externe de la région[410].

---

[406] V. l'art. 67 de la Chartre de l'OEA, signé à Bogotá le 30 avril 1948 (la Charte reformée ne fait plus mention expresse au droit international privé). Selon l'art. 67 précité : « The purpose of the Inter-American Council of Jurists is to serve as an advisory body on juridical matters ; to promote the development and codification of public and private international law ; and to study the possibility of attaining uniformity in the legislation of the various American countries, insofar as it may appear desirable ». La référence expresse au droit international privé fut justifiée selon le Comité juridique interaméricain, dans un rapport de septembre 1964, « en raison de divers événements bien connus de l'époque à laquelle la Charte a été signée, tels que : (a) la non-ratification du Code Bustamante par la totalité des pays d'Amérique ; (b) les nombreuses réserves à ce Code, dont certaines d'ordre général, formulées par plusieurs États ratificateurs ; (c) la position de certains pays d'Amérique, nettement favorable aux traités de Montevideo, en opposition au Code Bustamante ; (d) l'attitude des États-Unis d'Amérique consistant à maintenir leur propre système en matière de conflit de lois ». Cf. G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 108 (traduction libre de l'anglais).

[407] D.P. Fernández Arroyo, *op. cit.*, p. 230.

[408] V. D. Hargain, G. Mihali, *Circulación de bienes en el Mercosur*, Buenos Aires, Ed. B de F, 1998, p. 123 ; v. aussi, D. Tussie, « Latin America : Contrasting Motivations for Regional Projects », *op. cit.*, p. 173 ; Cf. A. Rocha Valencia, « América Latina y el Caribe: la dimensión política de los procesos de integración regional y subregional », *Revista de Ciencias Sociales,* Departamento de Sociología, Uruguay, 2002, p. 23-37. D'autres auteurs, comme José Briceño Ruiz, l'ont appelé « régionalisme interventionniste » ou « autonome » (*intervencionista o autonómico*), ou encore, comme Mayra Vélez Serrano « régionalisme autonome et développeur » (*autonómico y desarrollista).* Cf. J. Briceño Ruiz, « Del regionalismo abierto al regionalismo poshegemónico en América Latina », *in* W. Soto Acosta (éd.), *Política Internacional e Integración Regional Comparada en América Latina,* Universidad Nacional de Costa Rica, Una, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Flacso, 2014, p. 23-33, p. 26 ; et M. Vélez Serrano, « El vaivén del regionalismo latinoamericano: una perspectiva histórica », *op. cit.*, p. 23-24.

[409] Cf. O. Sunkel, « Del desarrollo hacia adentro al desarrollo desde dentro », *Revista Mexicana de Sociología*, Mexico, 1991, vol. 53, p. 3-42 ; v. aussi P. Riggirozzi, « Reconstructing regionalism: What does development have to do with it? », *in* P. Riggirozzi, D. Tussie (éd.), *The Rise of Post-hegemonic Regionalism: The Case of Latin America*, London, Springer, 2012, vol. 4, p. 17-39, p. 21.

[410] Influencé par l'expérience européenne et tentant de construire des blocs commerciaux fermés propices à l'industrialisation entre pays aux affinités linguistiques, culturelles et géographiques, le « régionalisme fermé » faisait partie d'un projet économique, aussi bien que du système bilatéral de la Guerre froide. V. P. Riggirozzi, « Reconstructing regionalism: What does development have to do with it? », *op. cit.*, p. 21.

Le premier grand projet moderne d'intégration latino-américaine vit le jour avec la création, en 1960, de l'*Association latino-américaine de libre-échange* (ALALE), dont l'objectif était de stimuler le développement économique par l'établissement d'un marché commun. L'Association regroupait initialement l'Argentine, le Brésil, le Chili, le Mexique, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay. La Colombie (1961), l'Équateur (1962), le Venezuela (1966) et la Bolivie (1967) rejoignirent ultérieurement le bloc[411]. Comme l'a souligné la doctrine[412], l'ALALE s'est heurtée, dès ses débuts, à d'importantes difficultés dans la réalisation de ses objectifs. Pour répondre aux exigences des nouveaux modèles d'intégration régionale, une tentative d'élargissement de son mandat initial fut entreprise. Cette initiative se concrétisa par des efforts d'unification du droit matériel dans plusieurs domaines, tels que les assurances, les brevets et marques, les différents modes de transport (routier, maritime et aérien), ainsi que l'arbitrage commercial international. Ces efforts n'ont toutefois produit que des résultats limités. Selon le professeur Parra-Aranguren, les difficultés de l'ALALE à progresser dans l'unification législative s'expliquent notamment par la faiblesse institutionnelle de ses organes, dont la nature intergouvernementale implique que leurs décisions ne deviennent contraignantes dans les pays membres qu'après ratification formelle[413].

En 1980, l'ALALE se transforma en *Association latino-américaine d'intégration* (ALADI). Outre les membres originels, Cuba et le Panama adhérèrent au bloc, conférant ainsi une dimension plus large à l'organisation (rappelons qu'auparavant, l'Association était composée exclusivement de pays sud-américains, à l'exception du Mexique). Si l'objectif de la création d'un marché commun fut maintenu, la méthode retenue pour y parvenir connut une flexibilisation significative[414]. L'idée d'imposer un programme commun à l'ensemble des États membres fut abandonnée au profit d'une approche encourageant la conclusion d'accords économiques bilatéraux ou plurilatéraux entre eux[415]. En conséquence, l'ALADI « favorise l'adoption d'accords d'intégration entre les États membres mais n'impose pas d'obligation d'avancer de manière conjointe dans cette direction »[416], en d'autres termes « elle ne dispose pas de moyens propres » pour

[411] Sur l'ALALE, v. M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 72 et s.

[412] G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 91.

[413] *Ibidem.*

[414] La nouvelle méthode était basée sur le pluralisme en matière politique et économique, la convergence progressive des actions partielles pour la création d'un marché commun latino-américain, le traitement différencié en fonction du niveau de développement des pays membres et la multiplicité des formes de concertation des instruments commerciaux. À ce sujet, v. C.A. Bermudez Torres, « Proyectos de integración en América Latina durante el siglo XX: el Mercosur y el sueño que continúa vigente », *op. cit.,* p. 370.

[415] Comme l'a noté la professeure M. Peña Pinon, l'ALADI facilite la création de zones de préférences par le biais de trois mécanismes : des *préférences tarifaires régionales*, applicables aux produits originaires des États membres et octroyées de manière réciproque ; les *accords de portée régionale*, communs à l'ensemble des États membres ; et les *accords de portée partielle*, auxquelles participent au moins deux États membres. Cette dernière catégorie comprend des accords de nature diverse dont ceux dits de *complémentarité économique* (« ACE »). Entre les accords de portée partielle inscrits au sein de l'ALADI se trouvent, par exemple, le Mercosur (ACE n° 18). À ce sujet, v. M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 77.

[416] *Ibid*, p. 78.

promouvoir l'intégration[417]. Il s'ensuit qu'elle ne possède pas davantage de prérogatives spécifiques pour progresser dans l'harmonisation du droit international privé[418].

Insatisfaits de l'échec relatif de l'ALALE, des mouvements sous-régionaux apparurent. Ces initiatives se structurèrent principalement selon des critères géographiques et de continuité territoriale : l'Organisation des États centraméricains (ODECA, 1951) et le Marché commun centraméricain (MCCA, 1960)[419] en Amérique centrale, le Groupe andin (1969, devenu la Communauté andine — CAN)[420] en Amérique andine, et la Communauté des Caraïbes (CARICOM, 1973)[421] dans la région des Caraïbes. Ces organisations poursuivirent principalement des objectifs de protection et de consolidation des marchés régionaux par la création d'unions douanières et de marchés communs, ainsi que par la mise en place de mécanismes d'harmonisation normative. Elles se caractérisèrent toutefois, en pratique, par une intégration juridique limitée et des résultats mitigés, notamment en matière de droit international privé.

67. Du régionalisme « ouvert » au régionalisme « post-libéral ». Après une crise dans les années 1980, la quatrième vague du régionalisme « ouvert » ou « néo-libéral »

---

[417] *Ibid*, p. 377.

[418] De plus, à ce jour, comme il fut remarqué par la doctrine, le rôle de cet organisme diminue face à l'émergence de nouveaux *forums* comme l'Union des nations sud-Américaines (UNASUR) et la Communauté des États latino-américains et caribéens (CELAC), que nous examinerons par la suite. *Ibid*, p. 76 et s.

[419] L'ODECA fut créée en 1951, par les gouvernements du Costa Rica, du Salvador, du Guatemala, du Honduras et du Nicaragua, pour promouvoir le développement économique et social de la région par une coopération organisée. Des accords clés, comme le Traité multilatéral sur le libre-échange, ont conduit à la création du MCCA en 1960, visant une c. Malgré les infrastructures institutionnelles mises en place, des tensions politiques et l'absence de planification économique ont entravé l'intégration complète du MCCA. Sur ce sujet, v. C.A. Bermúdez Torres, « Proyectos de integración en América Latina durante el siglo XX: el Mercosur y el sueño que continúa vigente », *op. cit.*, p. 367-368 ; et O. Dabène, « Consistency and resilience through cycles of repoliticization », *in* P. Riggirozzi, D. Tussie (éds.), *The Rise of Post-hegemonic Regionalism: The Case of Latin America*, London, Springer, 2012, vol. 4, p. 41-64, p. 47.

[420] Le Pacte andin, signé en 1969 par cinq pays sud-américains (Bolivie, Chili, Colombie, Équateur et Pérou), visait à créer une union douanière et un marché commun avec un système institutionnel ambitieux. L'accord prévoyait l'harmonisation législative pour faciliter l'intégration régionale, considérant l'unification des lois comme un moyen d'atteindre les objectifs communautaires. Cependant, le succès du groupe se tronqua : en 1973, sept ans après la création du bloc, le Venezuela le rejoignit, ce qui provoqua des disputes internes venant notamment de la Bolivie. De plus, en 1976, le Chili l'abandonna, en raison de divergences concernant les politiques régionales à caractère protectionniste du bloc. Le Venezuela fit de même en 2006. À ce sujet, v. G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 93 et s. ; et F.V. García Amador, *El ordenamiento jurídico andino*: *Uno nuevo derecho comunitario,* Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 75 et s.

[421] Le 15 décembre 1965, le CARIFTA fut fondé pour unir les économies des pays insulaires récemment indépendants. En 1973, il devint la CARICOM avec pour objectif de créer un marché commun. Le Traité de Chaguaramas, signé en 1973 et révisé en 2001, a permis l'établissement d'un marché et d'une économie uniques, intégrant progressivement de nouveaux membres. À ce jour, la CARICOM rassemble les États suivants : Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Bélize, Dominique, Grenade, Guyana, Haïti, Jamaïque, Montserrat, Sainte-Lucie, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Suriname et Trinité-et-Tobago. En 1989, les chefs de gouvernement de la CARICOM décidèrent de transformer le marché commun dans le *Marché et l'économie uniques des Caraïbes* (CSME, pour l'acronyme en anglais) pour faciliter la libre circulation des services, capitaux, technologie et professionnels qualifiés. À ce sujet, v. R.L. Abbott, « The Caribbean Free Trade Association », *University of Miami Inter-American Law Rev*iew, 1969, p. 1-20 ; D. Hargain, G. Mihali, *op. cit.*, p. 122-123 ; F. Knight, A. Payne, P. Sutton, « Charting Caribbean Development », *Journal of Latin American Studies*, Gainesville, 2001, vol. 35, n° 2, p. 413-414.

apparut avec la fin de la Guerre froide. Les réformes néo-libérales et la transition démocratique relancèrent le processus d'intégration avec une stratégie de développement « depuis l'intérieur »[422]. Cette approche se caractérisa par une ouverture accrue des marchés et une libéralisation progressive des échanges commerciaux[423]. Les blocs existants furent réformés[424] : le Groupe andin devint la CAN (1996), l'ODECA se transforma en Système d'intégration centraméricain (SICA) et la CARICOM tenta de créer un marché unique. En Amérique du Sud, le Mercosur fut créé en 1991 par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, rejoints plus tard par le Venezuela (en 2006, suspendu en 2017) et la Bolivie (devenue membre en 2024, suite à un protocole d'adhésion signé en 2015).

68. La cinquième vague, dite « post-libérale » ou « post-hégémonique », émergea en réaction au néo-libéralisme et marque la fin de l'hégémonie des États-Unis et son impact sur la construction du régionalisme latino-américain[425]. Elle se caractérise par une vision défensive de la souveraineté nationale et la recherche d'autonomie vis-à-vis du marché. Deux mouvements antagonistes apparurent : du côté atlantique, l'Alliance bolivarienne (ALBA-TCP, 2004)[426] et l'Union des nations sud-américaines (UNASUR, 2008)[427], basées

---

[422] À ce sujet, v., A. Rocha Valencia, « La dimensión político-institucional de los procesos de integración de América Latina (2000–2016) », *Anuario Latinoamericano — Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, 2019, vol. 7, p. 17-74, p. 25. V. aussi, J.A. Sanahuja, « Regionalismo e integración en América Latina: de la fractura Atlántico-Pacífico a los retos de una globalización en crisis », *op. cit.*, p. 35-40 ; et M. Vélez Serrano, « El vaivén del regionalismo latinoamericano: Una perspectiva histórica », *op. cit.,* p. 24-29 ;

[423] V. CEPAL, *El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe* : la integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1994, p. 13-14.

[424] À ce sujet, v., en particulier, F.V. García Amador, *El ordenamiento jurídico andino*, *op. cit.*, p. 75 et s. ; O. Dabène, « Consistency and resilience through cycles of repoliticization », *op. cit.,* p. 48 et s., et G. Mace, « Regional Integration in Latin America: a long and winding road », *op. cit.*, p. 50 et s.

[425] Certains auteurs utilisent encore les termes « régionalisme stratégique » (Aponte García) ou « régionalisme pos-commercial » (D. Tussie, P. Trucco, *Nación y región en América del Sur: los actores nacionales y la economía política de la integración sudamericana*, Editorial Teseo, 2010, p. 1-596). En outre, Briceño Ruiz soutient que la définition de « régionalisme pos-libéral », adoptée par certains auteurs tels que Sanahuja est problématique. Il soutient l'adoption du terme « pos-hégémonique », adopté par P. Riggirozzi et D. Tussie (J. Briceño Ruiz, « Del regionalismo abierto al regionalismo poshegemónico en América Latina », *op. cit.,* p. 29-31). V., aussi, P. Birle, « Cooperación e integración regional en América Latina: entre la globalización y la regionalización », *in* A. Serbin (dir.), *América Latina y el Caribe frente a un nuevo orden mundial: poder, globalización y respuestas regionales*, Barcelona, Icaria Editorial, Ediciones CRIES, 2018, p. 253 ; M. Vélez Serrano, « El vaivén del regionalismo latinoamericano: una perspectiva histórica », *op. cit.,* p. 28-29 ; P. Riggirozzi, « Reconstructing regionalism: What does development have to do with it? », *op. cit.,* p. 24 ; et J. Briceño Ruiz, « Del regionalismo abierto al regionalismo poshegemónico en América Latina », *op. cit.,* p. 31.

[426] L'ALBA, créée en 2004 par le Venezuela et Cuba, visait à promouvoir la coopération et la solidarité plutôt que la libéralisation commerciale. Malgré l'adhésion de nombreux pays caribéens et latino-américains (Bolivie, Nicaragua, Dominique, Honduras, Équateur, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Antigua-et-Barbuda, Sainte-Lucie, Saint-Christophe-et-Niévès, et Grenade), et des principes prometteurs, l'alliance fait face à de graves difficultés économiques et institutionnelles, principalement dues aux problèmes politiques du Venezuela et aux disparités entre membres. Ces problématiques ont conduit au retrait du Honduras (2010), de l'Équateur (2018) et de la Bolivie (2019). Sur le projet de l'ALBA, v., en particulier, M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 107 et s. ; L.F. Trejos Rosero, M.J. Pelaez Blandon, « Alianza Bolivariana par los Pueblos de Nuestra América: Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP) un nuevo modelo de integración regional », *Justicia*, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, 2014, vol. 26, p. 26-43.

[427] L'UNASUR, créée en 2004 sous le nom de *Communauté sud-américaine des Nations* puis renommée en 2007, visait initialement à former un espace d'intégration supranational en Amérique du Sud. Elle était composée lors de

sur la coopération « Sud-Sud » ; et, du côté pacifique, l'Alliance du pacifique[428], tournée vers une intégration « Sud-Nord ». À ces dernières s'ajouta la Communauté des États latino-américains et caribéens (CELAC, 2010), mécanisme de coordination régionale sans personnalité juridique, fonctionnant comme un *forum* de discussion plutôt qu'une véritable organisation d'intégration économique[429].

§2 — Caractéristiques du régionalisme en Amérique latine

69. Dans la perspective de cette recherche, trois caractéristiques marquantes du processus régionaliste latino-américain méritent d'être soulignées. Il a débuté par une proposition d'articulation des anciennes colonies ibéro-américaines ayant un objectif purement publiciste. Il est passé d'un vaste projet panaméricain à l'échelle continentale à des projets spécifiquement latino-américains, puis à une fragmentation sous-régionale. De ces trois siècles de régionalisme, trois caractéristiques marquantes se dégagent :

(i) la divergence entre les idées « panaméricanistes » et « latino-américanistes » ;
(ii) la fragmentation sous-régionale ;
(iii) l'absence de supranationalité due au refus de transfert de souveraineté ;
(iv) le faible degré d'intégration normative ; et
(v) l'absence d'intérêt pour l'harmonisation du droit international privé.

70. La fragmentation sous-régionale : entre les idées « latino-américanistes » et « panaméricanistes ». Le régionalisme latino-américain fut toujours marqué par une disparité. D'un côté, entre les idées panaméricanistes, d'union continentale, avec l'influence des États-Unis ; et, de l'autre, une idée opposée d'une union purement latino-américaine, en excluant les pays anglo-saxons du continent. Ces derniers, représentés par les États-Unis et le Canada, présentent une économie développée, en contradiction avec le reste du continent, marqué par des économies en développement, voire sous-développées. Ces deux mouvements ont été plus ou moins importants selon la période, et ont alterné au

---

sa création des douze États d'Amérique du Sud : l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, la Colombie, le Chili, l'Équateur, la Guyana, le Paraguay, le Pérou, le Suriname, l'Uruguay et le Venezuela. Cependant, des divergences entre États membres ont conduit à une crise institutionnelle majeure entre 2019 et 2023, avec le départ de plusieurs pays. Depuis 2023, l'Argentine et le Brésil ont réintégré l'organisation. Sur l'histoire de l'UNASUR et ses objectifs, v., en particulier, M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 105 et s. ; et J.A. Sanahuja, « Regionalismo e integración en América Latina: de la fractura Atlántico-Pacífico a los retos de una globalización en crisis », *op. cit.,* p. 42 et s.

[428] L'Alliance du pacifique a commencé comme une initiative économique et de développement des quatre pays d'Amérique latine mentionnés (le Chili, la Colombie, le Mexique et le Pérou) en 2011. De nature principalement économique et commerciale, elle s'est concentrée sur la création d'une zone d'intégration ayant comme objectif la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes. Elle partage avec d'autres groupes régionaux latino-américains, la préférence pour de faibles niveaux d'institutionnalisation et une conception clairement intergouvernementale. Sur ce sujet, v., en particulier, P. Birle, « Cooperación e integración regional en América Latina: entre la globalización y la regionalización », *op. cit.*, p. 256 ; J.A. Sanahuja, « Regionalismo e integración en América Latina: de la fractura Atlántico-Pacífico a los retos de una globalización en crisis », *op. cit.,* p. 48.

[429] Traduction cf. M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 113.

fil des mouvements. Parfois, ils ont même coexisté dans une même vague du régionalisme latino-américain.

71. Le régionalisme en Amérique fut marqué par une fragmentation, c'est-à-dire par une « sous-régionalisation ». Le continent américain est, ainsi, divisé en plusieurs blocs et organisations de nature diverse, juxtaposés et parfois superposés. À l'heure actuelle, de multiples organisations coexistent et se chevauchent, avec des champs d'application géographiques et culturels différents (ibéro-américain, latino-américain, nord-américain, caribéen, centraméricain, andin, sud-américain, transpacifique, etc.), qui se sont traduits par divers schémas de collaboration, allant de simples *forums* de coordination politique à des marchés communs, en passant par des zones de libre-échange et des unions douanières[430].

À ce jour, les organisations suivantes partagent le continent américain (voir cartes ci-après) :

(i) Des organisations à caractère *continental*, comme l'OEA, englobant tout le continent américain ;
(ii) Des initiatives à caractère *régional*, telles que l'ALADI et la CELAC, englobant la majorité des pays latino-américains et caribéens ; et
(iii) Des organisations d'intégration *sous-régionales*, caractérisées par des critères géographiques, politiques et idéologiques distincts, parmi lesquelles figurent notamment :

i. en Amérique centrale, le SICA ;
ii. dans les Caraïbes, la CARICOM ;
iii. en Amérique andine, la CAN ;
iv. au Cône sud, le Mercosur ;
v. du côté pacifique, l'AP ; et

[430] J.P. Pampillo Baliño, « El derecho de la integración americana », *in* J.P. Pampillo Baliño, A.O. Damián Martín, S. Botero Gómez (coord.), *La Familia Jurídica Iberoamericana*, México, Editorial Porrúa, 2016, p. 317-335, p. 328.

(iv) Des mouvements à fort caractère politique, comme l'Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique — ALBA-TCP et l'UNASUR.



Carte élaborée par l'auteure



Carte élaborée par l'auteure

Ce *puzzle* évoque quelques particularités pour l'intégration latino-américaine. Par exemple, l'ALADI, malgré sa relative inactivité, unifie les États latino-américains de l'Amérique du Sud, ainsi que Cuba, le Panama et le Mexique. La CELAC, de la même façon, inclut les États latino-américains de l'Amérique du Sud, ainsi que ceux de l'Amérique Centrale et des Caraïbes, et le Mexique. Mais d'un autre côté, nous avons des États qui ne sont liés à aucune des organisations d'intégration sous-régionales, comme Cuba, et d'autres, qui font partie de plus d'une, comme la Bolivie (membre de la CAN et du Mercosur), la Colombie et le Pérou (membres de la CAN, de l'AP et associés au Mercosur), ainsi que le Chili (membre de l'Alliance du pacifique et associé au Mercosur).

72. L'absence de supranationalité due au refus de transfert de souveraineté. Le régionalisme latino-américain a toujours été marqué par une très grande difficulté pour les

États de transférer leurs pouvoirs et prérogatives à un organe supranational[431]. Ils partagent une nette préférence pour l'intergouvernementalisme et les faibles niveaux d'institutionnalisation, ainsi que pour la préservation de la souveraineté et de l'autonomie en la sphère nationale. Comme l'explique Mme Mariana Peña Pinon, « l'une des caractéristiques principales de l'intergouvernementalisme est la mise en place d'un système garantissant les intérêts individuels des États membres de manière à ce qu'aucune mesure ne puisse leur être imposée sans leur accord préalable »[432]. Les organes décisionnels de ces organisations d'intégration sont ainsi « composés de représentants des États, et les décisions qu'ils peuvent adopter nécessitent sinon l'unanimité, du moins un consensus, entendu comme absence d'opposition »[433]. La plupart des organisations d'intégration latino-américaines fonctionnant selon la logique intergouvernementale, bien que certaines, comme la CAN et, dans une certaine mesure, le Mercosur, fonctionnent également selon des principes de supranationalité[434].

Comme la doctrine l'a souligné, la place privilégiée donnée à la souveraineté nationale pour les États latino-américains est un élément important pour expliquer les difficultés que l'Amérique latine rencontre pour créer des institutions régionales fortes et durables[435]. Pour le professeur Peter Birle, cette caractéristique du régionalisme latino-américain est associée à l'héritage colonial de la région : en raison de l'expérience historique des pays d'Amérique latine, le régionalisme latino-américain visait le développement et

---

[431] Ces préférences se justifient, d'après le professeur Sanahuja, par le fort poids du nationalisme dans la culture politique de la région, sa tradition de « multilatéralisme défensif », la combinaison de la « diplomatie présidentielle » ou de « l'inter-présidentialisme » comme processus décisionnel et l'absence de dispositions légales dans l'ordre interne pour la transposition des normes communes. À ce sujet, v., en particulier, J.A. Sanahuja, « Regionalismo e integración en América Latina: de la fractura Atlántico-Pacífico a los retos de una globalización en crisis », *op. cit.*, p. 38 ; O. Dabène, « Consistency and resilience through cycles of repoliticization », *op. cit.,* p. 56 ; et L. Ruano, « The European Union and Regional Integration in the Americas », *in* L. Fawcett, M. Serrano (éds.), *Regionalism and Governance in the Americas, Continental Drift*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, p. 52-67, p. 52-53.

[432] M. Peña Pinon, *op. cit.,* p. 349.

[433] *Ibidem.*

[434] Pour une analyse des structures institutionnelles des organisations sud-américaines, v. M. Peña Pinon, *op. cit.,* p. 348 et s. L'auteure cite l'exemple de la CAN et de ses organes supranationaux (comme le Tribunal de justice, la Commission de la Communauté andine et le Secrétariat général), mais elle rappelle que la structure institutionnelle de cette organisation fait l'objet d'un processus de « rénovation » tendant à une réduction des compétences. En outre, elle mentionne la voie entamée par le Mercosur, qui, selon elle, peut être qualifiée de « supranationalité atténuée » ou encore « d'intergouvernementalisme en voie de dépassement » en raison de l'instauration du Tribunal Permanent de Révision, lequel décide à la majorité des actes contraignants pour les États et dont les arbitres ne représentent pas les gouvernements nationaux, même si le Mercosur adopte formellement un système de caractère intergouvernemental. Il convient de rappeler que les organes décisionnels du Mercosur (à savoir le Conseil du Marché Commun, le Groupe Marché Commun et la Commission de Commerce) sont constitués de représentants nationaux et prennent des décisions par consensus, avec la participation de tous les États membres (v. *Ibid*, p. 351-353).

[435] Selon le professeur Birle, les États sont réticents à renoncer à une part de leurs droits souverains nationaux afin de permettre la création d'organisations régionales fortes, dont le pouvoir et les possibilités d'influence dans le système international sont supérieurs à la somme des pouvoirs des États individuels. Cf. P. Birle, « El 'Triángulo Atlántico' en tiempos de Trump: Perspectivas de las relaciones birregionales entre la Unión Europea y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños », *in* A. Serbin (dir.), *América Latina y el Caribe: una compleja transición,* Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Caribe, 14e éd., Buenos Aires, Ediciones CRIES, 2017, p. 9-32, p. 19.

l'autonomie face aux acteurs extérieurs, contrairement à l'intégration européenne qui cherchait à prévenir les guerres par la limitation de la souveraineté nationale[436].

Cependant, comme l'a noté Mme Mariana Peña Pinon, bien que la supranationalité favorise l'approfondissement de l'intégration, cela ne signifie pas que les organisations dotées d'institutions supranationales assurent nécessairement un degré d'intégration normative supérieur à celles ayant exclusivement des organes intergouvernementaux. Elle cite trois arguments pour justifier son raisonnement. Elle note que, en premier lieu, rien n'empêche des organes intergouvernementaux, composés de représentants des États et décidant par consensus, d'adopter des actes contraignants. En outre, elle mentionne que l'existence d'organes supranationaux n'exclut pas la possibilité de recourir à des procédures d'adoption d'actes contraignants par des organes intergouvernementaux. De plus, elle cite que la pratique démontre que l'existence de ce type d'institution ne garantit pas un degré élevé d'intégration, comme c'est le cas de la CAN, en Amérique andine[437].

Section 2 — La place de l'harmonisation du droit des contrats dans les organisations régionales

73. L'harmonisation du droit au sein des organisations régionales latino-américaines présente un double visage. D'une part, force est de constater que le degré d'intégration normative demeure relativement faible dans cet espace géographique, témoignant des difficultés inhérentes à la convergence des systèmes juridiques nationaux (§1). D'autre part, malgré ces obstacles, certaines initiatives d'harmonisation du droit international privé ont néanmoins vu le jour au sein de ces organisations, manifestant une volonté timide de coordination juridique régionale (§2).

§1 — Le faible degré d'intégration normative

74. D'un point de vue normatif, les organisations régionales latino-américaines présentent un faible degré d'intégration. Comme l'a affirmé Mme Mariana Peña Pinon, cette affirmation repose sur deux constats : « d'abord, les organisations créées échouent dans l'adoption d'un droit commun pour réaliser les objectifs économiques et, ensuite,

[436] « Si l'expérience de deux guerres mondiales en Europe a renforcé l'idée selon laquelle la restriction de la souveraineté absolue des États-nations est utile pour garantir la paix, l'expérience historique des pays d'Amérique latine a été différente. Même après la fin de la domination coloniale dans le premier tiers du XIX[e] siècle, la plupart des pays d'Amérique latine ont subi des menaces récurrentes à leur souveraineté nationale de la part d'acteurs extérieurs. Alors que la limitation de la souveraineté nationale dans le cadre du processus d'intégration européenne a été conçue comme un outil pour empêcher de nouvelles guerres en Europe, les motifs fondamentaux du régionalisme latino-américain étaient et sont autres : ils sont particulièrement liés aux objectifs de développement et de garantie d'autonomie et d'indépendance face aux acteurs extrarégionaux ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[437] M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 117 et s.

elles se sont éloignées du but de rechercher un rapprochement des droits nationaux à travers un droit régional contraignant »[438].

Cela résulte des divergences idéologiques, de l'existence d'une multiplicité d'organisations aux formes variées et du manque général d'effet contraignant des actes juridiques émanant de ces institutions[439]. De surcroît, les experts en politique régionale relèvent une autre difficulté pour l'intégration : l'efficacité limitée des règles et réglementations régionales sur le comportement des États et des gouvernements. Comme il a été noté, la tolérance pour le non-respect des accords multilatéraux est élevée et la tendance à ne pas transférer les normes convenues dans la législation nationale est répandue[440]. Cela pose naturellement une difficulté pour l'harmonisation juridique à travers les organisations d'intégration dans la région latino-américaine.

75. Absence d'intérêt pour l'harmonisation du droit international privé. Comme l'a démontré Mme Peña Pinon, de façon générale, le droit occupe une place modeste dans les organisations régionales d'intégration économique latino-américains[441]. Avec de rares exceptions, qui seront analysées par la suite[442], ces organisations n'ont pas manifesté un grand intérêt pour l'harmonisation du droit international privé.

Bien que certaines aient inclus expressément l'objectif d'approximation législative dans leurs traités constitutifs, comme c'est le cas du Mercosur et de la CAN[443], la plupart se sont concentrées sur des aspects d'approximation purement économiques. En réalité, ces organisations n'ont jamais été conçues, dès leur origine, comme des instruments destinés à favoriser le rapprochement juridique entre les États membres. Elles ont été envisagées principalement comme des initiatives d'intégration économique ou des *forums* politiques, se concentrant sur la facilitation des échanges commerciaux et l'approximation des politiques, sans aborder les dimensions juridiques nécessaires à une intégration plus complète et harmonieuse. Par conséquent, peu d'attention a été portée au droit international privé et aucun instrument visant à harmoniser la loi applicable aux contrats internationaux n'a été envisagé au sein de ces organisations, à l'exception notable du Mercosur, que nous aborderons par la suite.

Dans le cadre de la présente recherche, trois de ces institutions méritent une attention particulière en raison des spécificités de leur droit régional. Ces dernières incluent

---

[438] *Ibid*, p. 215.

[439] *Ibid*, p. 212-213.

[440] P. Birle, « Cooperación e integración regional en América Latina: entre la globalización y la regionalización », *op. cit.*, p. 259.

[441] V. M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 343 et s.

[442] V. *infra* n° 79 et s.

[443] L'article 1er du Traité constitutif du Mercosur établit le « compromis des États parties d'harmoniser leurs législations afin de parvenir au renforcement du processus d'intégration ». Et l'article 43 de l'Accord de Carthagène établit, parmi les fonctions du Parlement andin, celle de « promouvoir l'harmonisation des législations des pays membres ».

expressément l'harmonisation du droit des États membres dans leurs objectifs et prérogatives : la CAN, le Mercosur et la CARICOM.

76. Objectifs explicites d'harmonisation du droit. Au sein de la CAN, l'article 43 de l'Accord de Carthagène établit, parmi les fonctions du Parlement andin, celle de « promouvoir l'harmonisation des législations des pays membres »[444]. Cette fonction est précisée par l'article 13, c, du Traité constitutif du Parlement andin, selon lequel cet organe est chargé de « proposer des initiatives et des suggestions qui contribuent au rapprochement des législations des Parties contractantes »[445]. Il convient de noter, cependant, que malgré cette compétence du Parlement andin, sa capacité législative reste limitée : il ne peut pas directement élaborer des actes visant à l'harmonisation du droit, mais seulement formuler des recommandations en ce sens à d'autres organes du système andin[446].

De même, au sein du Mercosur, un accent est mis sur l'harmonisation du droit. Selon l'article 1 du Traité constitutif du Mercosur, les États parties se sont engagés à « harmoniser leurs législations, afin de parvenir au renforcement du processus d'intégration »[447]. De façon similaire au Parlement andin, le Traité constitutif du Parlement du Mercosur inclut entre ses compétences « l'élaboration des études et des avant-projets de normes nationales, orientés vers l'harmonisation des législations nationales des États parties, qui seront communiqués aux parlements nationaux en vue de leur éventuelle considération » (art. 14.4)[448]. Ainsi, la compétence du Parlement du Mercosur est plus précise et étendue que celle de son homologue andin, bien qu'elle reste également limitée. Il peut directement élaborer des avant-projets visant à l'harmonisation du droit, mais doit les communiquer à chaque État pour qu'ils soient approuvés en tant que lois internes.

Enfin, le Traité révisé de Chaguaramas établissant la CARICOM incluant le Marché unique et l'économie fait également mention de l'harmonisation du droit (même si cela n'est pas dans la liste de ses objectifs — voir art. 6 du Traité)[449]. L'article 19 sur la composition et la fonction des organes de la Communauté charge le Comité des affaires juridiques de « fournir aux organes, soit sur demande, soit de sa propre initiative, des avis sur les traités,

---

[444] Accord d'intégration sous-régionale andine (Accord de Carthagène), conclu par les gouvernements de la Bolivie, de la Colombie, de l'Équateur, du Pérou et du Venezuela le 26 mai 1969 (traduction libre de l'espagnol).

[445] Traité constitutif du Parlement andin, conclu le 11 août 1979 (traduction libre de l'espagnol).

[446] V. à ce sujet, C. Blanco-Alvarado, « La armonización legislativa como instrumento de solución de conflictos en la Comunidad Andina », *Prolegómenos*, 2021, vol. 24, nº 47, p. 133-145 ; et C. Blanco-Alvarado, « Armonización legislativa en la Comunidad Andina respecto a la contratación estatal: Perspectiva desde Colombia », *Revista Científica General José María Córdova*, 2022, vol. 20, nº 37, p. 227-241, p. 236.

[447] MERCOSUR, Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Federativa Argentina, la República Federativa del Brasil, la Republica del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (traduction libre de l'espagnol).

[448] MERCOSUL/CMC/DEC Nº 23/05, Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, 9 décembre 2005 (traduction libre du portugais).

[449] Traité révisé de Chaguaramas établissant la communauté des Caraïbes incluant le marché unique et l'économie de la CARICOM, Bahamas, 5 juillet 2001.

les questions juridiques internationales, *l'harmonisation des législations de la Communauté* et d'autres questions juridiques »[450]. En outre, l'article 74.2 du même traité impose aux États membres l'obligation d'harmoniser leurs législations en différents domaines, y compris l'arbitrage commercial[451].

77. Effet contraignant de normes. En plus des compétences auxiliaires des parlements respectifs, les organes directeurs de ces organisations d'intégration peuvent adopter des normes ayant un effet contraignant pour les États membres. Sans analyser en détail le processus législatif propre à chacune de ces organisations et leur compétence pour harmoniser le droit international privé[452], il est pertinent de formuler quelques observations générales sur les normes de droit dérivé et leurs effets dans ces systèmes d'intégration.

La CAN présente des caractéristiques uniques dans la région en ce qui concerne les normes de droit dérivé et ses effets, semblable à celles des actes du droit communautaire européen. En fait, les décisions du Conseil andin des ministres des Affaires étrangères et de la Commission de la Communauté andine, aussi bien que les résolutions du Secrétariat général, sont *directement* applicables dès leur publication (voir article 3 du Traité de création de la Cour andine). De ce fait, le Tribunal de justice de la CAN reconnaît l'existence d'un « droit communautaire andin », ayant un effet direct et une primauté sur les ordres juridiques internes[453].

Diversement, au Mercosur, l'article 42 du Protocole additionnel au Traité d'Asunción sur la structure institutionnelle du Mercosur du 17 décembre 1994 (Protocole d'Ouro Preto) précise que les règles émises par les organes dotés d'un pouvoir décisionnel (à savoir le Conseil du marché commun, le Groupe du marché commun et la Commission commerciale)[454] « ont force obligatoire et devront, *le cas échéant*, être incorporées aux

---

[450] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais. Italiques de l'auteur).

[451] « Article 74.2 — Les États membres doivent harmoniser leurs législations et leurs pratiques administratives en ce qui concerne, entre autres : (a) les sociétés ou autres entités juridiques ; (b) les droits de propriété intellectuelle ; (c) les normes et réglementations techniques ; (d) l'étiquetage des denrées alimentaires et des médicaments ; (e) les mesures sanitaires et phytosanitaires ; (f) la politique de concurrence ; (g) le dumping ; (h) les subventions et les mesures compensatoires ; et ; (i) l'arbitrage commercial ». *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[452] Ce sujet n'a pas reçu beaucoup d'attention de la part de la doctrine. Mais, de manière générale (sans se focaliser sur le droit international privé), nous pouvons mentionner le travail de Mme Peña Pinon, qui a analysé les procédures d'adoption des normes de droit dérivé au sein de la CAN, du Mercosur et d'autres organisations régionales sud-américaines. Il est intéressant de noter que la professeure argentine mentionne que, en règle générale, les organisations sud-américaines (exception faite à la CAN), prévoient l'adoption de normes de droit dérivé par consensus, en présence de toutes les parties, ce qui signifie que tous les États ont un droit de veto empêchant l'adoption d'un acte. À ce sujet, v. M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 367 et s.

[453] À ce sujet, v., en particulier, M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 376-377 ; A. Fuentes Hernández, A. Alegrett Salazar, « Comunidad Andina: bases jurídico-institucionales y funcionamiento de su sistema de cumplimiento de compromisos », *in* A. von Bogdandy, C. Landa Arroyo, M. Morales Antoniazzi (éds.), *¿ Integración suramericana a través del Derecho ?, Un análisis interdisciplinario y multifocal,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 2009, p. 359-396, p. 369.

[454] L'article 41 du Protocole d'Ouro Preto liste les sources de droit du Mercosur, à savoir : « (i) le Traité d'Asunción, ses protocoles et les instruments additionnels ou complémentaires ; (ii) les accords exécutés dans le

ordres juridiques nationaux selon les procédures prévues par la législation de chaque pays »[455]. Bien que la force obligatoire de ces actes soit expressément mentionnée, l'expression « le cas échéant » est ambiguë et pose des problèmes quant à une véritable possibilité d'application directe et immédiate des normes *mercosuriennes*[456].

Comme l'explique Mme Mariana Peña Pinon, le système d'entrée en vigueur des normes du Mercosur repose généralement sur une méthode d'« incorporation simultanée »[457]. Cela veut dire que chaque État doit *incorporer* l'acte du Mercosur et notifier ensuite la transposition au Secrétariat du Mercosur (voir l'art. 40 du Protocole d'Ouro Preto)[458]. Enfin, comme Mme Pinon le précise, bien que la primauté du droit du Mercosur soit affirmée par le Tribunal permanent de révision, elle est reconnue seulement à partir du moment de son incorporation ou internalisation par chaque État membre[459].

78. Interprétation du « droit régional ». Ces organisations latino-américaines ont par ailleurs institué des organes permanents de règlement des différends, investis de la compétence d'interpréter le droit régional, quoique ces mécanismes revêtent des configurations distinctes et que le degré d'harmonisation normative demeure circonscrit.

La CAN dispose du système juridictionnel le plus développé de la région, avec un Tribunal de justice dont les compétences sont comparables à celles de la CJUE. Ce tribunal peut rendre des interprétations préjudicielles à la demande des juridictions nationales et possède également une compétence arbitrale pour les contrats de droit privé. Toutefois, malgré l'efficacité théorique de ce mécanisme pour assurer l'uniformité du droit andin, son utilisation reste limitée en pratique, sauf en matière de propriété intellectuelle[460].

---

cadre du traité d'Asunción et de ses protocoles ; (iii) les décisions du Conseil du Marché commun, les résolutions du Groupe du marché commun et les directives de la Commission de commerce du Mercosur, adoptées depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Asunción ». Cf. Mercosur, Protocole additionnel au Traité d'Asunción sur la structure institutionnelle du Mercosur, signé à Ouro Preto, Brésil, le 17 décembre 1994, en ligne https://www.Mercosur.int/documento/protocolo-de-ouro-preto-adicional-ao-tratado-de-assuncao-sobre-a-estrutura-institucional-do-mercosul/ (Consulté le 2 janvier 2025. Traduction libre du portugais).

[455] *Ibidem.*

[456] À ce sujet, v. M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 380.

[457] M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 380.

[458] En outre, l'auteure note que cet article a été interprété par la jurisprudence comme une impossibilité d'invoquer un acte de droit dérivé du Mercosur qui n'a pas été incorporé en droit interne par un État. V. les sentences arbitrales mentionnées par M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 381. Sur l'applicabilité du droit dérivé au sein du Mercosur, v. aussi, P. Borba Casella, « Direito do MERCOSUL e certeza jurídica » *in* J. Kleinheisterkamp, G.A. Lorenzo Idiarte (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 428 et s., selon lequel l'application directe du droit dérivé mercosurien pourrait avoir une application directe au Brésil, dès qu'il concerne des normes relatives aux droits de l'homme. Pour une réflexion sur la hiérarchie du droit mercosurien dans le droit des États membres, v. J.A. Toniollo, « Reflexiones acerca del Derecho internacional privado latinoamericano: especial referencia al ámbito del MERCOSUR » *in* J. Kleinheisterkamp, G.A. Lorenzo Idiarte (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 446 et s.

[459] M. Peña Pinon, *op. cit.*, p. 383.

[460] *Ibid*, p. 384 et s.

Différemment, le Mercosur a adopté un système qualifié d'« hybride » avec son Tribunal permanent de révision, créé en 2002 et opérationnel depuis 2004[461]. Ce tribunal règle les différends entre États concernant l'interprétation et l'application du droit mercosurien, soit directement, soit en révision de sentences arbitrales *ad hoc*. Il peut également émettre des opinions consultatives non contraignantes[462]. Cependant, ces mécanismes sont peu utilisés en raison de la complexité procédurale et de l'absence de dialogue direct entre les juridictions nationales et le Tribunal[463].

La CARICOM dispose quant à elle de la Cour de justice des Caraïbes, créée en 2001, institution hybride fonctionnant à la fois comme tribunal de dernier recours et comme tribunal international chargé d'interpréter le Traité révisé de Chaguaramas[464]. En outre, l'article 19 du Traité révisé de Chaguaramas charge le Comité des affaires juridiques de fournir aux organes, soit sur demande, soit de sa propre initiative, des avis sur les traités, les questions juridiques internationales, l'harmonisation des législations de la Communauté et d'autres questions juridiques.

§2 — Les initiatives d'harmonisation du droit international privé au sein des organisations régionales

79. Malgré la structure institutionnelle de la CAN, du Mercosur et de la CARICOM, qui favorise l'harmonisation du droit, peu d'efforts ont été entrepris au sein de ces organisations pour harmoniser le droit international privé, notamment en ce qui concerne la réglementation de la loi applicable aux contrats internationaux.

En ce qui concerne l'activité de la CAN, comme l'a noté la doctrine[465], la compétence du Parlement andin n'a pas connu de développement normatif, et, à notre connaissance, aucune proposition n'a été faite en matière de loi applicable aux contrats internationaux. En outre, à ce jour, il n'existe pas de décisions ou de résolutions des organes de décision (Conseil andin des ministres des Affaires étrangères, Commission de la Communauté andine et Secrétariat général) concernant ce sujet[466]. La même situation a été observée au

[461] *Ibid*, p. 386.

[462] *Ibid*, p. 386-387.

[463] *Ibid*, p. 411.

[464] Pour plus d'informations sur la Cour de justice des Caraïbes et ses activités, consulter https://ccj.org/about-the-ccj/ (consulté le 22 mars 2025).

[465] C. Blanco-Alvarado, « Armonización legislativa en la Comunidad Andina respecto a la contratación estatal: Perspectiva desde Colombia », *op. cit.*, p. 237.

[466] Recherche effectuée sur le site officiel de la CAN, en utilisant les mots-clés suivants : « contrato(s) » ; « contrato(s) internacional(es) » ; « derecho aplicado » ; « derecho internacional privado » ; en ligne https://www.comunidadandina.org/normativa-andina/ (consulté le 3 mars 2025).

sein de la CARICOM, où aucun traité concernant la loi applicable aux contrats internationaux n'a été conclu à ce jour[467].

Parmi toutes les structures d'intégration sous-régionales en Amérique latine, le Mercosur se distingue comme la seule organisation à avoir officiellement cherché à harmoniser les lois nationales de ses États membres en matière de droit international privé (A). Il convient également de mentionner les travaux de l'Organisation pour l'harmonisation du droit commercial dans les Caraïbes (OHADAC), née dans la continuité directe du marché commun caribéen (B).

A. Le Mercosur

80. De toutes les structures d'intégration sous-régionales de l'Amérique latine, le Mercosur est le seul à avoir poursuivi l'harmonisation des lois nationales de ses États membres dans le domaine du droit international privé comme moyen de renforcer le processus d'intégration[468]. Toutefois, comme l'a mis en évidence le professeur argentin Silvio Javier Battello Calderón, si la création du Mercosur a suscité de nombreux doutes quant au rôle que joueraient les lois nationales dans ce nouveau processus d'intégration, avec de nombreux auteurs envisageant une progression graduelle du droit international privé au profit d'un droit nouveau propre à l'intégration régionale, « avec le recul, il est apparu exactement le contraire : à mesure que le Mercosur progresse, le droit international privé se renforce et, même lorsque le Marché réglemente un secteur spécifique, son utilisation demeure nécessaire »[469].

Même si l'affirmation du professeur argentin est juste, il convient de souligner que certains efforts d'harmonisation législative ont été menés au sein du Mercosur, lesquels méritent d'être mentionnés. À l'initiative de la Réunion des ministres de la justice, établie par le Conseil du marché commun, plusieurs protocoles complémentaires au Traité d'Asunción ont été conclus, notamment en matière de compétence et de coopération judiciaire[470]. Parmi

---

[467] Recherche effectuée sur le site officiel de la CARICOM. Tous les traités conclus au sein de cette organisation se trouvent en ligne https://caricom.org/treaties/ (consulté le 3 mars 2025). À ce jour, 40 traités distincts ont été adoptés dans le cadre institutionnel de la CARICOM, couvrant divers secteurs d'activité. Parmi ces instruments juridiques figurent notamment l'Accord multilatéral sur les services aériens, entré en vigueur le 17 août 2020, l'Accord portant création de l'Organisation régionale de la CARICOM pour les normes et la qualité (CROSQ), incluant Montserrat et Haïti, entré en vigueur le 2 juillet 2014, ainsi que l'Accord portant création de l'Agence caribéenne de gestion des urgences en cas de catastrophe, en vigueur depuis le 4 juillet 2013.

[468] Cf. M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.,* p. 205. V. *supra* n° 73 et s.

[469] S.J. Battello Calderón, *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2012, p. 254 (traduction libre de l'espagnol).

[470] Pour une liste complète d'instruments conclus par le Mercosur, v. son site officiel, en ligne https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx (consulté 3 mars 2025).

eux : le *Protocole de Las Leñas du 27 juin 1992* (révisé en 2002)[471], par lequel les États membres se sont engagés à coopérer mutuellement et à fournir une assistance judiciaire en matière civile, commerciale, sociale et administrative, établissant notamment des autorités centrales dans chaque pays pour traiter les demandes d'assistance juridique ; le *Protocole de Buenos Aires de 1994* sur la compétence internationale en matière contractuelle[472], qui contient des règles sur la désignation de la juridiction compétente, étatique ou arbitrale, pour les contrats internationaux de nature civile ou commerciale, conclus entre des personnes privées, physiques ou des sociétés ; le *Protocole d'Ouro Preto de 1994* sur les mesures conservatoires[473], qui réglemente l'exécution des mesures conservatoires entre les États parties pour prévenir l'irréparabilité des dommages ; le *Protocole de San Luis de 1996* sur la responsabilité civile dans les accidents de la circulation routière[474], qui établit la loi applicable et la juridiction compétente pour les accidents de la circulation impliquant des personnes domiciliées dans un autre État partie ; et le *Protocole de Santa María de 1997* sur la compétence internationale en matière de relations avec les consommateurs[475],

[471] Le Protocole de Las Leñas prévoit également l'égalité de traitement pour les nationaux et les étrangers, ainsi que le libre accès à la justice (art. 3). Il inclut, entre autres, des normes sur la coopération dans les activités procédurales et probatoires (arts. 5 à 17), des règles concernant la reconnaissance et exécution des jugements et des sentences arbitrales (arts. 18 à 24), l'équivalence de force probante des actes publics émis par les États parties (ces actes auront la même force probante dans les autres États membres que dans celui qui les a émis — art. 25) et la facilitation des échanges concernant l'information sur le droit étranger et son contenu (art. 28). Mercosur, *Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los estados parte del Mercosur* (version amendée de 2002), 5 juillet 2002.

[472] Le Protocole de Buenos Aires s'applique au domaine voisin de la compétence internationale en matière de contrats internationaux de nature civile ou commerciale conclus entre particuliers, personnes physiques ou morales (art. 1er). Il apporte une définition de l'internationalité du litige, à savoir lorsque les parties ont leur domicile ou siège social dans différents États parties au Traité d'Asunción (al. a) ou lorsque l'une des parties a son domicile ou siège social dans un État partie, ayant désigné un juge d'un État partie comme compétent et ayant un lien de rattachement raisonnable selon les règles de compétence du protocole (al. b). En outre, certaines matières sont exclues de son champ d'application, telles que les procédures de faillite, le droit de la famille, les contrats de sécurité sociale, administratifs, de travail, de consommation, de transport, d'assurance, et les droits réels (art. 2). Le Protocole prévoit comme règle générale la liberté des parties de désigner le tribunal compétent, qui peut être étatique ou arbitral, à condition que cela soit fait par écrit et que l'accord ne soit pas obtenu de manière abusive (art. 4). En l'absence de convention, le demandeur a à sa disposition un éventail de rattachements de son choix : il peut choisir entre le tribunal du lieu d'exécution du contrat, le tribunal du domicile du défendeur, ou le tribunal de son propre domicile ou siège social, ce dernier à condition qu'il ait accompli son obligation contractuelle (art. 7). Concernant la détermination du lieu d'exécution du contrat, le Protocole de Buenos Aires suit la solution prévue par le système des Traités de Montevideo, qui seront étudiés ultérieurement. En effet, dans une rédaction presque identique à celle des Traités de Montevideo (v. arts. 34 et 38 des Traités de droit civil international de 1889 et 1940 respectivement), l'article 8 du Protocole détermine *ex ante* le lieu d'exécution pour chaque type de contrat. Par exemple, pour les contrats portant sur des choses certaines et individualisées, le lieu d'exécution sera celui où elles se trouvent lors de leur conclusion ; pour les contrats portant sur des choses déterminées en nature, celui du domicile du débiteur au moment de leur conclusion. Mercosur, *Protocolo de Buenos Aires sobre juridicción internacional en materia contractual*, 5 août 1994 (traduction libre du portugais).

[473] Conformément à l'article 1er de ce Protocole, qui a pour objet la réglementation entre les États parties au Traité d'Asunción de l'exécution des mesures conservatoires « visant à prévenir l'irréparabilité des dommages aux personnes, aux biens et aux obligations de donner, de faire ou de ne pas faire ». Mercosur, *Protocolo de medidas cautelares*, 16 décembre 1994.

[474] Mercosur, Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre los Estados partes del Mercosur, 25 juin 1996.

[475] Ce Protocole s'applique aux relations de consommation issues de contrats où l'une des parties est un consommateur dans des cas spécifiques, à savoir la location-vente de biens meubles corporels, les opérations de

qui établit les règles de compétence juridictionnelle pour certains types de contrats de consommation, incluant des règles de procédure et sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères.

En plus des protocoles mentionnés, d'autres accords ont été conclus entre les États membres du Mercosur, ainsi qu'avec des États associés, dans le domaine du droit international privé[476]. Parmi eux se trouvent : les *Accords d'arbitrage de 1998*[477], ayant pour objet la réglementation de l'arbitrage découlant de contrats commerciaux internationaux conclus entre personnes physiques ou morales de droit privé ; les *Accords de 2000 sur l'accès gratuit à la justice et l'assistance judiciaire*[478], qui réglementent la gratuité de l'accès aux tribunaux étatiques dans les États parties et accordent l'égalité de traitement aux ressortissants et résidents des États parties ; les *Accords de 2002 sur la compétence concernant les contrats de transport de marchandises*[479], qui s'appliquent au transport international de marchandises par voie terrestre ou fluviale effectué dans le territoire des États parties ; *l'Accord de 2002 sur l'assistance juridictionnelle et la coopération en matière civile, commerciale, de travail et administrative entre les États membres du Mercosur, la Bolivie et le Chili*, qui reflète de manière identique le Protocole de Las Leñas, tel qu'amendé en 2002 ; et, plus récemment, l'*Accord de 2017 sur la loi applicable aux contrats internationaux de consommation*[480], qui pose des règles de

---

crédit pour financer l'achat de biens, et tout contrat portant sur la prestation d'un service ou la fourniture d'un bien meuble corporel. Les relations de consommation issues de contrats de transport sont expressément exclues de son champ d'application matériel (art. 1er). Concernant son champ d'application spatial, le Protocole précise qu'il s'applique aux relations de consommation impliquant des fournisseurs et des consommateurs domiciliés dans différents États parties au Traité d'Asunción, ou dans le même État partie, à condition que la prestation caractéristique ait eu lieu dans un autre État partie (art. 2). Le Protocole désigne comme règle générale que le tribunal compétent est celui du domicile du consommateur (art. 4) et propose des rattachements alternatifs, sauf volonté contraire du consommateur, à savoir le lieu de conclusion du contrat, d'exécution des services ou de la livraison des marchandises, et le domicile du défendeur (art. 5). Mercosur, *Protocolo de santa maría sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo*, 16 décembre 1996.

[476] Lorsque la Bolivie et le Chili ont rejoint le marché commun en tant qu'États associés, la procédure de conclusion d'instruments s'est complexifiée. En effet, les instruments conclus au sein du marché ne sont pas applicables aux États associés. Par conséquent, une duplicité d'instruments existe : en plus de l'instrument conclu entre les États membres, un autre instrument identique doit être conclu avec les États associés. Ces instruments sont appelés « accords miroirs » ou « jumeaux », selon les termes du professeur Oyarzábal. Contrairement aux protocoles et aux accords entre États membres, l'interprétation, l'application ou la violation de ces types d'accords miroirs n'est pas automatiquement soumise au système de règlement des différends prévu par le Protocole d'Olivos de 2002 pour le règlement des différends entre États membres. Sur ce sujet, v. M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 205.

[477] L'*Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur*, conclu entre les États membres du Mercosur le 23 juillet 1998 et l'*Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional* conclu le même jour entre le Mercosur, la Bolivie et le Chili.

[478] L'Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita entre los Estados partes del Mercosur et l'Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita entre los Estados partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, les deux conclus le 15 décembre 2000.

[479] L'Acuerdo sobre jurisdicción en materia de contrato de transporte internacional de carga entre los Estados partes del Mercosur et l'Acuerdo complementario al acuerdo de asistencia jurídica mutua en asuntos penales entre los Estados partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, conclus le 5 juillet 2002.

[480] Mercosur, Acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, 21 décembre 2017.

détermination de la loi applicable aux contrats internationaux de consommation conclus au sein du Mercosur[481].

À l'exception de l'Accord sur les contrats de consommation de 2017[482], le droit du Mercosur est resté en retrait en ce qui concerne la réglementation de la loi applicable aux contrats internationaux. Mais cette absence de réglementation concernant la loi applicable aux contrats conclus entre professionnels ne veut pas pour autant dire que ce sujet n'a pas reçu l'attention des organes du Mercosur. L'harmonisation des règles relatives à la loi applicable aux contrats avait déjà été soulignée, de manière générale, dans le préambule de l'Accord. Il reconnaît que les contrats internationaux « sont l'expression juridique du commerce, ce qui revêt une importance particulière dans le cadre du processus d'intégration »[483] et souligne l'importance « d'un cadre réglementaire clair, facilitant la conclusion de contrats internationaux et renforçant la confiance des parties dans les transactions transfrontalières de consommation »[484].

En outre, des avancées significatives ont été accomplies dans d'autres domaines du droit international privé, notamment en matière de juridiction compétente. Il est particulièrement intéressant d'observer, dans ce domaine voisin, l'importance accordée à l'harmonisation du droit des contrats internationaux en vue de favoriser l'intégration régionale au sein du bloc. En effet, le Protocole de Santa María de 1997, qui établit des règles sur la compétence internationale en matière de relations avec les consommateurs, reconnaît également l'importance de la réglementation des contrats internationaux pour l'intégration régionale. Son préambule précise également que les contrats « sont l'expression juridique du commerce » et qu'ils jouent « un rôle crucial dans le processus d'intégration »[485].

De même, le préambule du Protocole de Buenos Aires de 1994 souligne la nécessité « de fournir au secteur privé des États parties un cadre de sécurité juridique garantissant des solutions équitables et l'harmonisation internationale des décisions judiciaires et arbitrales liées aux contrats » et met en avant « l'importance d'adopter des règles communes sur la compétence internationale pour promouvoir le développement des relations économiques entre les secteurs privés des États parties »[486]. Ce protocole, qui s'applique au domaine voisin de la compétence internationale en matière de contrats internationaux, prévoit

[481] Ce dernier se limite aux États membres du Mercosur et n'a pas été étendu aux États associés De même, en matière de contrats de consommation, le Protocole de Santa María de 1997 sur la compétence internationale en matière de relations avec les consommateurs n'a pas été reproduit pour les États associés.

[482] Pour les dispositions de cet Accord, v. *infra* n° 240.

[483] Mercosur, Acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, 21 décembre 2017 (traduction libre du portugais).

[484] *Ibidem.*

[485] Mercosur, Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, 16 décembre 1996 (traduction libre du portugais).

[486] Mercosur, Protocolo de Buenos Aires sobre juridicción internacional en materia contractual, 5 août 1994 (traduction libre du portugais)

comme règle générale la liberté des parties de désigner le tribunal compétent, qui peut par ailleurs être étatique ou arbitral, mais à condition que cela soit fait par écrit et que l'accord ne soit pas obtenu de manière abusive (voir art. 4)[487].

B. L'Organisation pour l'harmonisation du droit commercial dans les Caraïbes (OHADAC)

81. Un projet d'unification du droit des affaires dans les Caraïbes. Plus spécialement dans la région des Caraïbes, il faut mentionner un projet assez ambitieux : l'OHADAC. Tout d'abord, il est important de noter aussi que le cadre territorial de l'OHADAC englobe des pays avec des traditions très diverses et qui présentent des complexités particulières. Premièrement, le territoire est partagé par une multiplicité d'organisations régionales (p. ex., la CARICOM, la CELAC, l'ALADI, l'ALBA, l'OEA, entre autres)[488]. D'autre part, certains sont membres de l'OHADAC : une trentaine d'États indépendants et plus de quarante territoires différents soumis à la souveraineté de différents États, dont la France, le Royaume-Uni et les Pays-Bas. Ces États et territoires représentent une grande diversité politique et culturelle. Cette diversité et l'asymétrie des influences et des traditions juridiques de *common law* et de droit romano-germanique dans le contexte des pays de la zone de l'OHADAC réapparaissent dans les sources internationales du droit des contrats[489].

C'est pour ces raisons que l'OHADAC est née, inspirée du modèle de l'Afrique subsaharienne (l'OHADA) et dans la continuité directe du marché commun caribéen[490]. L'objectif principal était d'être un projet de coopération et d'intégration régionales afin de rapprocher les États des Caraïbes et d'accroître le développement économique et les échanges commerciaux. Pour y parvenir, l'uniformisation de plusieurs branches du droit commercial, dont le droit des contrats internationaux, était un des axes centraux[491]. L'intégration caribéenne apparaît, alors, comme une alternative de développement indépendante qui transcende le strict cadre d'une intégration économique. Cela ressort des objectifs prioritaires de l'OHADAC : « faire face à l'insécurité juridique et judiciaire dans

[487] *Ibidem.*

[488] V. *supra* n° 62 et s.

[489] V., en particulier, M. Goré, « Un seul lit pour deux rêves : la codification du droit international privé dans les Caraïbes », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*, LGDJ Iprolex, 2018, p. 793-801 ; et OHADAC, *Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international*, en ligne https://www.ohadac.com/textes/2/principes-ohadac-relatifs-aux-contrats-du-commerce-international.html, p. 15 et s. (consulté le 6 janvier 2025).

[490] V. *Ibidem.*

[491] Pour une liste des pays comprenant le territoire de l'OHADAC, v. OHADAC, en ligne https://www.ohadac.com/article/8/territorios-ohadac.html (consulté le 6 janvier 2025).

les États de la zone afin de garantir une sécurité aux investisseurs et de faciliter les échanges entre les États membres »[492].

L'OHADAC trouve son origine à la suite d'une conférence qui s'est tenue le 15 mai 2007 à Pointe-à-Pitre (Guadeloupe, Antilles françaises). De nombreux pays de la région ont participé à cette conférence, organisée conjointement par la CARICOM et les différentes Chambres de commerce de la région[493]. En juin 2008, une deuxième conférence OHADAC eut lieu à Port-au-Prince, afin de définir les priorités en matière d'harmonisation. Deux ans plus tard, en juin 2010, un Congrès latino-américain et caribéen d'arbitrage commercial international se tint à La Havane, où fut conclue la Déclaration de La Havane. Par le biais de cette déclaration, la volonté de promouvoir et de faire progresser l'idée d'harmonisation du droit des affaires dans les Caraïbes se formalisa. Dans le cadre des priorités établies par l'OHADAC en 2013, des propositions d'actes normatifs furent finalement retenues en matière de contrats, de sociétés, d'arbitrage et de droit international privé[494]. Plus spécifiquement au sujet des contrats internationaux, deux projets furent élaborés : le *Projet de loi type de droit international privé de l'OHADAC* ; et les *Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international*.

82. Le projet de loi type de droit international privé de l'OHADAC. En ce qui concerne le droit international privé, en avril 2014, un Projet de loi type sur le droit international privé de l'OHADAC a été présenté. Il objective la proposition des règles de droit international privé claires et simples qui apportent des solutions adaptées à la réalité actuelle des relations privées internationales, dans tous les domaines du droit international privé, y compris la discipline de contrats internationaux. Le professeur José Carlos Fernández Rozas fut désigné comme rapporteur afin d'élaborer un projet préliminaire[495]. La loi type eut pour objectif majeur d'atteindre la justice et la sécurité juridique dans le cadre des relations de droit international privé dans la région des Caraïbes[496]. Le projet fut conçu en tenant compte des particularités des pays caribéens. Son objectif principal était

---

[492] OHADAC, *Avant-Projet de loi modèle OHADAC relative au droit international privé*, avril 2014, p. 23, en ligne https://www.ohadac.com/textes/5/avant-projet-de-loi-modele-ohadac-relative-au-droit-international-prive.html?lang=fr (consulté le 6 janvier 2025).

[493] En ligne https://www.ohadac.com/article/5/declaracion-inicial-de-pointe-a-pitre.html (consulté le 6 janvier 2025).

[494] OHADAC, Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international, op. cit., p. 11-12.

[495] 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 à l'Université Paris II-Assas, M. Pedro A. de Miguel Asensio, professeur à l'Université de la Complutense de Madrid, M. Rodolfo Dávalos Fernández, professeur à l'Université de La Havane et M. Santiago Álvarez González, professeur à l'Université de Saint Jacques de Compostelle. V. OHADAC, *Avant-Projet de loi modèle OHADAC relative au droit international privé*, *op. cit.*, p. 112.

[496] Plus concrètement, entre les objectifs poursuivis se trouvent : la résolution les problèmes des différents systèmes de droit international privé qui présente des contradictions ; l'adaptation de la législation de droit international privé à la réalité sociale des États concernés ; la mise 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 à l'échelle mondiale et à la CIDIP à l'échelle de l'Amérique latine ; et l'adaptation des solutions existantes au développement universel de la matière et aux législations les plus récentes. Cf. OHADAC, *Avant-Projet de loi modèle OHADAC relative au droit international privé*, *op. cit.*, p. 105.

de servir de modèle de système de droit international privé pour les États caribéens. Ces États pourraient alors utiliser la loi modèle pour réaliser une révision profonde de leurs législations internes de droit international privé afin de les adapter et faire des améliorations ponctuelles.

Le projet de la loi type fut présenté en 2014 avec l'objectif de diffuser les résultats obtenus et de contribuer à la connaissance de la situation actuelle. Cela avait comme but majeur de susciter un débat sur les stratégies, les instruments et la gestion d'une codification future dans ce domaine. Il s'agissait 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 définitive[497]. Cependant, à ce jour, le texte final de la loi type de droit international privé de l'OHADAC n'a toujours pas été rédigé.

83. Les solutions concernant la loi applicable aux contrats internationaux. La détermination du droit applicable aux obligations contractuelles est prévue au Titre III, Chapitre I, Section V du projet de loi type. Le projet reconnaît expressément l'autonomie de la volonté en tant qu'« autonomie conflictuelle » (art. 45)[498]. Les commentaires de l'article 45 soulignent qu'il s'inspire des articles 7 et 8 de la Convention de Mexico tout en s'harmonisant avec le Règlement Rome I, consacrant ainsi un régime libéral en matière d'autonomie de la volonté et garantissant à la fois la sécurité juridique et la prévisibilité des relations contractuelles[499]. Comme le précisent ces commentaires, ce mécanisme 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 »[500].

Le choix tacite de la loi applicable est expressément reconnu. Conformément à l'alinéa 1 de l'article 45, celui-ci doit « ressortir de manière évidente du comportement des parties et des dispositions du contrat considérées dans leur ensemble ». Les commentaires identifient plusieurs indices permettant de caractériser un tel choix implicite, notamment « 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

[497] *Ibid*, p. 113.

[498] *Ibid*, p. 257 et s. L'article est ainsi rédigé : « 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'entraine 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 ».

[499] OHADAC, en ligne https://www.ohadac.com/textes/5/avant-projet-de-loi-modele-ohadac-relative-au-droit-international-prive.html?lang=fr (consulté le 11 janvier 2026).

[500] *Ibidem.*

le droit d'un pays déterminé ». En outre, ces éléments doivent faire l'objet d'une appréciation globale, « à la lumière d'un ensemble de circonstances ». S'agissant du moment de l'exercice de cette faculté, l'alinéa 2 autorise les parties à désigner la loi applicable à tout moment. Il convient de noter que la simple insertion d'une clause attributive de juridiction ne suffit pas, en elle-même, à établir un choix tacite de la loi du for désignée (alinéa 1). Néanmoins, les commentaires précisent qu'il s'agit d'un facteur pertinent dans l'appréciation d'ensemble visant à déterminer si le choix de la loi applicable ressort clairement des stipulations contractuelles. Par ailleurs, l'article 45 ne subordonne pas la validité du choix à l'existence d'un lien entre l'ordre juridique élu et la relation contractuelle. Quant à la dimension temporelle, l'alinéa 2 de l'article 45 reconnaît aux parties la possibilité de procéder au choix de la loi applicable tant avant qu'après la conclusion du contrat, ainsi que de modifier ultérieurement leur désignation initiale. Cette modification ne saurait toutefois porter atteinte aux droits des tiers[501].

À défaut de choix (art. 46)[502], le projet opte pour un modèle proche de celui du Règlement Rome I, et établit 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 (art. 46, para. 1)[503]. De même que le règlement,

[501] *Ibidem.*

[502] *Ibid*, p. 261 et s. L'article est ainsi rédigé : « Art. 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. ».

[503] Les contrats conclus avec des parties vulnérables, comme les contrats de travail, de consommation et d'assurance, ont des règles spéciales protectrices, prévues respectivement aux articles 47 et 48 du projet de loi type. Ces articles sont ainsi rédigés : « 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. »

le projet OHADAC soumet, par exemple, le contrat de vente de marchandises à la loi du pays de résidence habituelle du vendeur, tandis que le contrat de prestation de services relève de la loi du pays de résidence habituelle du prestataire. Toutefois, certains types de contrats listés à l'article 46 ne figurent pas dans le Règlement Rome I, comme les contrats ayant pour objet principal l'exploitation de droits de la propriété industrielle ou intellectuelle. Ces derniers sont régis par la loi du pays d'exploitation lorsque les droits concernent un seul territoire ; en revanche, lorsque l'exploitation s'étend à plusieurs pays, c'est la loi de la résidence habituelle du titulaire des droits qui s'applique.

Lorsque le contrat est distinct de ceux énumérés au paragraphe premier de l'article 46 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. Seulement pour ces contrats, il conviendra de préciser quelle est la prestation caractéristique. En effet, le paragraphe 2 de l'article 46 prévoit que la loi applicable sera celle du pays de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat. Si le projet demeure silencieux quant à la définition précise de la prestation caractéristique, ses commentaires apportent néanmoins un éclairage substantiel sur cette notion. La technique de la prestation caractéristique vise, selon ces derniers, les contrats dans lesquels l'obligation de l'une des parties se limite au versement d'une somme d'argent. Dans cette configuration contractuelle, c'est la prestation autre que le paiement qui revêt le caractère de prestation caractéristique, « puisqu'elle détermine l'essence même du contrat et qu'elle fait l'objet d'une réglementation très élaborée »[504].

Le paragraphe 3 du même article ajoute 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 contrat 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. Cette disposition permet de corriger les résultats manifestement inappropriés des rattachements précédents. Les adverbes « clairement » et « manifestement » indiquent que cette clause doit être appliquée restrictivement, évitant ainsi qu'elle ne devienne la règle plutôt que l'exception. Cette formulation se rapproche de celle du Règlement Rome I (art. 4, para. 3, « manifestement ») et vise à préserver la prévisibilité tout en permettant la flexibilité nécessaire dans des cas exceptionnels.

Enfin, le paragraphe 4 instaure une clause échappatoire, spécialement destinée aux situations dans lesquelles le contrat ne peut être subsumé sous l'une des catégories énumérées au paragraphe 1 et où la détermination du pays de résidence habituelle de la partie débitrice de la prestation caractéristique s'avère impossible. Dans de tels cas, la détermination de la loi applicable repose sur le critère de proximité, la loi applicable étant

[504] OHADAC, en ligne https://www.ohadac.com/textes/5/avant-projet-de-loi-modele-ohadac-relative-au-droit-international-prive.html?lang=fr (consulté le 11 janvier 2026).

alors celle du pays avec lequel le contrat entretient les liens les plus étroits. Comme il ressort des commentaires de l'article 46, 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 contrats »[505].

Le projet de l'OHADAC s'inscrit ainsi dans la continuité de la doctrine suisse de la prestation caractéristique, consacrée à l'article 4 du Règlement Rome I[506]. En adoptant cette approche, il suit le modèle européen issu de la réforme de la Convention de Rome, qui s'est écarté du principe flexible de proximité, pourtant également retenu par le système interaméricain de la Convention de Mexico. Ce choix méthodologique vise, comme en témoignent les commentaires de l'article 46 du projet, à renforcer la prévisibilité par rapport au système flexible des liens les plus étroits. L'OHADAC privilégie ainsi la sécurité juridique et la prévisibilité, tout en conservant le principe de proximité comme remède d'exception, permettant de surmonter des difficultés d'identification de la prestation caractéristique et de corriger les éventuelles distorsions résultant de l'application rigide de ce critère de rattachement.

84. L'avant-projet de principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international. L'OHADAC a élaboré des principes destinés à uniformiser le droit des contrats du commerce international dans la région des Caraïbes. Cet instrument de *soft law* réunit des règles juridiques, des recommandations de conduite et des clauses modèles, formant un instrument singulier de contribution à l'harmonisation du droit des contrats dans les Caraïbes. En partant des modèles déjà existants, tels que la Convention de Vienne de 1980, les Principes d'Unidroit, les Principes de droit européen des contrats ou le Cadre commun de référence en matière de droit européen, les Principes OHADAC entendent servir de guide aux opérateurs du commerce agissant dans un cadre légal hétérogène qui est celui du marché caribéen[507]. L'instrument fut pensé et rédigé pour servir au contexte spécifique et multiculturel de la zone OHADAC. En résumé, les Principes OHADAC furent construits pour être « plus qu'une série de règles juridiques destinées à régir le contrat si elles sont choisies par les parties », mais aussi « étendre leurs fonctions, au-delà du règlement des différends, à la négociation du contrat elle-même, en développant un guide efficace permettant aux commerçants caribéens d'avoir accès à des contrats internationaux plus transparents et plus sûrs »[508].

[505] *Ibidem.*

[506] Sur la doctrine de la prestation caractéristique, v. *infra* n° 192 et 561.

[507] OHADAC, *Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international, op. cit.,* p. 24 et s.

[508] *Ibid*, p. 25.

L'élaboration d'un avant-projet des principes a été confiée par l'OHADAC, à travers l'Association ACP Legal[509], à une équipe de recherche formée entièrement par des experts en droit comparé des contrats, sous la direction de Sixto A. Sánchez Lorenzo, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Grenade, Espagne[510]. L'avant-projet fut présenté en 2015 et représente un vrai travail d'unification du droit des contrats en la région caribéenne.

Conclusions du Chapitre

85. À l'exception des travaux de l'OHADAC, qui n'est pas formellement attachée à une organisation régionale d'intégration économique, et les efforts dans le Mercosur sur les contrats de consommation et la juridiction compétente, peu a été fait pour harmoniser le droit international privé dans le cadre des organisations d'intégration latino-américaines[511]. À ce jour, aucun instrument n'a été élaboré pour le droit applicable aux contrats commerciaux internationaux dans le cadre de ces mécanismes d'intégration.

Après avoir présenté cet aperçu général de l'évolution et de l'état actuel de l'intégration normative en Amérique latine, nous avons constaté que, bien que l'harmonisation juridique soit un des objectifs de certaines de ces organisations (CAN et Mercosur précisément), la nature principalement économique de ces tentatives d'intégration n'a pas favorisé le processus d'harmonisation du droit, en général, et en particulier du droit international privé et des contrats internationaux. La fragmentation et la multiplicité des organisations existantes compliquent l'harmonisation du droit. L'absence de supranationalité aggrave cette situation. De plus, la plupart des organes de décision ne peuvent pas émettre des actes contraignants avec primauté et effet direct. En effet, pour que les instruments produisent des effets, ils doivent, dans la majorité des organisations régionales latino-américaines, être incorporés dans le droit interne, comme c'est le cas du Mercosur. La seule exception à cela est la CAN, mais, dans cette organisation, aucune avancée n'a été réalisée à ce jour pour l'harmonisation des normes concernant la loi applicable aux contrats internationaux. Par conséquent, en Amérique latine, l'harmonisation du droit repose principalement sur la volonté de coopération entre les États de la région pour conclure, adopter et appliquer des instruments conventionnels dans leurs territoires.

---

[509] Les partisans de l'OHADAC ont décidé de se réunir dans le cadre d'une « association ACP Legal » pour aider les États intéressés des Caraïbes à mettre en œuvre le projet d'harmonisation du droit tenu par l'OHADAC. Les États des Caraïbes concernés par le projet sont les suivants : Antigua-et-Barbuda, Antilles néerlandaises, Bahamas, Barbade, Bélize, Bermudes, Colombie, Costa Rica, Cuba, Dominique, Grenade, Guadeloupe, Guatemala, Guyana, Guyane, Haïti, Honduras, Jamaïque, Martinique, Mexique, Montserrat, Nicaragua, Panama, Porto Rico, République dominicaine, Saint-Christophe-Et-Niévès, Saint-Vincent-Et-Les Grenadines, Sainte-Lucie, Suriname, Trinité-Et-Tobago et Venezuela, en ligne https://www.ohadac.com/article/2/l-ohadac-et-acp-legal.html (consulté le 6 janvier 2025).

[510] OHADAC, *Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international, op. cit.,* p. 27.

[511] Rappelons que l'OEA n'a pas été considérée comme une organisation régionale d'intégration économique. V. *supra* n° 35.

Conclusions du Titre préliminaire

86. Le régime des contrats internationaux en Amérique latine a été largement influencé par l'évolution des idées de conflit de lois nées en Europe, notamment des théories modernes, telles que celle de Savigny, de Mancini et également du Nord-Américain, Joseph Story. En même temps, des figures latino-américaines comme Andrés Bello et Teixeira de Freitas ont été cruciales pour adapter ces idées aux contextes locaux. Elles ont lancé des innovations législatives majeures qui ont servi d'inspiration pour le mouvement codificateur de cette région.

Ce processus de codification, entamé précocement en Amérique latine et nourri par un sentiment de solidarité entre les nations latino-américaines, a donné naissance à deux ensembles normatifs distincts. D'une part, les trois premiers instruments d'harmonisation du droit international privé des contrats — les deux Traités de Montevideo (1889 et 1940) et le Code Bustamante (1928) — sont des instruments anciens et présentent un caractère essentiellement latino-américain. Ils reflètent un effort de codification générale du droit international privé, et se fondent grandement sur des logiques territorialistes et néo-statutistes. D'autre part, la Convention de Mexico (1994), adoptée cent cinq ans après le premier effort de codification régionale, constitue un instrument élaboré selon une conception contemporaine du droit international privé, et notamment inspiré des idées anglo-saxonnes d'une justice matérielle et du principe de proximité. Elle reflète une codification *sectorielle* de cette discipline et s'applique exclusivement aux contrats internationaux. Cette évolution, conjuguée aux initiatives récentes de droit souple telles que le Guide de l'OEA (2019), témoigne d'un mouvement continental d'harmonisation entre les pays latino-américains de tradition civiliste et la *common law* nord-américaine, notamment le droit états-unien. Ce rapprochement révèle un compromis à la fois sophistiqué et subtil entre ces deux conceptions distinctes du droit international privé des contrats internationaux.

Par ailleurs, alors que, dans certaines régions du monde, le droit international privé des contrats a été harmonisé au sein d'organisations régionales d'intégration économique, comme c'est le cas en Europe, la situation en Amérique latine est différente. Une multitude d'organisations juxtaposées et parfois superposées y coexistent, poursuivant parfois des objectifs divergents, ce qui entraîne une fragmentation régionale et un faible degré d'intégration normative. Malgré quelques efforts sectoriels d'harmonisation du droit international privé des contrats, comme ceux menés dans la région des Caraïbes par l'OHADAC et dans le Mercosur concernant les contrats de consommation et la juridiction compétente, peu a été fait pour harmoniser le droit international privé au sein des organisations d'intégration latino-américaines. À ce jour, aucun instrument n'a été élaboré pour le droit applicable aux contrats commerciaux internationaux. Comme le professeur Alejandro Garro l'a justement souligné, au-delà des difficultés liées à des entraves économiques : « La désintégration politique de jeunes républiques latino-américaines et le manque d'une solide intégration économique expliquent en grande partie pourquoi de nombreuses tentatives pour adopter un droit privé uniforme ont échoué, malgré les

traditions et sources communes qui auraient facilité ce travail »[512]. Ce constat vaut également en matière d'harmonisation du droit international privé.

Il convient de préciser que, bien qu'une part substantielle des efforts de codification sur le continent ait eu lieu au sein de l'OEA, celle-ci n'est pas formellement une organisation régionale d'intégration économique, ayant une compétence bien plus limitée et des objectifs divers[513]. En outre, bien que l'harmonisation régionale soit un objectif pour certaines organisations, comme la CAN, le Mercosur et la CARICOM, leur nature principalement économique n'a pas favorisé une complète harmonisation juridique. L'harmonisation juridique est ainsi reléguée au second plan, considérée comme un moyen secondaire pour atteindre les objectifs d'intégration économique.

En raison des spécificités propres à l'évolution du régionalisme latino-américain, l'intégration juridique y a, dans une large mesure, précédé l'intégration économique. Malgré l'importance croissante des relations économiques d'intégration et les efforts visant à développer un droit international privé harmonisé, la région ne présente aujourd'hui aucun équivalent au modèle de l'Union européenne. Actuellement, le processus d'intégration juridique de l'Amérique latine dans le domaine du droit des contrats internationaux repose presque exclusivement sur des traités internationaux hétérogènes, lesquels révèlent, comme nous le verrons par la suite, d'importantes disparités et divergences interprétatives entre les différents États de la région.

[512] L'auteur ajoute qu'il faut « également tenir compte d'autres facteurs largement attribuables au sous-développement économique. Ces difficultés se traduisent par des carences en matière de moyens de communication et de transport, qui entravent un rapprochement plus important entre les systèmes juridiques latino-américains ». A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 38 (traduction libre de l'espagnol).

[513] V. *supra* n° 35.

TITRE I — L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES SOLUTIONS CONVENTIONNELLES

87. En Amérique latine, au-delà de la multiplicité des sources en vigueur, les instruments actuels présentent des solutions à la fois divergentes et lacunaires, témoignant des orientations politiques des États ainsi que des conceptions juridiques qu'ils ont privilégiées, pour la plupart anciennes et ne reflétant pas une vision contemporaine du droit international privé. Une difficulté additionnelle tient au fait que ces instruments demeurent peu mobilisés dans la pratique contentieuse contemporaine. Les juges y recourent rarement, particulièrement en matière de contrats internationaux et de détermination de la loi applicable. Lorsqu'ils sont invoqués, c'est généralement de manière indirecte ou subsidiaire, afin d'étayer l'application du droit interne. Ce sont donc essentiellement les débats doctrinaux qui ont façonné l'évolution de la pensée juridique dans la région, ce qui explique l'attention particulière que nous accorderons à ces discussions.

88. **Plan du Titre**. Le présent Titre s'articulera autour de trois axes principaux. Dans un premier temps, il conviendra d'examiner l'état actuel du principe d'autonomie de la volonté tel qu'il est consacré par les instruments régionaux latino-américains (Chapitre I). Dans un second temps, l'analyse portera sur les règles de rattachement subsidiaires qui s'appliquent lorsque les parties n'ont pas exercé leur faculté de choix ou lorsque celui-ci s'avère inefficace, ainsi que sur les critères objectifs qui gouvernent les hypothèses dans lesquelles l'autonomie de la volonté se trouve exclue (Chapitre II). Enfin, le troisième temps sera consacré à l'étude des questions relatives à la mise en œuvre de la loi applicable aux contrats internationaux, indépendamment de l'existence d'un choix de loi. Seront ainsi abordés le domaine d'application de la loi du contrat, le mécanisme du renvoi, les obstacles susceptibles de faire échec à l'application du droit étranger, les dispositifs de protection des parties faibles ainsi que la place reconnue au droit non étatique dans ce système normatif (Chapitre III).

CHAPITRE I — L'ACCEPTATION PROGRESSIVE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

89. Lorsque le principe de l'autonomie de la volonté fut proclamé, sa justification « était quelque peu métaphysique et liée à l'exaltation du rôle de la volonté dans le

droit »[514]. La faculté des parties de choisir la loi applicable a été considérée comme le prolongement de la liberté contractuelle en droit interne. Dans un deuxième temps, avec le développement de l'idée du « dirigisme contractuel » et du rôle régulateur de l'État dans les relations privées, un nouvel examen de la liberté des parties est devenu nécessaire, en prenant en compte les différents intérêts à satisfaire dans l'élaboration des règles de conflit de lois[515]. Actuellement, l'autonomie de la volonté connaît un succès généralisé comme principe de rattachement pour les obligations contractuelles internationales et, même en-dehors de la matière traditionnelle des contrats[516].

Ce succès du principe est généralement attribué à des questions économiques liées à la pratique des échanges commerciaux internationaux. La doctrine moderne s'accorde généralement sur divers fondements de l'autonomie de la volonté. Vue comme une simplification, elle se fonderait sur les besoins du commerce international, la prévisibilité de la résolution du conflit de lois, la sécurité juridique, l'éventuelle diminution des coûts des transactions, aussi bien que comme une possibilité de choisir une loi neutre, plus adaptée à chaque transaction[517]. Par ailleurs, le principe de l'autonomie de la volonté a également été fondé sur la liberté individuelle de la personne, c'est-à-dire la liberté que les individus ont d'agir comme ils l'entendent, que ce soit pour des questions liées à leur propre personne ou aux actes de commerce. Il existe encore des auteurs, tels que le professeur allemand Erik Jayme, qui, allant plus loin, justifient l'autonomie de la volonté par les principes des droits de l'homme[518].

---

[514] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 216.

[515] *Ibidem.*

[516] P. ex., dans le domaine du droit de la famille, plus spécifiquement concernant la réglementation des rapports patrimoniaux entre époux. D'autres hypothèses importantes se retrouvent en matière de succession, où la possibilité pour un individu de choisir la loi applicable, en tout ou en partie, à sa propre succession est prévue par certaines législations. D'autres domaines peuvent également être mentionnés, comme celui de la responsabilité délictuelle. Sur ce sujet, v. P. Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », Cours général de droit international privé, *RCADI*, 1999, vol. 276, p. 183 et s. En outre, plusieurs conventions internationales acceptent l'autonomie de la volonté en matière de droit de la famille, comme, par exemple : Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (arts. 7 et 8) ; Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (art. 3). Au sein de l'Union européenne, v. : 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) ; Règlement (UE) n° 1103/2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (art. 22) ; Règlement (UE) n° 1104/2016 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (art. 22) ; 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 (art. 22). En matière de responsabilité civile, v. : Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») (art. 14).

[517] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 216.

[518] Sur ce sujet, v. E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, 1995, vol. 251, p. 147-148.

En Europe, le principe de l'autonomie de la volonté a atteint une véritable hégémonie tout au long du XIX[e] siècle, mais ses excès étaient sévèrement critiqués vers la fin du XIX[e] siècle et au début du XX[e], jusqu'à arriver à l'actuelle conception dualiste et unifiée par la Convention de Rome, actuellement Règlement Rome I[519].

90. Si le processus unificateur en Amérique latine a été fortement influencé par les idées européennes et nord-américaines, l'évolution du principe de l'autonomie de la volonté a emprunté un chemin assez différent. Comme nous le verrons par la suite, la voie latino-américaine était marquée par une contradiction des idées : d'une part, l'Argentine, qui acceptait le principe d'une façon assez large[520], et d'autre part, l'Uruguay, qui le niait complètement[521]. D'ailleurs, au milieu de ces deux extrêmes se trouvaient la plupart des pays, comme le Brésil, où la doctrine et la jurisprudence étaient hésitantes et les législations restaient silencieuses quant à l'acceptation du principe[522].

La doctrine uruguayenne s'est particulièrement illustrée par une approche protectionniste marquée en matière de droit international privé. Les travaux des professeurs Opertti Badán et Fresnedo de Aguirre ont notamment mis en exergue les difficultés inhérentes à la reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté dans le contexte spécifique des pays en développement, dont l'Uruguay et ses voisins latino-américains[523]. La professeure Fresnedo de Aguirre a développé une critique substantielle de l'application de ce principe du choix de la loi applicable aux contrats internationaux. Son analyse souligne les déséquilibres structurels dans les rapports de négociation entre les parties contractantes, particulièrement visibles dans les économies en développement, ainsi que les risques

[519] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 211 ; M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 155 ; sur l'origine historique et la signification de la loi d'autonomie, et, d'un mode général, sur la loi applicable aux contrats, v. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 37 e s. ; v. aussi, V. Ranouil, *op. cit.*, p. 21 et s. ; C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 322 ; A. Curti Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 812 et s.

[520] En acceptant l'autonomie de la volonté avant l'entrée en vigueur du Code civil et commercial argentin, v. , en particulier, les doctrines de Goldschmidt et Boggiano. Pour une analyse en détail des doctrines argentines avant l'acceptation expresse de l'autonomie de la volonté, v. M.M. Albornoz, thèse, *op. cit.*, p. 92 et s.

[521] En Uruguay, se sont manifestées des opinions contraires à l'acceptation de l'autonomie de la volonté, en particulier, C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional,* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 51-53 ; D. Opertti Badán, C. Fresnedo de Aguirre*, Contratos Comerciales Internacionales: Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 16 et s. ; et Q. Alfonsín, *Escritos jurídicos*, t. 2, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1979.

[522] Pour une analyse historique des divergences doctrinales au Brésil et en Amérique latine, v. V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *Rev. Crit. de DIP*, Paris, Dalloz, 2019, vol. 2, p. 427- 456, p. 431 et s. ; V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, *Contratos comerciais internacionais em situações de crise: estudo comparado de direito europeu e latino-americano sobre negócios estrangeiros em crises transnacionais*, Belo Horizonte, D'Plácido, 2021.

[523] D. Opertti Badán, C. Fresnedo de Aguirre*, Contratos Comerciales Internacionales, op. cit.*, p. 16 et s.

d'injustice et d'insécurité juridique susceptibles de découler d'une liberté contractuelle sans des garde-fous suffisants[524].

Cette opposition doctrinale marquée, alimentée par des idées politiques de protectionnisme, l'absence d'un commerce actif et libéral, la persistance de la doctrine Calvo et la méfiance persistante à l'égard de l'arbitrage[525], explique en partie pourquoi la consécration formelle de l'autonomie de la volonté en Amérique latine n'est advenue qu'en 1994, à l'occasion de l'adoption de la Convention de Mexico. Cela dit, peu de pays ont accepté cette idée et ont continué d'être fidèles aux idées territorialistes de droit international privé du dernier siècle.

En raison de ce contexte marqué par des idées territorialistes, les trois premiers instruments adoptés dans la région, soit les Traités de Montevideo de 1889 et 1940, ainsi que le Code Bustamante, ont posé des défis à l'acceptation du principe de l'autonomie de la volonté comme lien de rattachement pour régir les contrats internationaux (Section 1)[526]. Ce principe n'a été explicitement intégré au niveau conventionnel qu'avec l'entrée en vigueur de la Convention de Mexico, établissant des normes claires et précises sur ce sujet (Section 2).

Section 1 — Divergences sur l'autonomie de la volonté

91. L'examen des raisons et des objectifs ayant motivé l'approbation des Traités de Montevideo et du Code Bustamante a révélé des divergences marquées entre les États. L'un des principaux points de divergence était précisément l'acceptation de l'autonomie

[524] C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, *op. cit.*, p. 98 et s. Pour une analyse critique de la thèse de la professeure Fresnedo de Aguirre, v. J. Basedow, « Theory of Choice of Law and Party Autonomy », *in* D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, n° 22. À propos de la thèse de la professeure Fresnedo de Aguirre, v. *infra* n° 521.

[525] V. J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.*, p. 306. Comme l'explique le professeur Moreno Rodríguez, la doctrine Calvo, qui a influencé la politique lors des premières codifications latino-américaines, a été élaborée à l'époque, en réaction au colonialisme européen et nord-américain, précisément pour contrer l'utilisation des *Claims Commissions* visant par là à obtenir des interventions diplomatiques. Cette expérience a été négative pour les pays latino-américains, puisque lesdites commissions ont systématiquement échoué contre leurs gouvernements dans des réclamations d'États étrangers pour des pertes subies par leurs ressortissants. Cela a abouti au paiement d'indemnisations considérables par les gouvernements latino-américains et à des pertes de territoires. Calvo, un juriste argentin (1824-1906), a donc élaboré une doctrine condamnant ces types d'intervention. C'est ainsi que la fameuse « clause Calvo » fut incluse dans les contrats entre États sud-américains et ressortissants étrangers, stipulant que les investisseurs étrangers auraient, au maximum, les mêmes droits que les nationaux et que leurs différends seraient tranchés par les juridictions locales, renonçant ainsi à la protection diplomatique de leurs gouvernements.

[526] Il est intéressant également de mentionner le *Traité bilatéral de droit international privé* conclu entre la Colombie et l'Équateur en 1903. À l'instar du Traité de Montevideo de 1889, conclu quelques années avant, ce dernier inclut une règle de conflit de lois qui désigne le lieu d'exécution comme critère de rattachement en matière contractuelle. Selon M. Rojas Tamayo, le choix de ce critère implique le rejet de tout autre critère objectif de rattachement, tel que l'autonomie de la volonté. Ainsi, selon lui, le Traité entre la Colombie et l'Équateur ne permet pas aux parties de choisir la loi applicable au contrat. V. D.M. Rojas Tamayo, *Le droit applicable au contrat en droit international privé colombien : Étude Comparée, critique et prospective*, thèse, Droit privé, Université Paris-Panthéon-Assas, 2017, p. 258-259.

de la volonté en matière contractuelle. Des objections à ce principe, émises notamment par les délégués uruguayens, ont été exprimées au cours des négociations. Cette contestation a exercé une influence sur la formulation actuelle des instruments, laquelle est caractérisée par une ambiguïté persistante au fil du temps.

Une analyse comparative des instruments permettra d'offrir une vision globale de la perception de l'autonomie de la volonté dans ces textes juridiques. On y verra une approche territorialiste dans les Traités de Montevideo (§1), suivie d'une certaine ouverture lors de l'adoption du Code Bustamante (§2). Toutefois, avant d'analyser le rôle de la volonté des parties dans ces instruments, il est essentiel de bien comprendre la notion même d'autonomie telle qu'elle était conçue lors des discussions de ces traités il y a plus d'un siècle. Cette conception, différente de celle d'aujourd'hui, a en effet influencé les solutions adoptées par ces instruments (paragraphe préliminaire).

Paragraphe préliminaire — L'évolution du principe d'autonomie de la volonté

92. Les solutions mises en œuvre par les instruments juridiques latino-américains illustrent non seulement les conceptions prédominantes de leur époque, mais révèlent également les tensions et divergences doctrinales, en grande partie influencées par les courants de pensée européens. Cette dynamique met en lumière l'interaction complexe entre les traditions juridiques locales et les influences extérieures, soulignant le riche échange intellectuel qui a façonné les codifications latino-américaines. En examinant ces influences croisées, on peut mieux comprendre comment les traditions européennes ont été adaptées, modifiées et parfois contestées pour répondre aux besoins juridiques propres de cette région.

Ce paragraphe préliminaire a ainsi pour objectif d'établir les bases nécessaires pour comprendre l'évolution et la conception du principe de l'autonomie de la volonté propre à chaque instrument étudié. En analysant comment ce principe a été perçu et appliqué dans le passé, cette analyse permettra de situer chaque convention dans son contexte, offrant ainsi une perspective critique sur les approches choisies. Elle cherche à mettre en lumière les divergences doctrinales qui ont façonné ces instruments anciens, afin de préparer le terrain pour une discussion plus nuancée des solutions contemporaines.

93. **La genèse du principe**. Sur le vieux continent, certains partisans des écoles statutistes et des théoriciens modernes du droit international privé avaient déjà évoqué la volonté des parties de fournir des solutions aux conflits de lois en matière contractuelle. Toutefois, ce principe était utilisé essentiellement à titre accessoire et explicatif[527]. En

[527] Selon Savigny, le droit des obligations repose sur une « soumission volontaire », qui dans la plupart des cas n'est pas exprimée formellement, mais qui résulte des circonstances du cas concret. Savigny préfère utiliser les termes « soumission volontaire » ou « soumission libre » au terme « autonomie » (v. F.C. de Savigny, *op. cit.*, p. 201). En langue française, Foelix, allemand naturalisé français, utilise par la première fois en 1843 les expressions

effet, l'usage en droit international privé du mot « autonomie », employé seul, ou attribué aux citoyens, l'homme ou aux parties, est né en Allemagne, notamment avec Savigny (1849)[528]. Mais l'idée même du principe de l'autonomie de la volonté, entendue comme le pouvoir de choisir la loi régissant un contrat, ne s'est affirmée dans la doctrine internationaliste qu'à la fin du XIX[e] siècle[529]. Ainsi, au lieu d'appliquer une loi objectivement choisie, qui se justifiait, entre autres, par la volonté des parties, il fut admis que les parties pouvaient choisir la loi régissant leurs contrats, en s'exprimant directement et librement. En d'autres termes, la volonté n'est plus une explication de la solution des conflits de lois, elle devient la solution même.

Ce principe fut appelé en langue française « principe de l'autonomie de la volonté » ou, dans les mots de Batiffol, « loi d'autonomie »[530]. Cette nouvelle conception ou notion de la volonté des parties est très importante : jusque-là perçue seulement comme une explication faite *a posteriori*, la volonté des parties devient la règle générale, le principe *a priori* du règlement du conflit de lois en matière de contrats[531].

---

similaires, telles que « autonomie de l'homme » et « autonomie des citoyens ». Selon Foelix, cette autonomie est relative « à tous les actes qui ne tombent pas dans l'application du statut personnel ou du statut réel », mais elle se trouve encore soumise, par « l'usage des nations », à une règle d'interprétation : celle selon laquelle « les parties contractantes ont eu l'intention de se conformer, dans leurs conventions, à la loi du lieu où celles-ci ont été consenties » (*v.* J.-J. G. Foelix, *Traité du droit international privé ou du conflit de lois des différentes nations,* 2[e] éd., Paris, Joubert, 1847, p. 91).

[528] V. Ranouil, *op. cit.*, p. 21.

[529] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 211 ; M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 155 ; sur l'origine historique et la signification de la loi d'autonomie, et, d'une manière générale, sur la loi applicable aux contrats, v. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 37 e s. ; en effet, depuis les travaux de Savigny et Foelix, des internationalistes commencent à modifier l'acception du concept *d'autonomie des parties* pour le transformer dans cette nouvelle idée *d'autonomie de la volonté* (V. Ranouil, *op. cit.*, p. 30). Les travaux de Laurent en Belgique méritent une attention. Pour lui, les parties doivent choisir la loi applicable au contrat, comme elles choisissent les clauses de leur accord ; en droit privé, les parties sont *souveraines* et *font le droit* : « […] en matière de conventions, les parties intéressées sont législateurs, et jouissent par conséquent de la plus entière liberté, tant qu'elles ne font que régler leurs intérêts privés […] ». Laurent ajoute encore : « Il nous faut des moyens de développer les facultés dont Dieu nous a doués ; les conventions nous les procurent ; de là leur infinie variété. De là aussi la liberté qui y préside. Si le législateur établit des règles sur les contrats, ce n'est pas pour les imposer aux parties contractantes ; il n'entend pas les enchainer, il ne fait que prévoir quelle est leur volonté en leur laissant la liberté de vouloir autre chose que ce que la loi a supposé être leur intention […] Ainsi la liberté est l'essence des conventions, c'est une maxime aussi vieille que les contrats […] Quel est l'objet des lois que le législateur porte sur les contrats ? Il ne commande pas, il ne défend pas ; il présume ce que les parties voudront, d'après la nature des diverses conventions, et il le fait pour l'utilité des contractants ; s'ils veulent ce que le législateur a supposé qu'ils voulaient, ils n'ont pas besoin d'écrire dans leurs actes toutes les obligations, tous les droits qui en découlent, ils n'ont qu'à s'en référer à la loi. Que si leurs intérêts et leurs intentions ne concordent pas avec les règles que la loi a tracées, ils peuvent déroger à la loi, et faire eux-mêmes leur loi […] Dans la matière des statuts, la volonté des parties n'est pour rien, c'est la loi qui domine, soit la loi personnelle, soit la loi territoriale ; tandis que, dans la matière des contrats, la volonté des parties est tout ; ce sont elles qui font la loi, c'est donc leur volonté qui déterminera la loi par laquelle elles seront régies ». F. Laurent, *Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1881, t. 7, p. 381 et s, spéc. p. 382-383.

[530] En anglais, il a été préféré l'expression *party autonomy* ; mais en espagnol et en portugais, les expressions utilisées sont des vraies traductions littérales de l'expression « autonomie de la volonté » : *autonomía de la voluntad* et *autonomia da vontade*, respectivement.

[531] Cf. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 211 ; M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 155 ; sur l'origine historique et la signification de la loi d'autonomie, et, d'un mode général, sur la loi applicable aux contrats, v. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 37 e s.

Plus particulièrement en France, l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux a été consacrée par la Cour de cassation en 1910 avec l'arrêt *American Trading*[532]. Dans cet arrêt, la Cour énonce que : « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée », ce choix pouvant « être exprès » ou « s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat ». Avec cet arrêt, le principe de l'autonomie de la volonté se voit enfin accueilli officiellement par le droit français comme règle *a priori* du règlement du conflit de lois[533].

Bien que le principe ait atteint une véritable hégémonie tout au long du XIX^e^ siècle, étant largement accepté[534], il a fait l'objet de sévères critiques, dénonçant ses excès, ce qui a conduit à la proposition d'une voie intermédiaire avec Batiffol et la « théorie de la localisation objective », aboutissant à la conception dualiste actuelle.

En réalité, en raison de l'excès que l'extension de la volonté des parties a pris dans le champ du droit international privé, une réaction doctrinale est apparue vers la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ siècle. Entre les auteurs qui critiquent et limitent l'autonomie laissée aux parties dans le champ contractuel, il convient de mentionner, en France, Aubry, Pillet, Audinet et Caleb ; en Belgique, Rolin ; en Suisse, Brocher ; et en Amérique latine, Ramírez et Bustamante.

Un bref rappel des principaux courants doctrinaux aidera à mieux comprendre ce contexte. D'une part, on trouve le courant subjectiviste[535], donnant une place plus importante à la

---

[532] Civ. 5 déc. 1910, *American Trading*, Rev. Dr. Int. 1911.395 ; JDI 1912.1156.

[533] V. B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé,* 5^e.^ éd., Dalloz, 2006, p. 98 ; v. aussi, M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 155.

[534] La plupart des internationalistes furent, jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle, favorables à l'autonomie comme principe régissant les contrats, mais la majorité n'a pas essayé d'en faire une théorie, comme Laurent. Ils énoncent souvent ce concept, employant les termes « autonomie des parties » ou « autonomie des contractants », mais ne fournissent pas toujours une explication détaillée. L'expression même de l'*autonomie de la volonté* apparait timidement en 1883 avec le professeur suisse Brocher, et rentre dans le vocabulaire internationaliste en 1886 sous l'influence de Weiss. Charles Brocher, professeur de Droit civil et de Droit international privé à l'Université de Genève, rapproche dans son *Cours de droit international privé*, publié en 1883, discrètement les mots *autonomie* et *volonté* séparément. Mais ce dernier utilise l'expression pour nier son existence : la volonté émane de la loi et doit se soumettre à elle. C'est en 1886 que A. Weiss, professeur à la Faculté de droit de Dijon, l'utilise fréquemment dans son *Traité élémentaire de droit international privé* et lance avec succès l'expression. L'usage de cette nouvelle expression traduit une prise de conscience du rôle de la volonté comme véritable *source du droit*. Les auteurs qui utilisaient des expressions similaires, telles que l'autonomie des parties, ne possédaient pas la prise de conscience du rôle de la volonté comme créatrice du droit et véritable élément de rattachement. L'usage exclusif de l'expression *autonomie de la volonté* traduit alors un changement dans la conception même de l'*autonomie*. Comme l'explique la professeure Ranouil, elle est une « idée nouvelle qui nait en même temps qu'une expression nouvelle ». Cf. V. Ranouil, *op. cit.*, p. 36 et s., spéc. p. 40 ; v. C. Brocher, *Cours de droit international privé : Suivant les principes consacrés par le droit positif français*, Genève, Librairie H. Georg, 1883, t. 2. v. aussi, A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2^e^ éd., Paris, Recueil Sirey, 1912, t. 4.

[535] Ce courant a été désigné différemment par la doctrine. En Allemagne, Christian Kohler le qualifie d'« autonomiste » ou de « jusnaturaliste ». Cf. C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 322 ; en Italie, Agostino Curti Gialdino, l'appelle « théorie de l'autocratie contractuelle ». Cf. A. Curti Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 812 et s.

volonté des parties, notamment avec les travaux de Laurent, Weiss et Surville ; et, d'autre part, le courant objectiviste[536], qui favorise l'autorité hiérarchique des lois étatiques. Ce débat doctrinal, qui débuta en Europe, influença fortement les États latino-américains, comme nous allons observer lors de l'étude des sources conventionnelles.

94. Le subjectivisme. Pour les partisans de la thèse subjectiviste « pure » ou « absolue »[537], les parties choisissent la loi applicable comme elles choisissent la teneur de leurs conventions. Le choix de la loi applicable serait alors une disposition contractuelle comme les autres[538]. La volonté des parties passe, selon cette théorie, avant la loi étatique. Par conséquent, le contrat n'est pas véritablement soumis à une loi. La loi choisie aurait une valeur égale ou même inférieure à celle des clauses du contrat international[539]. La volonté des parties est autosuffisante, laissant à la loi étatique un rôle seulement supplétif. Les parties seraient donc libres de choisir une loi sans aucun lien avec leur opération et d'exclure tout changement futur de cette loi qui pourrait avoir un impact sur leur contrat. Elles pourraient encore soumettre leur contrat à seulement une ou quelques-unes des dispositions de la loi désignée, ou, au contraire, retrancher quelques dispositions de la loi qu'elles ont choisie[540]. En réalité, la loi étatique désignée devrait être conçue, selon la thèse subjectiviste, comme si elle était incorporée au contrat ou contractualisée. Cela veut dire que la loi choisie aurait la même valeur que d'autres stipulations contractuelles ; elle serait utilisée pour compléter le contrat, si nécessaire, mais elle serait contournée par les clauses du contrat en cas de contradiction[541]. Enfin, en poussant cette théorie à l'extrême, les parties pourraient se soustraire à d'éventuels changements de la loi, choisir une règle de droit non étatique, ou même conclure un contrat qui n'est régi par aucune loi (le « contrat sans loi »). La volonté des contractants était considérée alors comme toute puissante et devait s'appliquer même en cas d'absence de manifestation expresse : si la loi n'était pas

[536] Ici encore, le courant a reçu des qualifications différentes. Pendant que l'allemand Christian Kohler l'appelle de courant « légaliste ». Cf. C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 331 ; l'italien Agostino Curti Gialdino se réfère à une « autonomie contractuelle, par contradiction à « autocratie contractuelle ». Selon lui : « La différence entre ces deux principes peut déjà être saisie d'après le sens du substantif par lequel on les indique respectivement. En employant le terme d'autonomie, et non plus d'autocratie, on veut entendre que la doctrine en question, tout en empruntant à la philosophie la justification ultime de la liberté individuelle, considère les manifestations de cette dernière, pour ce qui nous concerne l'autoréglementation des rapports patrimoniaux, comme des activités qui intéressent l'organisation du groupe social et dont la valeur juridique dépend de la loi ». Cf. A. Curti Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 815-816.

[537] V. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cti.*, p. 997.

[538] H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, Sirey, 1960, p. 40.

[539] P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 997.

[540] V. H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 44-45 ; v. aussi, M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 155 et s. ; A. Curti Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 812 et s. ; J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 13 et s.

[541] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 156.

expressément déterminée par les parties, la volonté tacite ou hypothétique des parties devrait être cherchée[542].

95. L'objectivisme. Les conséquences extrêmes de l'application de la thèse subjective ont augmenté le nombre de ses critiques. La critique de l'autonomie de la volonté commence déjà avec le professeur suisse Brocher, notamment dans son Cours de droit international privé, publié en 1883[543], et Ludwig von Bar en Allemagne, dans son ouvrage *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts,* publié en 1889[544]. Puis, cette critique est reprise avec plus de vigueur par la doctrine française, notamment Pillet et Aubry[545]. Déjà en 1894, Pillet affirme que « la volonté des parties ne peut ni étendre ni restreindre l'application d'une loi qui est par sa nature supérieure à cette volonté […] »[546]. Surville et Weiss restent fidèles à l'idée que les parties peuvent choisir la loi du contrat, et approuvent en cela la solution adoptée par la jurisprudence française dans les premières années du XX[e] siècle[547].

---

[542] *Ibidem.*

[543] Brocher s'exprimait de la manière suivante : « Le contrat est, de tous les faits juridiques, celui qui met le plus en évidence le pouvoir de la volonté individuelle ; c'est ici que se présente, le plus naturellement, la question de savoir quels rapports il existe entre cette puissance et celle de la loi ; il faut nous y arrêter quelques instants. Si ces deux éléments étaient indépendants l'un de l'autre, si la volonté individuelle pouvait apparaitre comme souveraine, se suffisant à elle-même et se dirigeant par sa propre autonomie, il faudrait lui faire directement sa place dans notre doctrine, lui attribuer une compétence lui appartenant en propre, et résoudre les conflits qui pourraient surgir d'une telle position. Nous ne croyons pas à la possibilité de tels conflits, parce que nous sommes persuadés que cette volonté ne cesse pas un instant de se trouver sous la dépendance de la loi. […] Cette autonomie émane de la loi. Hâtons-nous de le dire : celle-ci doit l'accorder aussi grande que possible ; mais elle ne la tient pas moins, en principe, en sa puissance : c'est elle qui fixe les limites dans lesquelles la liberté concédée peut se déployer ». Cf. C. Brocher, *op. cit.*, p. 67-68).

[544] K.L. von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechsts*, 2 Band, Hannover, Hahn'sche Buchhandlung, 1889, p. 1-7 ; K.L. von Bar, *The theory and practice of private international law*, 2[e] éd., Stockstadt, Allemagne, Keip, 1892, Traduction de l'allemand par Gödan, Jürgen Christoph, 2007. Selon von Bar : « Si l'intention des parties pouvait établir la loi territoriale à appliquer en matière d'obligations, elles pourraient simplement déclarer que toute loi étrangère doit régir un contrat conclu dans ce pays, à exécuter dans ce pays, et appartenant entièrement à ce pays, retirant ainsi à leur gré le contrat de toutes les règles de droit reconnues dans ce pays. La véritable signification de l'autonomie alléguée des parties est que celles-ci peuvent organiser leurs arrangements de façon qu'une loi locale particulière régule leur contrat, mais cela ne peut dépendre entièrement d'une déclaration d'intention capricieuse de leur part. En d'autres termes, lorsqu'un contrat est établi en tenant compte de toutes les considérations raisonnables, la loi de tel ou tel État régira ce contrat, et dans la mesure où elle permet aux intentions des parties d'avoir un champ d'application, nous devons respecter cette intention qui a été déclarée, non pas expressément peut-être, mais par implication seulement. […] Les circonstances dans lesquelles un contrat est conclu dépendent des parties et de leurs intentions, et donc, indirectement, la loi qui doit régir le contrat dépend aussi de ces circonstances. Mais la loi régissant n'est jamais directement dépendante de la volonté des parties. Elles peuvent choisir leurs circonstances ; elles ne peuvent pas choisir à leur gré la loi territoriale, qui ne dépend pas de leur bon plaisir. […] En effet, dans d'innombrables cas, les parties n'ont pas précisé par quelle loi leur accord doit être régi ; et lorsque les auteurs et les tribunaux judiciaires parlent, comme ils le font si souvent, des souhaits et intentions des parties concernant la loi locale régissant, ils entendent, en règle générale, non pas l'intention concrète réelle des parties, mais cette intention telle qu'elle doit être conçue selon les considérations objectives applicables dans chaque cas, *c'est-à-dire*, ils permettent à la nature du sujet considéré de donner la règle. » (Traduction libre de l'anglais).

[545] V. Ranouil, *op. cit.*, p. 102 et s.

[546] A. Pillet, *Principes de droit international privé*, Paris, Pedone Éditeur, 1903, p. 143.

[547] V. Ranouil, *op. cit.*, p. 99.

De façon générale, selon les défenseurs de la thèse objectiviste, le contrat n'est pas une affaire seulement privée qui peut commettre des injustices : il est aussi un « fait social » qui doit être placé sous le regard de l'État[548]. En opposition à la théorie subjectiviste, la thèse objectiviste s'est développée, ainsi, en donnant priorité à la loi étatique : un contrat serait toujours *soumis* à une loi[549]. Les parties choisissent la loi applicable, celle-ci conservant le caractère de « loi » (n'ayant pas le caractère de simple stipulation contractuelle, comme chez les subjectivistes).

Cependant, la critique n'a pas été uniforme. Elle s'est approfondie et a atteint son point extrême avec le cours professé en 1927 par Niboyet, à l'Académie de droit international, dans lequel il démontre que le concept même d'autonomie de la volonté n'existe pas[550].

La critique de l'autonomie de la volonté s'est déployée en deux étapes. Dans une première phase, que les professeurs Pascal de Vareilles-Sommières et Sarah Laval qualifient « d'objectivisme absolu ou radical »[551], la loi applicable à l'acte juridique, dans laquelle les parties puisent le régime juridique substantiel de leur acte, est fixée par le facteur de rattachement objectif, sans tenir compte de la volonté des parties. Ainsi, « si les parties insèrent une clause de choix de loi dans le contrat, la loi choisie n'évince pas la loi objectivement applicable, mais s'applique uniquement à la place de ses dispositions supplétives, comme le feraient des stipulations contractuelles »[552]. D'un côté, les dispositions impératives de la loi objectivement déterminée, et, de l'autre, les dispositions supplétives ou facultatives, auxquelles les parties peuvent substituer leur volonté. Ainsi, bien que l'autonomie de la volonté soit toujours reconnue, elle est désormais circonscrite aux domaines non couverts par les dispositions impératives. En d'autres termes, l'autonomie de la volonté est le principe qui permet de trancher uniquement le « conflit de lois supplétives »[553], ce que les auteurs qualifient d'« autonomie substantielle encadrée »[554]. Cela implique que, lorsque les parties incluent une clause de choix de loi dans le contrat, la loi choisie ne supplante pas la loi objectivement applicable, mais prend effet uniquement à la place de ses dispositions supplétives. Selon eux, les parties ne se voient alors accorder qu'une liberté équivalente à la liberté contractuelle dont elles disposeraient si le contrat était un contrat purement interne[555].

---

[548] Cf. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 155-156. Cette idée a été défendue également par Batiffol. V., H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 44-45.

[549] V. A. Curti Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 815-816.

[550] V. J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 57 et s., spéc. p. 59-60.

[551] P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 995.

[552] *Ibidem.*

[553] V. Ranouil, *op. cit.*, p. 101 et s. V., aussi, G.P. Romano, « Règles internationalement supplétives et règles internationalement disponibles », *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 243–252.

[554] P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 995.

[555] *Ibidem*.

Mais, dans une seconde étape, les critiques ne se contentent plus de démontrer que ce principe n'est pas apte à résoudre les conflits de lois impératives[556]. En outre, dans cette deuxième période, une volonté inexprimée est considérée comme une volonté inexistante. Pourtant, cela ne veut pas dire que le choix tacite n'est pas accueilli. En général, le choix tacite est admis, mais celui-ci doit être un choix non-équivoque ou sans ambiguïté[557]. La préoccupation, manifestée pour quelques auteurs, est qu'en cas de silence des parties, la sécurité juridique doit tout de même être assurée. Mais, comment assurer cette sécurité ? La solution varie selon les auteurs. La plupart d'entre eux soutiennent qu'en cas de silence, les conflits des lois supplétives ne peuvent pas être résolus par un recours à l'intention présumée des parties, c'est-à-dire par le principe d'autonomie. Dans un tel cas, le conflit devrait être résolu de la même façon que le conflit entre matières impératives[558]. En conséquence, ces restrictions successives ne laissèrent qu'une place résiduelle à l'autonomie de la volonté : les contractants peuvent choisir la loi du contrat seulement en matière facultative, mais cela à condition de le dire expressément ou tacitement, dans ce dernier cas, sans ambiguïté. En France, les auteurs qui représentent cette deuxième étape de l'objectivisme sont notamment à l'origine, Brocher, et plus tard, de Vareilles-Sommières (1897), Pillet dans la seconde partie de son œuvre (1924), Dreyfus (1904), Caleb (1927) et enfin Niboyet (1927)[559].

Niboyet mérite une attention spéciale pour l'originalité de sa pensée. En 1927, dans son cours à l'Académie de droit international, il critique radicalement le principe et nie complètement l'existence de l'autonomie de la volonté. Dans ses mots, « *l'autonomie de la volonté* n'existe pas », mais il existe tout simplement une « *liberté des conventions* »[560]. Ainsi, si, selon Niboyet, quand les parties choisissent une loi, elles n'ont voulu qu'indiquer le *contenu* de cette loi, à titre de convention des parties[561]. En effet, le choix des parties n'a pas alors d'effet sur la *lex contractus*, qui devrait être déterminée objectivement. Par conséquent, la liberté des parties se limite à la définition des termes du contrat, c'est-à-dire au droit matériel ; elles ne peuvent pas créer de droit[562]. Mais, dans un tel cas, quelle serait la loi qu'il fallait retenir : la loi du lieu de conclusion, celle du lieu d'exécution, de la nationalité commune des parties, ou encore celle du domicile commun des parties ? Ces

[556] V. Ranouil, *op. cit.*, p. 112.

[557] *Ibid*, p. 112 et s.

[558] *Ibidem*.

[559] V. Ranouil, *op. cit.*, p. 112 et s.

[560] Cf. J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 57.

[561] *Ibid*, p. 60.

[562] Selon Niboyet : « La volonté des contractants n'est pas élevée au rang de pouvoir souverain autonome, parallèle à celui du législateur ; les parties ont tout simplement une certaine liberté de convention dans les limites fixées par la loi compétente. Et quand elles en usent, elles agissent seulement dans les limites de cette liberté. Pour tout dire, elles n'ont jamais aucune autonomie, considérée *comme le pouvoir de choisir une loi compétente* ou de résoudre elles-mêmes un conflit de lois. La loi étrangère n'intervient, ici encore, qu'en qualité de *droit matériel*, et non pas à titre de *droit international* » (J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 59-60). V. aussi, M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 155-159 ; H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 11.

incertitudes expliquent que, dans plusieurs pays, la volonté des parties a pris une place plus importante, sans que la thèse subjectiviste soit adoptée dans sa version extrême[563].

En effet, un objectivisme aussi radical souffre, comme le notent les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, d'un « défaut fondamental » : celui de ne pas prévoir un régime spécifique au contrat international. En effet, dans cette doctrine, la liberté reconnue aux parties dans le cadre d'une loi objectivement déterminée n'est pas plus étendue que celle accordée par cette même loi aux contrats internes. La liberté reconnue au contrat international demeure donc identique à celle des contrats purement internes. Or, comme l'ont souligné les professeurs cités, « la reconnaissance spontanée par la pratique d'une certaine liberté de choix dans le contrat international est le signe d'une nécessité : de par sa nature, le contrat international appelle une souplesse de régime particulière »[564]. Ces différentes raisons imposent ainsi de reconnaître aux parties la faculté de désigner le droit applicable.

96. Batiffol et la théorie de la localisation objective. En 1938 en France, Batiffol propose une théorie médiane : la théorie de la « localisation objective », considérée comme un courant objectiviste tempéré[565]. Cette théorie a marqué la jurisprudence française, jusqu'à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome en 1991. Selon Batiffol, les parties ne pouvaient pas choisir directement la loi applicable au contrat. En adoptant une solution unitaire s'appliquant aux cas de volonté tacite, comme aux cas de volonté exprimée, Batiffol affirmait que « les parties ne choisissent pas formellement la loi applicable », mais « elles localisent leur contrat, et le juge en déduit la loi applicable »[566]. Ainsi, lors du choix, il aura seulement une localisation ou un simple facteur à prendre en compte. La volonté des parties jouait alors un rôle *indirect* pour la détermination de la loi applicable. Pour dissiper l'incertitude que cette déclaration pourrait susciter, Batiffol a établi une méthode de « présomptions hiérarchisées » pour déterminer quelle loi s'applique. La loi choisie par les parties, étant, pour Batiffol, un des multiples indices de localisation du contrat, elle pourrait être écartée lorsqu'elle n'a aucun rapport avec les autres indices[567]. Nonobstant, la théorie de la localisation objective de Batiffol n'a pas totalement convaincu : les indices de localisation laissaient toujours place à l'incertitude et à l'insécurité juridique[568].

---

[563] Cf. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 157.

[564] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 243.

[565] P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 996.

[566] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats, op. cit.,* p. 38-39.

[567] Pour Batiffol, les deux « indices généraux » pour définir le droit applicable étaient le lieu de conclusion et le lieu d'exécution. Sans oublier ses points de faiblesse, il manifeste une claire préférence pour le lieu d'exécution lorsqu'il affirme que celui-ci « constitue un indice qui, en lui-même (à la différence du lieu de conclusion), est décisif ». En plus de ces deux critères généraux, il mentionne d'autres « indices éventuels », qui peuvent être observés dans quelques catégories de contrats (p. ex., la nationalité ou le domicile des contractants, les clauses compromissoires et attributives de juridiction, la référence faite dans le contrat par les parties à un texte ou une règle d'une législation déterminée). À défaut de ces indices, l'indice général du lieu de l'exécution principale et caractéristique du contrat doit prévaloir. Si le lieu d'exécution n'est pas « nettement déterminé », la loi du lieu de conclusion pourra s'appliquer. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 82 et s., spéc. p. 156.

[568] Cf. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 158-159.

97. L'état actuel de la liberté de choix : l'autonomie en tant que règle de conflit autonome et le système dualiste. Depuis le milieu du XX[e] siècle, l'idée d'une théorie unique ou moniste fut progressivement abandonnée, donnant lieu à un système dualiste, qui mélange certaines caractéristiques du subjectivisme et de l'objectivisme. Du subjectivisme a été reprise l'idée de la liberté des parties de choisir la *lex contractus*, bien qu'avec des tempéraments. La loi d'autonomie devient ainsi le facteur de rattachement principal dans une règle de conflit bilatérale et neutre. Ainsi, la volonté des parties a bien, à ce jour, pour objet de *désigner* la loi applicable, et non plus seulement de localiser le contrat. Parallèlement, elle *régit* le contrat : il ne s'agit plus d'incorporer la loi choisie au contrat, ni de restreindre cette liberté aux seules dispositions supplétives de la loi applicable[569].

En l'absence de choix, l'objectivisme prend le rôle : il ne convient plus de chercher une volonté hypothétique, mais de concevoir des règles de rattachement utilisant des facteurs objectifs préétablis qui définissent quelle est la loi qui régira le contrat[570]. D'ailleurs, quelques adaptations pour servir les nécessités du commerce peuvent également être adoptées, comme le mécanisme de lois impératives ou l'application directe des règles matérielles de droit international privé.

En Europe, dès 1955, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels avait mis en pratique le dualisme, mais c'est avec la Convention de Rome et le Règlement Rome I que le sujet a été finalement harmonisé au sein de l'Union européenne. En reconnaissant les avantages de l'autonomie de la volonté, tant la Convention de Rome comme le Règlement Rome I annoncent expressément la possibilité des parties de choisir directement la loi applicable à leur contrat.

Comme nous allons le montrer par la suite, les critiques adressées à l'autonomie de la volonté ont marqué les débats doctrinaux ayant entouré l'adoption des premiers traités latino-américains, à savoir les Traités de Montevideo (1889, 1940) et le Code Bustamante (1928).

§1 — L'approche néo-territorialiste des Traités de Montevideo de 1889 et 1940

98. Les Traités de Montevideo de 1889 et 1940 établissent des rattachements objectifs pour désigner la loi applicable aux contrats internationaux, sans faire aucune référence au choix de la loi applicable. Ce silence a suscité des interrogations quant à l'interprétation et à l'application de leurs normes, engendrant des divergences dès les négociations

[569] V. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale*, t. 2, 5[e] éd., Thémis droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2021, p. 405.

[570] V., en particulier, B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 215 et s. ; et M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 161 et s.

initiales. La recherche d'un compromis lors de la rédaction des Traités a abouti à l'adoption d'un texte lacunaire, caractérisé par des clauses souvent ambiguës, ouvrant ainsi la porte à des interprétations variées. La jurisprudence, rare, n'apporte que peu d'éclaircissements sur l'acceptation ou l'interdiction de l'autonomie de la volonté dans les Traités, mais indique une tendance à nier ce principe. Les positions au sein de la doctrine divergent, se manifestant par une forte opposition au principe, particulièrement en Uruguay, et au contraire par une large acceptation en Argentine.

Face à l'obscurité et l'ambiguïté des interprétations conventionnelles et de la jurisprudence qui s'y rapporte, il est essentiel d'effectuer une analyse approfondie du contexte auquel ces accords étaient confrontés pour réellement comprendre la place de l'autonomie de la volonté dans ces instruments. Il est ainsi impératif d'explorer les travaux préparatoires de ces Traités, à savoir les projets discutés lors des Congrès de Montevideo. Cette étude offre une perspective unique sur le processus d'élaboration des Traités de Montevideo, montrant comment différentes visions ont été conciliées (ou non). De plus, elle met en lumière l'évolution de la conception de l'autonomie de la volonté, à une époque différente de celle actuelle, apportant une compréhension approfondie de l'influence de ces délibérations sur la pensée juridique et la rédaction finale des Traités de Montevideo.

En examinant les contours de ces discussions, l'analyse s'oriente vers une exploration qui transcende la simple lecture des textes juridiques. L'objectif est de comprendre comment les échanges ont contribué à l'évolution des idées juridiques et à la formulation de ces traités. Il s'agit de saisir la manière dont les échanges doctrinaux et diplomatiques ont façonné l'évolution des concepts juridiques et conduit à l'élaboration de ces traités. Cette démarche permettra d'identifier la solution finalement retenue par les Traités, de retracer l'évolution des principes fondamentaux qui les sous-tendent, et d'apprécier leur pertinence au regard des exigences contemporaines du commerce international. Compte tenu de leurs spécificités respectives, cette section examinera successivement les Traités de Montevideo de 1889 (A), puis leurs versions révisées de 1940 (B).

A. Les Traités de Montevideo de 1889

99. Les Traités de Montevideo de 1889, en particulier ceux concernant le droit civil international et le droit commercial international, ne font aucune référence au choix de la loi applicable. Ils s'inscrivent dans la méthode classique de Savigny en établissant des critères de rattachement formulés de manière générale et abstraite, qui seront examinés plus en détail au deuxième chapitre du présent titre[571]. Ce silence a engendré des

[571] Il convient néanmoins de relever qu'à la différence de la doctrine de Savigny, les Traités de Montevideo n'opèrent pas un renvoi à la loi applicable à « chaque obligation » prise isolément, mais à celle régissant le « contrat » dans son entier. Ainsi que le souligne le professeur Samtleben, cette référence plus générale au contrat procède de l'influence du juriste brésilien Teixeira de Freitas, dont les travaux ont marqué le Code civil argentin et, par voie de conséquence, inspiré Ramírez lors de la rédaction du projet du Traité de Montevideo de 1889. En fait, Teixeira n'avait pas retenu le critère du rattachement du lieu d'exécution ; à cet égard, le Traité rejoint la solution retenue par

interprétations divergentes du traité, certaines le considérant comme une acceptation implicite de l'autonomie de la volonté, tandis que d'autres l'interprètent comme un refus de cette autonomie.

Pour appréhender de manière approfondie le rôle de l'autonomie de la volonté dans les Traités de Montevideo de 1889, il convient d'examiner deux dimensions essentielles. D'abord, la constatation des divergences doctrinales relatives à l'acceptation de l'autonomie de la volonté rend nécessaire un examen approfondi du contexte historique et des débats doctrinaux survenus lors du premier Congrès de Montevideo de 1889 (1). Ensuite, l'analyse de la position jurisprudentielle, qui a directement influencé l'application de ce principe, sera développée, afin de formuler des conclusions et d'évaluer la véritable place de ce principe dans le cadre des Traités de 1889 (2).

1. Évaluation critique de l'incorporation de l'autonomie de la volonté dans les Traités de Montevideo de 1889

100. L'étude des Traités de Montevideo de 1889 soulève des questions complexes, notamment concernant l'intégration du principe de l'autonomie de la volonté. Compte tenu du manque de consensus jurisprudentiel sur ce sujet, il est crucial d'examiner deux aspects clés : les débats doctrinaux sur l'interprétation de ces traités (a) et leur contexte historique (b). Cela nous aidera à percevoir les circonstances et les influences qui ont contribué à leur élaboration. Ensemble, ils constituent une base essentielle pour comprendre comment l'autonomie de la volonté a été intégrée et appliquée dans ce cadre juridique international (c).

(a) Les divergences doctrinales

101. L'exploration des solutions adoptées par les Traités de Montevideo de 1889 met en évidence les divergences d'interprétation concernant l'intégration du principe d'autonomie de la volonté. Le débat se structure autour de deux axes principaux : d'une part, les arguments s'opposant à la réception de ce principe, en adoptant une interprétation littérale et contextuelle (i) ; d'autre part, les arguments en faveur de son acceptation qui mettent en avant une plus grande liberté et une interprétation plus souple (ii).

(i) Les arguments contraires à la réception de l'autonomie de la volonté

102. Arguments contraires à l'autonomie de la volonté conflictuelle. La doctrine, notamment uruguayenne, a avancé des arguments contraires à la réception de l'autonomie

---

Savigny. V. J. Samtleben, *Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano*, *op. cit.*, p. 209.

de la volonté par les Traités de Montevideo de 1889. Parmi ces arguments, l'on trouve : une interprétation littérale et contextuelle des traités menant à un complet silence quant au principe d'autonomie de la volonté, qui est donc nié ; les règles objectives contenues dans les traités sont impérativement applicables, car elles correspondent à de véritables règles matérielles qui ne peuvent être contournées par d'autres critères de rattachement, comme la volonté des parties ; finalement, il y a aussi les difficultés pratiques liées à l'acceptation du principe.

En faisant une lecture littérale et contextuelle des normes des Traités de 1889 et en analysant les discussions qui ont eu lieu lors du Congrès, une partie de la doctrine rejette l'idée d'une adoption du rattachement de l'autonomie de la volonté[572]. Or, dans la mesure où ces traités demeurent silencieux quant à la loi d'autonomie, celle-ci se serait trouvée implicitement condamnée. Cela était fortement soutenu par une grande majorité de la doctrine uruguayenne[573]. La doctrine d'autres pays membres, telle que l'Argentine[574], la Colombie[575] et le Paraguay[576], s'est également exprimée contre l'acceptation de

[572] V., en particulier, M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 47 et s. ; F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 51 et s. ; N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.,* p. 58.

[573] En Uruguay, Didier Opertti Badán et Cecilia Fresnedo de Aguirre se sont manifestées contraires à l'acceptation de l'autonomie de la volonté par les Traités de Montevideo de 1889 (V., en particulier, C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, op. cit.*, p. 51-53 ; et D. Opertti Badán, C. Fresnedo de Aguirre*, Contratos Comerciales Internacionales, op. cit.*, 1997, p. 16 et s.). Quintín Alfonsín et Ruben B. Santos Belandro nient aussi l'adoption par le traité d'une autonomie conflictuelle. Cependant, ces auteurs spécifient que les traités admettent une autonomie matérielle des parties, c'est-à-dire, une liberté de choisir le contenu du contrat. (V. Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, p. 31). D'ailleurs, pour le professeur Santos Belandro, la proposition des Traités de Montevideo ne se restreignait pas à un choix entre les théories antagonistes subjectives et objectives ; mais les congressistes ont également examiné le choix entre une position universaliste et une position particulariste et ont décidé que l'universalisme ne pouvait être atteint que par le biais d'un objectivisme pur. À ce sujet, v. R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales: Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología,* 2e éd., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 56 et s.

[574] En Argentine, Goldschmidt semble être partisan de cette thèse : « Dans aucun des deux cas, l'autonomie de la volonté n'est admise comme point de rattachement : le premier la réduit au silence et le second la répudie (Protocole additionnel de 1940 : art. 5) » (Cf. W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado: Derecho de la tolerancia basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 8e éd., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995, p. 392). D'autres auteurs argentins se sont manifestés contre l'acceptation de l'autonomie de la volonté par le Traité de 1889, tels que Sara L. Feldstein de Cárdenas, pour qui l'admission de la faculté de l'élection de la loi applicable dans le système du Traité de Montevideo de 1889 est « hautement discutable » (Cf. S.L. Feldstein De Cárdenas, *Contratos internacionales: Contratos celebrados por ordenador; Autonomia de la voluntad; Lex mercatoria,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 99). Cela est également le cas du professeur argentin Ciuru Caldani, selon lequel « […] les traités de Montevideo et de 1889 n'admettent pas l'autonomie des conflits et le protocole additionnel aux traités de 1940 la rejette expressément (art. 5) ». Cf. M.A. Ciuro Caldani, *El Derecho Internacional Privado ante los Procesos de Integración: con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur,* Rosario, Argentine, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1998, p. 72 (traduction libre de l'espagnol).

[575] En Colombie, Daniel Miguel Rojas Tamayo s'est également manifesté contre l'acceptation de l'autonomie de la volonté par le Traité de 1889. V. D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 259-260.

[576] Au Paraguay, José Antonio Moreno Rodríguez souligne que le Traité de 1889 n'a pas accepté l'autonomie conflictuelle, c'est-à-dire la possibilité des parties de choisir la loi applicable, mais qu'il a accepté l'autonomie de la volonté dans l'ordre juridique interne. V. J.A. Moreno Rodríguez, « El rol pionero de los tratados de Montevideo

l'autonomie de la volonté par les Traités de Montevideo de 1889 d'un point de vue conflictuel et même matériel[577]. D'ailleurs, des auteurs des pays tiers aux Traités, tels que le Brésil, le Chili et Cuba, partagent également cette opinion[578].

À ce sujet, la professeure uruguayenne Cecilia Fresnedo de Aguirre précise que, lors du Congrès de 1889, la loi du lieu d'exécution a été clairement retenue, « excluant toute possibilité pour les parties de choisir une autre loi pour régir leur contrat »[579]. Et elle ajoute : « cette interprétation des Traités de Montevideo n'est pas seulement littérale et logique, mais elle ressort également des actes et des commentaires des délégués participant aux Congrès »[580]. D'ailleurs, dans son cours donné à l'OEA en 2004, elle écarte même l'autonomie matérielle des parties lorsqu'elle affirme que les Traités de Montevideo 1889 écartent toute possibilité pour les parties de contourner leurs dispositions normatives « que ça soit par le biais d'une autonomie conflictuelle ou même d'une autonomie matérielle »[581].

Le professeur Jürgen Samtleben s'accorde avec l'idée selon laquelle le contexte historique du Traité de 1889 fait ressortir une non-acceptation expresse de l'autonomie de la volonté. Comme il l'affirme : « Le Traité de Montevideo de 1889, à l'instar du Code civil argentin,

---

para la codificación del derecho de la contratación internacional en el mundo », *in* D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 189-200, p. 178.

[577] Sur la négation de l'autonomie matérielle du contrat dans les Traités, v. la position de Mme Naiara Posenato, qui affirme : « Dans cette optique, tant l'interprétation systématique du traité que l'analyse des travaux préparatoires conduisent à considérer que celui-ci, dès ses origines, n'admet pas l'autonomie des parties — et cela non seulement en ce qui concerne le choix de la loi applicable aux contrats, mais encore plus fondamentalement à l'autonomie matérielle sous l'angle strictement conflictuel, c'est-à-dire en ce que la liberté des parties, quant au contenu du contrat, pourrait affecter la détermination de la loi applicable en désignant volontairement le lieu d'exécution » (N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 58. Traduction libre de l'italien). Dans un sens contraire, admettant le choix indirect de la loi par le choix du lieu d'exécution : N. de Araujo, *Contratos Internacionais : Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, *op. cit.*, p. 164.

[578] Au Brésil, Nadia de Araujo nie la réception de l'autonomie de la volonté par les Traités de Montevideo de 1889, mais affirme qu'il reconnaît une autonomie indirecte par le biais de la liberté que les parties ont de choisir le lieu d'exécution du contrat. Selon l'auteure : « Le traité ne retient pas l'autonomie de la volonté parmi ses normes, mais seulement la liberté des parties de choisir le lieu d'exécution, garantissant ainsi indirectement l'application de la loi souhaitée ». (Cf. N. de Araujo, *Contratos Internacionais*, *op. cit.*, p. 164) (traduction libre du portugais). Au Chili, Mario Ramírez Necochea affirme que : « Par exception à la tendance moderne, les traités de Montevideo de 1889 et 1940 n'acceptent pas le choix de la loi par les parties à un contrat. » (Cf. M. Ramírez Necochea, *Derecho Internacional Privado*, 1re éd., Santiago, Legal Publishing Chile, 2013, p. 234). (Traduction libre de l'espagnol). À Cuba, Rodolfo Dávalos Fernández s'est ainsi manifesté : « Sans entrer dans les discussions théoriques soulevées par la doctrine sur les raisons pour lesquelles les *Conventions de Montevideo* ont rejeté ou n'ont pas admis l'autonomie de la volonté en matière de choix de la loi applicable aux contrats, il est certain, comme l'a souligné le professeur argentin Ciuro-Caldani, que les traités de Montevideo de 1889 n'admettent pas l'autonomie des conflits et le protocole additionnel aux traités de 1940 la rejette expressément (art. 5) ». (Cf. R. Dávalos Fernández, *Fronteras y Contratos: Derecho aplicable al Contrato Internacional,* La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2005, p. 88 (Traduction libre de l'espagnol).

[579] C. Fresnedo de Aguirre, *Contratos Comerciales Internacionales, op. cit.*, p. 51 (traduction libre de l'espagnol).

[580] *Ibidem.*

[581] C. Fresnedo de Aguirre, « La autonomía de la voluntad en la contratación Internacional », *Derecho Internacional, Comercio, Finanzas y Desarrollo*, Trigésimo Primer Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano, 2005, p. 323-391 (traduction libre de l'espagnol).

s'écarte de la pensée de Freitas, en n'admettant pas l'autonomie de la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable au contrat. Cela découle du caractère impératif de ses dispositions, et ce point est confirmé tant par la doctrine que par la jurisprudence »[582].

Pour les professeurs Didier Opertti Badán et Cecilia Fresnedo de Aguirre, les règles des Traités de 1889 sont de véritables règles matérielles, qui ne peuvent pas être contournées par les parties avec un choix d'une loi différente de celles établies objectivement :

> « Les règles de conflit de lois adoptées par les Traités de Montevideo de 1889 sont, en ce qui concerne le conflit lui-même, de véritables règles matérielles, raison pour laquelle leur application est inévitable, ne permettant pas de déduire de l'absence d'une interdiction expresse une autorisation aux parties qui permettrait de contourner ces règles matérielles. »[583]

Le professeur colombien Daniel Miguel Rojas Tamayo conteste également l'interprétation selon laquelle le Traité de droit civil international de 1889 aurait accepté l'autonomie de la volonté. Il éclaire son point de vue en soulignant que :

> « […] l'adoption du lieu d'exécution comme critère de rattachement constitue le rejet tant de tout autre critère objectif de rattachement que de l'autonomie de la volonté. Ensuite, et il s'agit là de l'objection décisive, dès lors que l'adoption du principe a été discutée lors des travaux préparatoires du Traité et que les représentants des délégations se sont mis d'accord sur un texte qui ne le consacre pas, il est inévitable de conclure que la liberté de choix a été exclue du système mis en place par le Traité. »[584]

En outre, il admet que la liberté de choix dans le Traité serait une *source de difficultés*, car « aucune question sur le choix ne pourrait y trouver de réponse, ce qui remettrait en question l'objectif d'unification poursuivi par ce type de conventions »[585].

103. Limitation à l'autonomie matérielle. Les professeurs Ruben Santos Belandro et José Antonio Moreno Rodríguez justifient encore la non-acceptation de l'autonomie conflictuelle dans le Traité de Montevideo par le contexte du Congrès et la tendance universaliste qui a caractérisé l'approbation des Traités de Montevideo[586]. Selon le

---

[582] J. Samtleben, « Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano », *op. cit.*, p. 210 (traduction libre du portugais).

[583] D. Opertti Badán, C. Fresnedo de Aguirre, *Contratos Comerciales Internacionales*, *op. cit.*, p. 18.

[584] D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 259-260.

[585] *Ibidem.*

[586] Rappelons brièvement que, pour la doctrine universaliste, la règle de conflit de lois aurait vocation à être la même partout. Elle se manifeste dans de nombreux pays, notamment avec le personnalisme de Mancini en Italie, repris par Laurent en Belgique et avec la vigoureuse pensée de Savigny en Allemagne. Le pouvoir législatif serait un pouvoir dérivé du droit des gens ; elle implique alors une vision moniste du système juridique, et considère qu'il est nécessaire que les systèmes juridiques nationaux se soumettent à l'ordre juridique international. Cela signifie que les conflits pourraient être résolus de la même manière, quel que soit le pays dont le juge est compétent. L'hypothèse

professeur Belandro, en plus de suivre la doctrine objectiviste pure[587], les Traités de Montevideo de 1889 et 1940 s'inscrivent dans une tendance universaliste du droit international privé et de l'idée de souveraineté de l'État[588]. Le professeur Moreno Rodríguez explique que le débat à Montevideo ne consistait pas seulement à prendre position pour ou contre l'autonomie de la volonté, mais qu'il s'agissait d'une raison beaucoup plus profonde, celle de l'adhésion de ses rédacteurs à la thèse universaliste :

> « […] dans les Traités de Montevideo de 1889, sous l'influence des idées universalistes, on a voulu unifier le droit international privé en recourant au mécanisme de la convention internationale, considérée comme le moyen approprié pour réaliser l'uniformité des solutions. Et il a été exclu que le pouvoir discrétionnaire des parties contractantes puisse en disposer autrement, étant entendu que cela serait contraire à l'universalisme que l'on cherche à atteindre. »[589]

Ainsi, selon le professeur Belandro, dans le cadre des Traités de 1889, les parties ne bénéficient pas d'une autonomie conflictuelle, mais seulement d'une « autonomie de négociation » (*autonomía negocial*, en espagnol). La liberté des parties dans un contrat international serait restreinte aux mêmes limites que celle des parties dans un contrat purement national[590], c'est-à-dire celle de choisir le contenu de leur contrat, et non de déterminer la loi applicable à celui-ci.

était que la loi qui était particulièrement bien placée serait la meilleure en termes de résultat. À l'opposé de ces tendances universalistes, on trouve les doctrines particularistes, qui estiment que la règle de conflit de lois tient ses racines dans le système juridique national interne et qu'il est donc normal qu'elle soit différente d'un État à l'autre. Selon la thèse particulariste, il appartient aux États qui composent la communauté internationale de définir de manière individuelle les critères de rattachement des différents droits nationaux. Elle reconnaît que la source des règles de droit international privé se trouve dans chaque État et non dans l'ordre international. Par conséquent, ce courant particulariste incite souvent l'utilisation de la méthode de la règle de conflit unilatérale. Ces doctrines particularistes se sont développées en France avec Bartin, puis avec Niboyet, en Allemagne avec Kahn, et en Italie avec Anzilotti et Ago. Cf. H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*, p. 90. Sur l'universalisme et la pensée de Savigny, v., B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, *op. cit.*, p. 473 et s.

[587] Sur l'objectivisme et les critiques à l'autonomie de la volonté, v. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 995 et s. ; et V. Ranouil, *op. cit.*, p. 101 et s.

[588] Cependant, selon lui, la conviction d'obtenir l'unicité des solutions, que nourrissaient les rédacteurs de ces traités, cachait une différence fondamentale avec ses défenseurs européens, notamment avec Savigny. Il explique que, lors du Congrès, le principe de la recherche du siège de la relation juridique a été détaché de son fondement essentiel, et la notion de « nature de la relation » a été progressivement assimilée aux concepts de droit interne, propres à chaque État. Cf. R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 55 et s.

[589] J.A. Moreno Rodríguez, « El rol pionero de los tratados de Montevideo para la codificación del derecho de la contratación internacional en el mundo », *op. cit.*, p. 178.

[590] *Ibidem.*

(ii) Les arguments en faveur de l'acceptation de l'autonomie de la volonté

104. Acceptation tacite de l'autonomie de la volonté. Cette interprétation restrictive a été contestée par une partie de la doctrine, notamment en Argentine, où les travaux du professeur Boggiano ont exercé une influence considérable sur l'évolution de la pensée juridique[591]. Un raisonnement totalement opposé a été adopté : le « silence vaut acceptation ». Selon cette partie de la doctrine argentine, dès lors que les Traités de 1889 n'interdisent pas expressément aux parties la désignation d'une loi autre que celle désignée par les règles de conflit posées par les Traités, ce choix doit être compris comme permis[592]. En d'autres termes, l'autonomie de la volonté serait tacitement reconnue dès lors qu'aucune prohibition expresse n'y fait obstacle. Selon la professeure María Mercedes Albornoz, cette interprétation trouverait même un fondement constitutionnel, le principe s'ancrant dans la Constitution argentine, qui consacre l'adage selon lequel tout ce qui n'est pas expressément interdit doit être tenu pour permis[593]. D'ailleurs, l'article 31 de la même Constitution établit que « la Constitution, les lois de la Nation édictées par le Congrès en conséquence et les traités avec des États étrangers sont la loi suprême de la Nation »[594]. La professeure María Mercedes Albornoz en conclut que « le Traité de Droit civil international est donc loi suprême de la Nation, et, comme il n'interdit pas l'autonomie de la volonté, celle-ci doit être comprise comme admise »[595].

Un deuxième argument repose sur l'analogie avec le régime des conventions matrimoniales. L'article 40 du Traité de Montevideo de droit civil international de 1889 établit que « les capitulations [conventions] matrimoniales règlent les rapports des époux quant aux biens qu'ils possèdent au moment de la conclusion du contrat et à ceux qu'ils acquièrent par la suite, dans tout ce qui n'est pas interdit par la loi du lieu où ils se trouvent »[596]. Et, l'article 41 du même Traité ajoute que le régime matrimonial « à défaut de conventions spéciales, pour tout ce qui n'y est pas prévu et pour tout ce qui n'est pas interdit par la loi du lieu de situation des biens », sera régi par « la loi du domicile conjugal

---

[591] V., en particulier, A. Boggiano, *Tratado de derecho internacional privado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 6e éd. act., 2017, p. 262 ; A. Boggiano, *Contratos Internacionales*, 2e éd., Buenos Aires, Depalma, 1995, vol. 2, p. 15 et s. ; M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit*., p. 48 et s. ; et M. Argúas, C.A. Lazcano, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, El Ateneo, 1926.

[592] V. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit*., p. 48.

[593] *Ibidem.* Selon l'article 19 de la Constitution argentine : « Article 19 — Les actions privées des hommes qui n'offensent en aucune manière l'ordre et la morale publique, ni ne nuisent à un tiers, sont réservées uniquement à Dieu et exemptes de l'autorité des magistrats. Aucun habitant de la Nation ne sera contraint de faire ce que la loi n'ordonne pas, ni privé de ce qu'elle ne prohibe pas ». Argentine, Loi nº 24 430 du 15 décembre 1994, *Constitution de la Nation argentine*, 3 janvier 1995 (traduction libre de l'espagnol).

[594] Argentine, Loi nº 24 430 du 15 décembre 1994, *Constitution de la Nation argentine*, 3 janvier 1995 (traduction libre de l'espagnol).

[595] *Ibidem.*

[596] Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, México, 1889, p. 528-529 (traduction libre de l'espagnol).

qu'ils ont fixé, d'un commun accord, avant la célébration du mariage »[597]. Au vu de ces articles, il a été soutenu par la doctrine argentine que « si l'autonomie de la volonté est admise dans une matière si limitée par des interférences étatiques que celle des capitulations matrimoniales, on ne voit pas pourquoi elle devrait être rejetée dans le champ contractuel »[598]. Or, dès lors que les parties peuvent choisir le pays où ils établiront leur domicile conjugal, et en conséquence, la loi applicable à leur régime matrimonial, l'autonomie de la volonté serait également acceptée, par analogie, dans le champ contractuel.

Un troisième argument se concentre sur la réfutation de la thèse subjectiviste par les Traités. Cela ne signifierait pas nécessairement le rejet du principe de l'autonomie de la volonté, mais uniquement celui du courant subjectiviste d'incorporation de la loi au contrat. Soutenant cette position, la professeure María Mercedes Albornoz avance que la liberté de choix de la loi n'a pas été expressément incorporée dans le Traité de 1889, car elle était considérée lors des discussions comme une « contractualisation de la loi choisie »[599]. En d'autres termes, selon la professeure Albornoz, les participants du Congrès ont admis l'autonomie de la volonté, mais non dans l'interprétation étendue de la théorie subjectiviste « pure » d'une volonté autosuffisante des parties (et du conséquent rôle supplétif du droit étatique)[600]. Elle exprime cette idée de la manière suivante :

> « Nous avons vu que la liberté de choix de la loi n'y a pas été incorporée de façon expresse parce que dans les discussions menées au sein de la Commission de Droit civil du Congrès sur le sujet, l'autonomie a été envisagée comme une contractualisation de la loi choisie qui conduisait à la soumission de la loi au contrat, au lieu d'assurer le respect de la suprématie de la loi sur la volonté des contractants et, notamment, de ses règles impératives. Néanmoins, l'autorité de la loi n'est pas ébranlée par le seul fait que l'on permette aux parties de choisir à quelle loi soumettre leur contrat. La valeur des antécédents pris en compte par les partisans de la première interprétation — contre l'admission de l'autonomie de la volonté — n'est ainsi sous cet angle que relative, ne nous autorisant pas à conclure que la liberté de choix est rejetée par le traité en question. Au contraire, son silence n'importe pas de négation de l'autonomie de la volonté, sinon la condamnation de la théorie de l'incorporation de la loi au contrat : les parties seront admises à choisir la loi du contrat international, mais leur contrat sera soumis à la loi choisie. »[601]

Ainsi, selon cette interprétation, le traité de 1889 ne proscrit pas le principe d'autonomie en soi ; il condamne uniquement une conception extensive de l'autonomie de la volonté, telle que celle adoptée par le courant subjectiviste qui consiste à considérer la volonté des

[597] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[598] M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit*., p. 49.

[599] *Ibidem.*

[600] Sur la différence entre les divisions du courant subjectiviste, v. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 997 et s.

[601] M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit*., p. 49-50.

parties supérieure à la loi. La réfutation du principe d'autonomie serait alors relative, ce qui conduirait à son acceptation dans une vision plus limitée.

Compte tenu de ces profondes divergences doctrinales, qui se manifestent principalement par une opposition entre les écoles de pensée uruguayenne et argentine, il est impératif de se tourner vers d'autres sources, telles que les travaux préparatoires des traités et le contexte de leur adoption, pour combler les lacunes laissées par l'absence de jurisprudence et résoudre les désaccords doctrinaux. En comprenant les positions et les raisonnements adoptés lors des discussions, on peut espérer éclaircir les zones d'ombre laissées par le texte, et ainsi contribuer à une meilleure appréhension du rôle de l'autonomie de la volonté dans le contexte des Traités de Montevideo de 1889.

(b) Le contexte historique des Traités de Montevideo de 1889

105. Les projets présentés lors du Congrès. Le contexte historique du Congrès de Montevideo de 1888-1889 a déjà été exposé dans le Titre préliminaire de cette étude[602]. Les discussions relatives au principe d'autonomie de la volonté y ont revêtu une importance toute particulière[603].

Pendant ce Congrès, un avant-projet et deux projets de Traité ont été présentés, révélant des positions divergentes et illustrant des perspectives fortement contrastées concernant l'autonomie de la volonté. Déjà en 1887, le ministre d'Uruguay en Argentine d'alors, Gonzalo Ramírez, avait élaboré un « Projet de code international de droit international privé », qui fut présenté au Gouvernement argentin (appelé « l'avant-projet »). Cet avant-projet fut utilisé comme base des discussions par la Commission de droit civil formée lors du Premier Congrès de Montevideo de 1888-1889. Cette commission était composée de trois membres, Manuel Quintana (Argentine), Santiago Vaca-Guzman (Bolivie) et Belisario Prats (Chili), et était responsable d'élaborer et de discuter un projet de traité de droit civil international. N'étant pas parvenue à un consensus, la Commission s'est divisée. En majorité, Manuel Quintana et Santiago Vaca-Guzmán présentèrent un projet (« Projet de Traité de droit civil international, formulé par la majorité de la Commission de droit civil » et inspiré du projet de Ramírez, appelé « projet de la majorité ») ; et Belisario Prats, en minorité, présenta un contre-projet (« Projet de Traité de droit civil international, formulé par la minorité de la Commission de droit civil », appelé « projet de la minorité »). Un des principaux points de controverse était précisément l'élément de rattachement concernant les obligations contractuelles[604]. Le Congrès décida de mettre à l'étude le projet de la majorité, qui gagna le soutien de la grande partie des délégués des États. Il fut adopté

[602] V. *supra* n° 42 et s.

[603] Le Traité de droit commercial international de 1889 réglemente des contrats spéciaux, tels que les contrats d'assurance liés au transport terrestre, fluvial, maritime et à l'assurance vie, les contrats d'affrètement, les contrats de prêt maritime, et les lettres de change.

[604] OEA, *Comité Jurídico Interamericano, Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, op. cit.,* p. 17 et s.

par le Congrès avec peu de modifications le 30 janvier 1889 et devint le Traité de droit civil international ou simplement *Traité de Montevideo de 1889*.

Dès lors, pour appréhender de manière précise les solutions adoptées, il convient d'analyser les idées sous-jacentes à l'avant-projet de Ramírez, qui ont servi de fondement au Traité de Montevideo de 1889 (i), ainsi que les discussions postérieures menées lors du Congrès, et qui s'avèrent déterminantes pour la rédaction finale dudit Traité (ii).

(i) Fondements conceptuels du Traité de Montevideo de 1889 : l'avant-projet de Ramírez

106. Le contexte historique et les théories qui ont servi d'inspiration. Rappelons que l'avant-projet de Ramírez a été élaboré en 1887, période contemporaine de l'émergence de l'idée de l'autonomie de la volonté comme élément de rattachement. Dans la doctrine anglo-saxonne, Story (1834) avait déjà fait référence à l'intention présumée des parties pour choisir le lieu d'exécution ; et Foelix (1843) et Savigny (1849) avaient aussi porté une attention particulière à la volonté de parties, le dernier parlant d'une « soumission volontaire », ce qui a été compris comme une possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à leur contrat[605]. Mais, chez ces auteurs, l'autonomie de la volonté n'était pas une explication *a priori*, mais plutôt une justification *a posteriori* de la loi applicable. Il n'y avait pas, en réalité, de véritable acceptation du principe comme solution aux conflits de lois[606]. Ces trois auteurs sont d'ailleurs mentionnés par Ramírez dans son commentaire relatif à la loi applicable aux contrats. Il les cite pour écarter certains de leurs raisonnements, mais affirme que le résultat pratique de sa thèse est similaire : l'application de la loi du lieu d'exécution. Le projet transforme alors « en règle générale et l'on peut dire *absolue*, ce qui est un cas d'exception en doctrine et législation »[607].

Quelques années avant le Premier Congrès de Montevideo, en Belgique, Laurent — qui est aussi mentionné par Ramírez — avait entamé un processus de « révision » du concept de l'autonomie des parties, pour lui donner un sens plus étendu[608]. Il employa souvent les termes « autonomie », « autonomie des parties » ou « autonomie des contractants »[609]. Selon lui, les parties doivent choisir la loi applicable au contrat, comme elles choisissent les clauses de leur accord ; en droit privé, les parties sont « souveraines » et « font le

[605] V. *supra* n° 18 et s.

[606] V. Ranouil, *op. cit.*, p. 23.

[607] G. Ramírez, *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado: su Comentario*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1888, p. 115 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[608] *Ibid*, p. 124 et s. ; selon Laurent : « […] en matière de conventions, les parties intéressées sont législateurs, et jouissent par conséquent de la plus entière liberté, tant qu'elles ne font que régler leurs intérêts privés […] ». F. Laurent, *Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant-Chirstophe & C^e^ Éditeurs, 1880, t. 2, p. 381.

[609] V. Ranouil, *op. cit.*, p. 30.

droit »[610]. En 1886, avant même l'adoption des Traités de Montevideo, Weiss, dont Ramírez fait également mention[611], consacra l'expression « autonomie de la volonté » et posa la volonté des parties comme une véritable source créatrice du droit[612].

L'année pendant laquelle Ramírez élabora son projet marqua aussi le début des débats doctrinaux sur l'extension et l'étendue de la volonté des parties, qui avaient commencé avec Brocher[613] (1883) en Suisse, et von Bar[614] (1889) en Allemagne, deux auteurs que Ramírez cite. En réalité, les conséquences extrêmes de l'application étendue de l'autonomie de la volonté ont augmenté le nombre de ses critiques. Puis, cette remise en question fut reprise avec plus de vigueur par la doctrine objectiviste française, notamment Pillet et Aubry. Elle s'approfondit et atteignit son point extrême avec le cours professé en 1927 par Niboyet, à l'Académie de droit international, dans lequel il démontra que le concept même d'autonomie de la volonté n'existe pas. Dans cette conception objectiviste, l'autonomie des parties dans les contrats internationaux équivaut, en réalité, à un choix matériel[615].

107. Le rôle ambigu de la volonté dans la doctrine de Ramírez : les matières de « libre contractualisation ». Or, l'option pour le rattachement du lieu d'exécution dans l'avant-projet de Ramírez est clairement due à son inspiration savignienne[616]. Cependant, le rôle de la volonté des parties dans les textes de Ramírez reste ambigu. Le projet de Ramírez contenait une mention expresse à la possibilité de parties de choisir la loi régissant leurs obligations. Cependant, cette liberté était limitée aux relations considérées par lui comme étant de « libre contractualisation ». L'article 6 de ce projet énonçait : « Les contrats sont régis, quel que soit le lieu où ils sont conclus, par la loi à laquelle les parties contractantes déclarent se soumettre, à condition que le rapport juridique engagé dans l'acte soit un rapport de libre contractualisation »[617]. À défaut de déclaration expresse, les parties contractantes sont présumées s'être soumises à la loi du pays dans lequel les obligations contractées doivent être exécutées (art. 7)[618].

---

[610] « […] en matière de conventions, les parties intéressées sont législateurs, et jouissent par conséquent de la plus entière liberté, tant qu'elles ne font que régler leurs intérêts privés […] ». F. Laurent, *Droit civil international*, t. 7, *op. cit.*, p. 381 et s. V. *supra* n° 93.

[611] G. Ramírez, *op. cit.*, p. 252 et 329.

[612] A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., Paris, Recueil Sirey, 1912, t. 4. V. *supra* n° 93.

[613] C. Brocher, *op. cit.*, p. 67-68.

[614] K.L. von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechsts, op. cit.,* p. 1-7.

[615] V. *supra* n° 95.

[616] V. art. 7 du projet de Ramírez. Cf. G. Ramírez, *op. cit.*, p. 26 (traduction libre de l'espagnol).

[617] Cf. G. Ramírez, *op. cit.*, p. 26 (traduction libre de l'espagnol).

[618] « Art. 7 — En l'absence de déclaration expresse, les parties sont présumées s'être soumises à la loi du pays dans lequel les obligations contractées doivent être exécutées. […] ». G. Ramírez, *op. cit.*, p. 26 (traduction libre de l'espagnol).

Dès lors, malgré la mention expresse de la possibilité d'un choix de loi, la compréhension exacte que Ramírez a de cette autonomie des parties demeure ambiguë. Ramírez n'a pas clarifié cette question de manière explicite dans son avant-projet. En 1888, il écrit des commentaires sur son projet de code, intitulé *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado : su Comentario.* Mais, sur un peu plus d'une trentaine de pages qu'il dédie à la loi applicable aux obligations, seulement un paragraphe est consacré à l'autonomie de la volonté. Dans son commentaire à l'article 6 de son projet, Ramírez commence par expliquer que cet article sanctionne un « principe universellement accepté » et que « les obligations découlant d'un contrat ont leur origine dans la volonté des parties contractantes […] » ; et il ajoute : « […] à la seule exception de certains principes d'ordre public qui s'imposent, même contre ce qui a été expressément stipulé »[619]. En continuant son raisonnement, il explique que les parties contractantes peuvent prévoir dans le contrat « tous les rapports juridiques auxquels il peut donner lieu et y énumérer les faits qui sont la conséquence naturelle et accidentelle des obligations contractées, en indiquant le mode et la forme d'exécution de ces obligations »[620]. Mais, elles peuvent également « se dispenser de tous ces détails et préciser la loi à laquelle ils se soumettent pour la solution de diverses questions qui peuvent se poser depuis le moment où le contrat est conclu jusqu'à celui où il est définitivement exécuté »[621]. Ainsi s'achevèrent les éclaircissements sur l'autonomie des parties dans le commentaire de Ramírez.

En raison de ces incertitudes, diverses interprétations émergent. Dans un premier temps, une lecture littérale des articles 6 et 7 du projet peut nous amener à la conclusion que Ramírez acceptait l'autonomie de la volonté comme véritable règle de conflit de lois *a priori* et que, par conséquent, les parties pourraient choisir directement et en toute liberté la loi applicable à leurs rapports contractuels. Toutefois, une analyse plus minutieuse de quelques passages des commentaires de Ramírez nous incite à affirmer que la liberté autorisée pour les parties semble se référer à une liberté de droit matériel[622] et à une autonomie conflictuelle limitée aux normes supplétives, qu'il appelle « de libre contractualisation »[623].

Or, l'analyse des commentaires de Ramírez sur la loi applicable aux obligations contractuelles commence par sa déclaration selon laquelle, à l'exception de certains principes d'ordre public, les contractants peuvent anticiper dans le contrat tous les rapports juridiques auxquels ils se soumettent. L'autonomie matérielle est ainsi clairement admise. De plus, les parties peuvent également « se dispenser de tous ces détails » et préciser uniquement « la loi à laquelle ils se soumettent pour la solution des diverses questions qui

[619] *Ibid*, p. 110 (traduction libre de l'espagnol).

[620] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[621] *Ibid*, p. 110-111 (traduction libre de l'espagnol).

[622] Sur la différence entre autonomie conflictuelle et substantielle, v. P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *Mélanges en l'honneur de Pierre Meyer*, LGDJ, 2015, p. 869.

[623] G. Ramírez, *op. cit.*, p. 26 (traduction libre de l'espagnol).

peuvent se poser »[624]. Dans les deux cas, il souligne la nécessité de respecter ce qui a été expressément convenu, que ce soit dans le contrat lui-même ou dans la loi à laquelle les parties se sont référées. Cette nécessité découle, selon lui, du « principe du droit universel, qui prévoit que les contrats légalement conclus forment une règle à laquelle les parties doivent se soumettre comme la loi même »[625]. Il reprend ainsi l'idée ancienne selon laquelle le contrat fait loi entre les parties.

En outre, Ramírez ajoute une condition à la liberté des parties dans son avant-projet : cette liberté peut être exercée que pour les rapports considérés comme « de libre contractualisation ». L'explication que Ramírez donne de cette exigence nous fait douter de la justesse de l'interprétation selon laquelle il acceptait le principe de l'autonomie de la volonté, tel que nous l'entendons aujourd'hui.

Par ailleurs, lors des discussions au Congrès de Montevideo, Ramírez, qui a également participé comme délégué de l'Uruguay, explique ce qu'il considère comme de « libre contractualisation ». En s'inspirant des travaux de Savigny, il affirme que cette notion doit être analysée selon le système adopté par son projet, c'est-à-dire celui du lieu de l'exécution du contrat[626]. Il explique que, selon ce raisonnement : « les lois à caractère prohibitif *[leyes de carácter prohibitivo]* sont toujours sauvegardées, car il est clair que, si la loi du lieu d'exécution du contrat régit tous les rapports juridiques de l'acte, les contrats qui touchent à des principes d'ordre public doivent être soumis à cette même loi »[627]. Et Ramírez conclut :

> « En ce qui concerne le lieu d'exécution des actes juridiques, la liberté des parties contractantes n'est limitée en aucun sens, le principe de l'autonomie de la volonté des parties contractantes doit être respecté sans aucune restriction, mais, selon le même principe de Savigny, aucun rapport juridique ne peut être déclaré subsistant en violation des principes d'ordre public du lieu d'exécution du contrat. »[628]

Les explications de Ramírez ne restent pas très claires et ne nous laissent pas en déduire avec précision la vraie signification qu'il donnait aux matières considérées comme de libre contractualisation, et, par conséquent, à l'autonomie de la volonté. En réalité, on peut comprendre les idées de Ramírez (tout comme celles de Savigny) de deux manières. La première consiste à admettre que les parties peuvent seulement se référer au lieu d'exécution du contrat et, par conséquent, choisir indirectement la loi qui s'y applique. Alternativement, on peut considérer qu'il adhère à une approche objectiviste absolue, en

---

[624] *Ibid*, p. 111 (traduction libre de l'espagnol).

[625] *Ibid*, p. 110-111 (traduction libre de l'espagnol).

[626] Acte n° 29, Séance du 28 janvier 1889 *in* Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, Publicación ordenada por el Gobierno de la República Argentina, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, Mexico, 1889, p. 486 (traduction libre de l'espagnol).

[627] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[628] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

distinguant les normes impératives et supplétives, acceptant ainsi une « autonomie substantielle encadrée », limitée aux règles supplétives[629]. Selon cette deuxième interprétation, les parties seraient libres de choisir la loi applicable seulement dans les matières supplétives, définies comme telles par la loi du lieu d'exécution du contrat (rattachement objectif adopté par son projet). Analysons de près ces deux possibles interprétations.

108. Première interprétation : le choix indirect. Ramírez pourrait suggérer uniquement que les parties ont la faculté de choisir le lieu d'exécution, et, par conséquent, qu'elles détiennent un pouvoir indirect de choix de la loi applicable[630]. Cette interprétation d'un choix indirect de la loi applicable peut être déduite de deux passages de l'œuvre de Ramírez : l'un de son commentaire lui-même, et l'autre de ses explications en tant que délégué lors du Congrès en 1889. Dans son commentaire, l'auteur se réfère à la loi du lieu d'exécution comme une « règle générale et absolue »[631]. Plus tard, lors du Congrès, il réaffirme le caractère absolu du lieu d'exécution et soutient la suppression de la référence à l'autonomie de la volonté[632]. Cependant, Ramírez présente le lieu d'exécution comme une présomption de la volonté des parties en l'absence de déclaration expresse des parties. Sur ce sujet, il affirme :

> « Mais très souvent, les parties contractantes se contentent de fixer les termes essentiels du contrat, sans déterminer les règles à appliquer aux conséquences qui découlent naturellement et accidentellement de l'acte, ni préciser la loi applicable au cas. À quelle loi les parties contractantes sont-elles présumées s'être soumises ? L'article 6 du Projet répond à cette question en indiquant que, à défaut de déclaration expresse, les parties contractantes sont présumées s'être soumises à la loi du pays dans lequel les obligations contractées doivent être exécutées. »[633]

Dans ce passage, nous pouvons observer une certaine ressemblance avec l'idée de « soumission volontaire » énoncée par Savigny, selon laquelle le droit applicable se trouve sous l'influence de la volonté libre des parties, qui se soumettent volontairement à l'empire d'un droit déterminé. Toutefois, l'idée que les parties ne pourraient choisir que le lieu d'exécution du contrat — et donc, indirectement, la loi applicable — ne paraît pas convaincante, car Ramírez fait référence à une possibilité de « déclaration expresse » de la

---

[629] Pour cette distinction entre objectivisme absolu et tempéré, v. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 995 et s.

[630] Comme l'a expliqué le professeur Basedow, parfois, les parties « visent également à configurer délibérément les situations de fait conformément à certains critères de rattachement utilisés en droit international privé ; cette méthode peut être considérée comme un choix indirect de la loi, puisque ces critères de rattachement désignent la loi applicable » (J. Basedow, « The law of open societies: private ordering and public regulation in the conflict of laws », *RCADI*, 2015, vol. 360, p. 56). Ainsi, selon lui, « en établissant des situations de fait couvertes par ces règles de conflit, les parties privées peuvent indirectement influencer la loi applicable par des décisions personnelles » (*Ibid*, p. 256-257).

[631] G. Ramírez, *op. cit.*, p. 115 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[632] Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, *op. cit.*, p. 486 (traduction libre de l'espagnol).

[633] G. Ramírez, *op. cit.*, p. 111 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

loi applicable. Ce n'est en effet qu'en l'absence d'un tel choix explicite que le contrat se trouve régi par la loi du lieu d'exécution des obligations, à titre de présomption de la volonté inexprimée des parties.

109. Deuxième interprétation : une différenciation des lois « impératives » et « facultatives ». En réalité, il est plus plausible que Ramírez distingue les lois impératives des lois facultatives, comme l'ont fait certains auteurs de la première phase du mouvement objectif, contemporaine de la rédaction du projet de Ramírez. Cette interprétation ressort de la lecture de son avant-projet de Code, mais aussi des commentaires sur son projet et de la lecture des actes du Congrès. En effet, Ramírez affirmait que la volonté des parties ne peut être exercée que pour ce qui est considéré comme de « libre contractualisation »[634], notion qui devrait être analysée, d'après lui, selon la loi du lieu d'exécution, tenue pour la *lex contractus*. Dans une déclaration dont la compréhension est laborieuse, il semble faire une confusion entre l'ordre public et ce qu'il appelle « lois de caractère prohibitif » (*leyes de carácter prohibitivo*) et affirme qu'« en ce qui concerne le lieu d'exécution des actes juridiques, la liberté des parties contractantes n'est limitée en aucun sens », mais les « lois de caractère prohibitif sont toujours sauvegardées, car il est clair que, si la loi d'exécution des contrats régit toutes les relations juridiques de l'acte, les contrats qui touchent à des principes d'ordre public doivent être subordonnés à cette même loi »[635].

C'est également l'interprétation faite par Hugo Repetto Salazar, membre de la délégation argentine lors du Deuxième Congrès de Montevideo de 1939-1940. Il rédigea un mémorandum sur les travaux des Commissions de droit civil international du deuxième Congrès. Dans ce mémorandum, il explique que :

> « Le projet du Dr Gonzalo Ramírez, qui a inspiré le Congrès de Montevideo (art. 6) a établi que les contrats sont régis, en principe, par la loi choisie par les parties, à condition que le rapport juridique soit un rapport de libre contractualisation, ce qui révèle que le Dr Ramírez était conscient de la distinction entre l'ordre impératif et l'ordre facultatif des lois, ignorée par Savigny, et formulée ensuite par la doctrine. »[636]

Certes, Ramírez donna un rôle important à la volonté de parties, mais cela semble plutôt une liberté restreinte aux *dispositions supplétives* de l'idée objectiviste absolue. Ainsi, en réalité, la loi du lieu d'exécution devient un phare qui guide la liberté des parties afin de

---

[634] V. art. 6 du Projet de Ramírez. *Ibid*, p. 26 (traduction libre de l'espagnol).

[635] Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, *op. cit.*, p. 486 (traduction libre de l'espagnol). L'original en espagnol est ainsi rédigé : « Las leyes de carácter prohibitivo quedan siempre salvadas porque es claro, que si la ley del cumplimiento del contrato rige todas las relaciones jurídicas del acto, a esa misma ley deben subordinarse los contratos que afectan principios de orden público. Son el lugar del cumplimiento de los actos jurídicos, la libertad de las partes para contratar no está limitada en ningún sentido, el principio de la autonomía de la voluntad de los contrayentes tendría que respetarse sin restricción alguna, pero de acuerdo con el mismo principio de Savigny, ninguna relación jurídica podría ser declarada subsistente en contravención a los principios de orden público del lugar del cumplimiento del contrato ».

[636] Argentine, Ministerio de relaciones exteriores y Culto, División de Asuntos Jurídicos, *Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo*, Buenos Aires, 1940, p. 210.

délimiter ce qui leur est possible ou non. Ou, comme l'affirme Repetto Salazar : « la délimitation de la volonté des parties a été tacitement déléguée à la loi du lieu d'exécution »[637]. Cette autonomie est donc comparable à la liberté contractuelle que possèdent les parties dans un contrat national exécuté dans ce même endroit.

110. Autonomie encadrée. Cela étant, il est difficile d'affirmer que Ramírez acceptait l'autonomie conflictuelle. L'idée de Ramírez s'aligne plutôt sur l'idée objectiviste absolue de l'autonomie, que les professeurs Pascal de Vareilles-Sommières et Sarah Laval appellent « autonomie substantielle encadrée »[638]. De plus, son consentement explicite à l'exclusion de la mention de l'autonomie lors de la ratification du traité renforce cette idée. Selon Ramírez, l'article du projet qui faisait mention à l'autonomie de la volonté n'était plus indispensable, car, lorsque le Congrès opta pour le principe directeur de la loi du lieu d'exécution, la prédominance de cette loi « supprimerait toute obligation légale contraire à son ordre public »[639]. En outre, une dernière affirmation de Ramírez vient renforcer ce raisonnement. En se référant à la nationalité et à la citoyenneté, Ramírez souligne que :

> « Il est donc facile de comprendre que, tant que cette confusion des droits de l'homme avec les droits du citoyen prévaudra dans le gouvernement de la société, le contrat, dont la cause efficiente est l'autonomie de l'individu, devra être très limité dans sa sphère d'action, et la volonté des contractants devra être supplantée dans presque tous les actes juridiques par la tutelle absorbante de la loi. »[640]

Cela est aussi la pensée du professeur uruguayen Ruben Santos Belandro, lorsqu'il affirme que « Ramírez connaissait donc la distinction entre les ordres impératif et facultatif des lois et acceptait la primauté du premier ordre par une formulation obligatoire, *a priori* et uniforme »[641]. Mais le professeur Belandro apporte une précision. Il affirme que, selon le projet de Ramírez, les parties auraient seulement une « autonomie de négociation », l'assimilant, ainsi, à l'autonomie substantielle. En outre, selon Quintana, délégué argentin lors du Premier Congrès de Montevideo, Ramírez avait adopté la théorie objective de l'autonomie de la volonté, la considérant comme une simple incorporation matérielle de la loi au contrat[642]. Selon cette thèse de simple intégration des dispositions de la loi choisie dans le contrat, ce dernier est assujetti à la *lex contractus* déterminée de manière objective.

---

[637] *Ibidem.*

[638] V. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 995.

[639] Cf. Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, *op. cit.*, p. 486 (traduction libre de l'espagnol).

[640] G. Ramírez, *op. cit.*, p. p. 330 (traduction libre de l'espagnol).

[641] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 58 (traduction libre de l'espagnol).

[642] Sur les différentes conceptions de l'autonomie, v., en particulier, P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *Mélanges en l'honneur de Pierre Meyer*, LGDJ, 2015 ; et K.H. Neumayer, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit. DIP*, 1957, p. 579-604, spéc. p. 593 et s.

Dans ce cas, les règles étrangères incorporées par référence seront toujours écartées par les règles substantielles impératives du for. Il s'exprime de la manière suivante :

> « Pour Ramírez, le contrat n'est pas régi par les deux lois en même temps, mais exclusivement par les lois impératives, et il considère que les dispositions de la loi choisie par les parties deviendraient de simples clauses du contrat dont la validité doit être jugée à la lumière des dispositions de la loi impérative. En d'autres termes, à proprement parler, il ne peut jamais y avoir de conflit entre le droit impératif et le droit supplétif. Le désaccord qui se manifestera sera entre les dispositions impératives et les dispositions contractuelles. […] La liberté de ceux qui concluent un contrat international est ainsi réduite aux limites légales auxquelles est limitée la liberté de ceux qui concluent un contrat interne : tous les deux doivent respecter l'ordre public et ont seulement le droit à l'autonomie de négociation. »[643]

Cette interprétation nous paraît justifiée. Le projet de Ramírez permet aux parties de déterminer le contenu de leur contrat ainsi que la loi applicable, en incorporant ses principes substantiels. Toutefois, cela est possible uniquement pour les matières considérées comme *facultatives* (de libre contractualisation) par la loi du lieu d'exécution des obligations (loi désignée objectivement). Une telle conception revient ainsi à placer le contrat international sur le même plan qu'un contrat purement interne. En réalité, lorsque le contrat est « objectivement » soumis à la loi du lieu d'exécution, son caractère international ne confère aucune liberté supplémentaire par rapport à celle reconnue dans les contrats purement internes. En d'autres termes, la liberté reconnue au contrat international demeure donc identique à celle des contrats purement internes, comme dans la conception objectiviste[644].

En fin de compte, le projet de Ramírez n'a pas été accueilli, mais il fut utilisé comme source d'inspiration, notamment pour l'élaboration du projet de la majorité, présenté pour discussion lors du Congrès de 1888-1889, et approuvé presque sans modifications comme version finale du Traité de droit civil international de 1889. Passons à l'analyse des discussions du Congrès jusqu'à l'adoption de la version finale du Traité de Montevideo de 1889.

(ii) Les discussions sur l'autonomie de la volonté lors du Congrès

111. Discussions et divergences dans les projets présentés. Le Premier Congrès de Montevideo fut marqué par une opposition fondamentale entre deux projets concernant le traitement de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. L'avant-projet de

[643] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 59 (traduction libre de l'espagnol).

[644] En ce sens, en faisant une réplique aux thèses objectivistes, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 243. V. P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *Mélanges en l'honneur de Pierre Meyer*, LGDJ, 2015, p. 869-870.

Ramírez, utilisé comme base lors du Premier Congrès de Montevideo de 1888-1889, conduisit à des divisions au sein de la Commission responsable pour l'élaboration du traité de droit civil international.

Le *Projet de la minorité*, présenté par Belisario Prats (Chili), reconnaissait expressément la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à leurs obligations contractuelles. Son article 27 stipulait que, si les parties convenaient que le contrat serait régi par des lois autres que celles du lieu de conclusion, leurs stipulations s'appliqueraient, sous réserve des dispositions d'ordre public et de bonnes mœurs[645]. À l'opposé, le *Projet de la majorité*, élaboré par Manuel Quintana (Argentine) et Santiago Vaca-Guzmán (Bolivie), adoptait le principe de la « loi territoriale » et excluait toute mention expresse de l'autonomie de la volonté, privilégiant exclusivement la loi du lieu d'exécution comme rattachement unique pour tous les aspects du contrat[646].

En ce qui concerne la loi applicable aux contrats internationaux, le projet de la majorité ne s'est pas trop distancié des idées de Ramírez et adopta la loi du lieu d'exécution comme élément de rattachement général. Mais la mention expresse à la volonté des parties du projet de Ramírez fut complètement exclue dans le projet présenté par Quintana et Vaca-Guzmán. Le paradoxe le plus frappant réside dans la position de Quintana lui-même[647]. Lors de la présentation de son projet, il prononça un discours éloquent reconnaissant que « la liberté des parties est le principe qui a dominé la matière des actes juridiques » et que « la volonté individuelle est la première règle des conventions humaines »[648]. Malgré les idées exprimées par Quintana, aucune référence, dans le texte du traité, n'est faite à la volonté des parties. Cela fut remarqué par le Président du Congrès, Ildefonso García Lagos (Uruguay), qui recommanda l'inclusion d'une mention expresse à l'autonomie de la volonté[649].

---

[645] OEA, Comité Jurídico Interamericano, Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado: Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940, *op. cit.*, p. 27-31 (traduction libre de l'espagnol).

[646] V. le discours de Vaca-Guzmán lors du Congrès. Cf. « Acta numero 28, Sesión del 26 de enero de 1889 » *in* Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, *op. cit.*, p. 450 (traduction libre de l'espagnol).

[647] OEA, Comité Jurídico Interamericano, Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940, *op. cit.*, p. 47-48.

[648] Selon lui : « Depuis les temps les plus reculés, la liberté des parties est le principe qui a dominé la matière des actes juridiques. La volonté individuelle est la première règle des conventions humaines et c'est pour cette raison qu'il est toujours répété que les conventions légalement conclues sont la loi des parties contractantes. Il n'est pas nécessaire que celles-ci déterminent toutes les clauses de leur contrat ; il suffit de faire référence à une loi pour qu'elle soit considérée comme incorporée à leur contrat. Une autonomie aussi large ne connaît pas d'autres limites que celles qui découlent de l'organisation politique, de l'ordre public ou des bonnes coutumes du pays, dont les lois doivent régir le rapport juridique qui se souhaite conclure. / Lorsque les parties, renonçant à leur liberté d'action, n'ont pas fixé expressément ou tacitement la loi à laquelle elles veulent soumettre leurs stipulations, alors l'autorité doit intervenir, en tant que souveraine, pour désigner cette loi, à partir de ce moment apparaissent la confusion des idées, la contradiction des systèmes, le désaccord des doctrines et l'opposition des décisions législatives ou judiciaires appelées à résoudre le conflit. ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[649] « […] cette doctrine est soutenue par le docteur Ramírez qui, dans son œuvre, déclare que la règle générale est que les contrats doivent être régis par la loi à laquelle les parties se sont volontairement soumises, et que ce n'est qu'en l'absence d'une telle déclaration que la loi du lieu d'exécution régira. ». Acte n° 29, Séance du 28 janvier 1889

En réponse, Quintana admit même que la Commission avait initialement envisagé d'inclure une référence expresse à l'autonomie de la volonté. Cependant, cette reconnaissance théorique ne trouva pas de traduction dans le texte du projet, la Commission ayant finalement décidé d'exclure toute mention à ce principe au motif que cette liberté ne pourrait s'exercer contre les prescriptions de l'ordre public de la loi du lieu d'exécution[650]. Malgré des interventions du Président du Congrès, Ildefonso García Lagos, qui recommanda l'inclusion d'une mention expresse à l'autonomie de la volonté en rappelant la position initiale de Ramírez, et ses tentatives répétées de sauvegarder ce principe « en sauvegardant les lois de l'ordre public et les préceptes de la morale », le projet de la majorité triompha[651]. Ramírez lui-même, auteur du projet initial qui reconnaissait expressément l'autonomie de la volonté, accepta finalement la suppression de l'article 6 de son projet, considérant cette question comme une affaire de forme plutôt que de fond[652]. Cette décision a ainsi conduit à l'adoption du Traité de droit civil international de Montevideo de 1889, qui consacra la loi du lieu d'exécution comme rattachement exclusif sans aucune référence à la volonté des parties, marquant une victoire du territorialisme strict sur le principe de l'autonomie de la volonté en Amérique latine.

(c) La solution définitive du Traité de Montevideo de 1889 et le rôle de l'autonomie de la volonté

112. Projet approuvé. En somme, le projet présenté par la majorité fut approuvé et, par conséquent, la version définitive du Traité de droit civil international de 1889 ne fit aucune

---

in Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, *op. cit.*, p. 485 (traduction libre de l'espagnol).

650 « […] la Commission a depuis un certain temps envisagé l'idée indiquée par le Président, car elle croyait que le titre pouvait effectivement commencer par la déclaration selon laquelle les parties étaient libres d'adopter la loi régissant la forme, l'existence, etc., du contrat. Mais elle est revenue sur cette idée, en gardant à l'esprit que cette liberté ne peut être absolue, car elle ne peut s'exercer contre les prescriptions de l'ordre public relatives aux contrats, et qu'en l'espèce, il était indispensable que cet ordre public soit déterminé par une loi. Cela étant, si une telle loi devait être choisie, elle ne pourrait être autre que celle de l'exécution des obligations ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

651 Acte n° 29, Séance du 28 janvier 1889 *in* Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, *op. cit.*, p. 485 (traduction libre de l'espagnol).

652 Bien que Ramírez ait expressément déclaré accepter une telle suppression, sa justification ne nous semble pas très claire. Il paraît adopter une vision objectiviste concernant l'autonomie de la volonté. Selon lui : « Pour que cet article s'applique aux cas concrets, il est nécessaire de déterminer ce qui est et ce qui n'est pas considéré comme de libre contractualisation. Alors, comment résoudre cette question en fonction du système adopté dans mon projet ? Par la loi de l'exécution du contrat, conformément à la doctrine soutenue par Savigny, qui fait régir la loi des obligations par la loi du lieu d'exécution. Les lois à caractère prohibitif sont toujours sauvegardées, car il est clair que, si la loi du lieu d'exécution du contrat régit tous les rapports juridiques de l'acte, les contrats qui touchent à des principes d'ordre public doivent être soumis à cette même loi. Pour le lieu d'exécution des actes juridiques, la liberté des parties contractantes n'est limitée en aucun sens, le principe de l'autonomie de la volonté des parties contractantes devrait être respecté sans aucune restriction, mais, selon le même principe de Savigny, aucun rapport juridique ne peut être déclaré subsistant en contradiction avec les principes d'ordre public du lieu d'exécution du contrat. Pourquoi ? Car, dans le projet de la majorité et dans le mien, il est admis que les obligations sont régies par la loi du lieu où elles sont exécutées et non par la loi du pays dans lequel elles sont contractées ». Cf. *Ibid*, p. 486 (traduction libre de l'espagnol).

référence à la volonté des parties. Comme cela vient d'être mentionné, l'opinion exprimée par Quintana lors du Congrès soulève des interrogations quant à son adhésion à l'autonomie conflictuelle. Cependant, à la lecture approfondie des actes du Congrès, il semble plutôt que Quintana se référait à la possibilité pour les parties d'exercer « l'autonomie substantielle », mais seulement dans la mesure où ces stipulations ne seraient pas contraires à « l'organisation politique, à l'ordre public ou aux bonnes coutumes » de la loi compétente[653]. Initialement, le discours de Quintana peut prêter à confusion, laissant penser que le délégué argentin adhérait à l'autonomie de la volonté dans sa version toute-puissante subjectiviste. Cependant, une analyse contextuelle des opinions exprimées au cours du Congrès rend difficile une conclusion définitive en ce sens.

113. L'incorporation matérielle de la loi au contrat et l'omission intentionnelle au principe de l'autonomie de la volonté. Quintana énonce en premier lieu que le « principe de la liberté des parties » ou la règle de « la volonté individuelle » représente un principe fondamental, « la première règle des conventions humaines »[654]. Il précise que les parties ne sont pas tenues de spécifier toutes les clauses de leur contrat ; il leur suffit de faire référence à une loi pour que celle-ci soit considérée comme « incorporée » à leur accord[655]. Cependant, bien que Quintana fasse explicitement référence à l'incorporation de la loi au contrat par simple mention des parties, cela ne permet pas de conclure qu'il fait référence à la notion de l'incorporation conflictuelle, au sens de la théorie subjectiviste pure, mais plutôt à une incorporation matérielle au sens de la théorie objectiviste[656]. Aucune clarification n'est apportée quant à l'étendue de cette volonté, et il passe à l'exposition des critères adoptés pour le rattachement en cas d'absence de volonté expresse ou tacite : « lorsque les parties, renonçant à leur liberté d'action, n'ont pas fixé expressément ou tacitement la loi à laquelle elles veulent soumettre leurs stipulations, l'autorité doit intervenir, à titre souverain, pour désigner cette loi »[657]. La pensée de Quintana semble alors s'orienter vers la thèse de la simple incorporation des dispositions de la loi choisie dans le contrat. Cela signifie la possibilité d'insérer une clause de choix de loi dans le contrat sans pour autant exclure la loi objectivement applicable qui, dans le système de Quintana, était celle du lieu d'exécution du contrat. Cette perspective trouve écho dans une intervention ultérieure de Quintana.

---

[653] *Ibid*, p. 407 (traduction libre de l'espagnol).

[654] Acte n° 27, Séance du 23 janvier 1888 *in* OEA, Comité Jurídico Interamericano, Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940, *op. cit.*, p. 47-48 (traduction libre de l'espagnol).

[655] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[656] Pour la différence entre incorporation conflictuelle et matérielle, v. J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, Paris, Ed. Pédone, 12e année, 1993-1995, 1996, p. 23-47. Pour la notion de « subjectivisme pur », v. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 997.

[657] Acte n° 27, Séance du 23 janvier 1888 *in* OEA, Comité Jurídico Interamericano, Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado : Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940, *op. cit.*, p. 47-48 (traduction libre de l'espagnol).

Questionné sur la raison d'une telle exclusion, Quintana affirme que la Commission avait envisagé d'inclure une mention expresse à la liberté des parties « d'adopter la loi régissant la forme, l'existence, etc. du contrat »[658] (cela semble être la proposition de la minorité, de Belisario Prats). Mais il souligne que la Commission abandonna cette idée, car, dès lors que cette liberté était limitée par les prescriptions de l'ordre public, il était indispensable de se référer à une loi qui déterminerait la portée de l'ordre public ; et cette loi ne pouvait être autre que celle de l'exécution des obligations[659]. Et, comme nous l'avons vu, même Ramírez accepta cette exclusion car, selon lui, l'article n'était plus nécessaire, puisque le principe du lieu d'exécution s'applique comme règle générale[660]. Et, malgré l'insistance du président du Congrès pour inclure une mention à la liberté de la volonté sous réserve de l'ordre public, l'exclusion fut maintenue.

114. Éventuelle acceptation restreinte de l'autonomie issue des débats du Congrès. À partir des éléments examinés, on peut en conclure que Quintana, puis la majorité des membres de la commission ayant approuvé le projet, ne partageaient pas l'idée d'une autonomie conflictuelle dans la conception dualiste contemporaine. Il est possible de supposer cependant, en se servant d'un mécanisme d'interprétation extensive, qu'une attention à l'autonomie de la volonté fut donnée, mais dans une interprétation restrictive (ou objective) de la volonté des parties. Autrement dit, l'autonomie de la volonté serait acceptée seulement en ce qui concerne les matières dites « supplétives », et cela selon la qualification faite par la loi du lieu d'exécution. La délimitation des matières où l'autonomie des parties peut s'exercer serait laissée à l'examen de la loi du lieu d'exécution du contrat. Mais, si Ramírez nomme les « lois prohibitives », Quintana ne fait aucune mention d'une telle division dans les différentes « catégories » de lois. Comme déjà noté, Quintana, dans sa vision de l'autonomie des parties, ne considérait pas ce pouvoir comme la capacité de choisir une loi applicable ou de résoudre un conflit de lois par elles-mêmes, mais plutôt comme une simple incorporation des dispositions de la loi choisie dans le contrat[661]. Quoi qu'il en soit, dans les deux cas, la liberté reconnue au contrat international

---

[658] Acte n° 29, Séance du 28 janvier 1889, *in* OEA, Comité Jurídico Interamericano, Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado : Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940, *op. cit.*, p. 485 (traduction libre de l'espagnol).

[659] « […] la Commission a depuis un certain temps envisagé l'idée indiquée par le Président, car elle croyait que le titre pouvait effectivement commencer par la déclaration selon laquelle les parties étaient libres d'adopter la loi régissant la forme, l'existence, etc., du contrat. Mais elle est revenue sur cette idée, en gardant à l'esprit que cette liberté ne peut être absolue, car elle ne peut s'exercer contre les prescriptions de l'ordre public relatives aux contrats, et qu'en l'espèce, il était indispensable que cet ordre public soit déterminé par une loi. Cela étant, si une telle loi devait être choisie, elle ne pourrait être autre que celle de l'exécution des obligations ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[660] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[661] Cette perspective se rejoint, dans une conception moderne, à la thèse développée par le professeur Vincent Heuzé en France, selon laquelle la loi choisie serait appliquée uniquement en tant que convention de droit matériel, c'est-à-dire étant seulement incorporée au contrat (V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, GLN éd., 1990, p. 141-143 ; Pour la différence entre incorporation conflictuelle et matérielle, v. J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *op. cit.*, p. 23-47. Pour un compte rendu des différentes théories sur l'incorporation et notamment celle du professeur Vincent Heuzé, v. P. Mayer, « HEUZÉ (V) : La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes », *Rev.*

serait la même, la liberté accordée dans un contrat international demeurant équivalente à celle accordée aux contrats purement internes.

Le professeur Ruben B. Santos Belandro partage cette conception et affirme que le Traité de 1889 adopta le courant purement objectif, en conférant une valeur secondaire à la volonté des parties :

> « Dans la discussion, le courant purement objectif a prévalu : pour déterminer si un acte juridique est valable, il faut considérer la loi du pays dans lequel le contrat doit être exécuté et, sur la base de cette loi, il sera déterminé sa validité ou son invalidité. […] La seule règle admissible devrait être la loi du lieu d'exécution, car elle déterminera si le contrat est valable ou non et s'il existe des raisons d'intérêt social à respecter. S'il y a contradiction entre la loi et la volonté des parties, c'est la loi qui prime. Par conséquent, ce n'est pas la volonté des parties, mais la loi qui gouvernera comme premier critère. »[662]

Cependant, comme il a été constaté, les raisonnements exprimés par les participants du Congrès concernant l'autonomie des parties manquent de profondeur et sont souvent difficiles à appréhender. Ce qui ressort clairement des discussions du Congrès est que le projet adopté a voulu exclure toute référence à la volonté des parties. Les délégués du Congrès ont délibérément décidé de ne pas inclure de mention de l'autonomie de la volonté, même en la limitant au respect de l'ordre public ou aux normes supplétives de la loi objectivement désignée (comme suggéré lors des débats). L'exclusion de l'autonomie de la volonté était alors une décision consciente, délibérée et complète. Le seul projet qui semblait accorder un rôle plus étendu à la liberté des parties était celui de Belisario Prats, représentant du Chili, projet d'ailleurs vivement critiqué par Ramírez et Vaca-Guzmán (rédacteurs du projet vainqueur) lors du Congrès[663].

2. Les ambiguïtés de la jurisprudence

115. Ambiguïté jurisprudentielle. Comme cela a déjà été annoncé, la jurisprudence ayant appliqué les Traités de Montevideo de 1889 sur le droit civil et le droit commercial international demeure rare dans la plupart des États signataires. Ce phénomène peut être attribué à divers facteurs, tels que la méconnaissance des instruments par les opérateurs du droit, les difficultés d'interprétation et d'application, ou encore la préférence pour d'autres mécanismes juridiques.

---

crit. DIP, 1990, p. 852-858 ; et P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2003, vol. 327, p. 245-250.

[662] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 57-58 (traduction libre de l'espagnol).

[663] Acte n° 29, Séance du 28 janvier 1889, *in* OEA, Comité Jurídico Interamericano, Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940, *op. cit.*, p. 488 et s. (traduction libre de l'espagnol).

Parmi les pays ayant ratifié les deux Traités de Montevideo de 1889, à savoir l'Argentine, la Bolivie, la Colombie, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay, seuls l'Argentine et l'Uruguay ont fait référence aux Traités dans leurs décisions jurisprudentielles[664]. Il convient de noter toutefois que, comme nous allons observer, cette référence demeure souvent accessoire, mettant en exergue une utilisation restreinte et sporadique de cet instrument dans le contexte des litiges relevant de leur champ d'application. En Bolivie, aucune décision s'appliquant aux Traités de Montevideo de 1889 en matière contractuelle n'a été identifiée au cours de la recherche des arrêts publiés de la Cour suprême bolivienne (*Tribunal Supremo de Justicia*)[665]. Cependant, le Traité de droit civil international a été mentionné dans des domaines connexes, tels que le droit de la famille et le droit des sociétés[666]. Il est à noter que, pour les autres pays signataires du Traité, à savoir la Colombie, le Pérou et le Paraguay, aucune jurisprudence des tribunaux supérieurs n'a été relevée[667].

116. Argentine : l'autonomie matérielle de droit international privé. En Argentine, un arrêt emblématique intitulé *Gouvernement de la République du Pérou c. SIFAR Sociedad Industrial Financiera Argentina*, rendu le 10 décembre 1956 par la Cour suprême de justice argentine, a analysé la loi applicable à un contrat de vente internationale de marchandises auquel le Traité de Montevideo de 1889 était applicable[668]. Selon le contrat, la société argentine SIFAR devait livrer du lait en poudre au gouvernement péruvien. Celui-ci prévoyait également la livraison des marchandises via un transport maritime et intégrait l'Incoterm FOB (*free on board*), encadrant ainsi les responsabilités contractuelles relatives au transfert des risques et à la prise en charge des marchandises par l'acheteur au point d'embarquement désigné, qui était à Buenos Aires, Argentine. Bien qu'une partie de la marchandise ait été livrée, l'exécution du contrat fut temporairement interrompue en raison de difficultés liées à l'acquisition de devises étrangères. Après des négociations, un accord fut finalement trouvé pour la livraison de la marchandise restante. Toutefois, une découverte postérieure révéla que le produit reçu en retard était impropre à la consommation.

---

[664] V., en particulier, en Argentine : CSJN, *Gobierno de la República del Perú c. SIFAR Sociedad Industrial Financiera Argentina*, 10 décembre 1956 ; et en Uruguay : Trib. de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno, arrêt n° 176/2012, *La Boliviana Ciacruz S.A. c. UABL*, 15 août 2012 ; Trib. de Apelaciones en lo Civil de Primero Turno, arrêt n° 5/2020, *Laboratorio Libra S.A. c. Estado de la República Bolivariana de Venezuela*, 5 février 2020.

[665] Recherche effectuée sur le site du TSJ (Bolivie), en ligne https://jurisprudencia.tsj.bo/jurisprudencia, en utilisant les mots-clés suivants : « Tratado de Montevideo de 1889 » ; « Tratado de derecho civil internacional » ; « Tratado de derecho comercial internacional » ; « Protocolo adicional de 1889 » (consulté le 1er juillet 2025).

[666] V., p. ex., en matière de validité du régime matrimonial, Bolivie, TSJ, Auto Supremo n° AS/0129/2018, 15 mars 2018, Sala Civil ; en matière d'effets patrimoniales du matrimoine, v. TSJ, Auto Supremo n° AS/0351/2018, 7 mai 2018, Sala Civil ; en droit de sociétés, v. Bolivie, TSJ, Auto Supremo n° AS/0795/2017, 25 juillet 2017, Sala Civil.

[667] Recherche effectuée sur les sites des Cours supérieures de la Colombie (Corte Suprema de Colombia, en ligne http://www.cortesuprema.gov.co/) ; du Paraguay (Corte Suprema de Justicia del Paraguay, en ligne https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/) ; et sur le site du Pouvoir judiciaire du Pérou (en ligne https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml), en utilisant les mots-clés suivants : « Tratado de Montevideo de 1889 » ; « Tratado de derecho civil internacional » ; « Tratado de derecho comercial internacional » ; « Protocolo adicional de 1889 » (consulté le 1er juillet 2025).

[668] Argentine, CSJN, *Gobierno de la República del Perú c. SIFAR Sociedad Industrial Financiera Argentina*, 10 décembre 1956.

Face à cette situation, le gouvernement péruvien intenta une action directe devant la Cour suprême de justice argentine, réclamant une compensation de ses préjudices. En ce qui concerne la loi applicable, l'État péruvien prétendait que la clause FOB accordée dans le contrat ne s'appliquait pas à la seconde partie de la livraison, qui devrait être considérée comme un accord distinct relevant de la loi péruvienne. Il soutenait cela en se fondant sur le fait que celui-ci avait été conclu au Pérou et que les obligations devaient y être exécutées. En revanche, la société SIFAR formula une demande reconventionnelle pour le paiement du solde convenu, affirmant que la marchandise était livrée conforme et correspondait aux termes convenus. Elle soutenait, quant à elle, que la loi argentine devait être appliquée en raison de la clause FOB qui spécifiait l'Argentine comme lieu de livraison des marchandises, et donc, d'exécution du contrat. Il était donc nécessaire de déterminer quelle législation régirait ce contrat : celle du Pérou en raison de son lieu de conclusion et de son éventuelle exécution, ou bien celle de l'Argentine grâce à la clause FOB convenue par les parties.

En l'espèce, le Procureur général exprima un avis favorable à l'application de l'article 34 du Traité de droit civil international de 1889, qui dispose que les contrats portant sur des biens non individualisés sont régis par la loi du domicile du débiteur au moment de la conclusion du contrat. Selon lui, la loi argentine aurait dû s'appliquer, car la société SIFAR, en tant que débitrice de l'obligation de livraison de la marchandise, avait son domicile en Argentine[669].

Malgré les arguments avancés par les parties et par le Procureur général, la Cour suprême argentine adopta un raisonnement assez original. Tout d'abord, la Cour estima que l'application de la clause FOB à l'ensemble de la vente n'était pas contestable. Ensuite, elle affirma « qu'il était inutile de déterminer la loi applicable en appliquant le Traité de Montevideo, la loi interne de la République argentine ou celle de la République du Pérou, *en raison de l'existence d'un accord librement consenti entre les parties* »[670]. Selon la Cour, cet accord exprimé à travers la clause FOB Buenos Aires, « constitue la loi applicable »[671]. En d'autres termes, la Cour a estimé qu'il n'était pas nécessaire de déterminer la loi applicable au contrat, car la solution matérielle pouvait être trouvée directement dans le contrat. Selon la plus haute juridiction argentine, le recours aux règles de conflit de lois ne sera envisagé que si les règles matérielles applicables s'avèrent insuffisantes pour résoudre le litige, ce qui n'était pas le cas en l'espèce[672].

---

[669] Il est intéressant de constater que le domicile du débiteur, dans ce cas, correspondait également au port d'embarquement où les marchandises devaient être livrées.

[670] Argentine, CSJN, *Gobierno de la República del Perú c. SIFAR Sociedad Industrial Financiera Argentina*, 10 décembre 1956 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[671] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[672] Toutefois, il convient de souligner, à l'instar des affirmations du professeur Boggiano, que la Cour argentine a clairement appliqué les règles matérielles convenues et les a interprétées conformément aux normes coutumières régissant le commerce international en ce qui concerne la clause FOB. Cf. A. Boggiano, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. 2, *op. cit.*, p. 388.

En ce qui concerne la demande reconventionnelle, la Cour a fondé sa décision sur une équivalence de résultats entre le droit argentin et le droit péruvien, même si le Traité de Montevideo, applicable à l'affaire, ne le prévoyait pas expressément. En étudiant les solutions matérielles offertes par le droit argentin et péruvien, la Cour aboutit à la conclusion qu'il n'y a pas de conflit entre eux, ce qui, selon elle, justifie la demande reconventionnelle présentée par la société argentine SIFAR. En conséquence, la Cour rejeta la demande formulée par le gouvernement péruvien et fit droit à la demande reconventionnelle de la société SIFAR[673].

Malgré des opinions contraires[674], la doctrine argentine interpréta l'arrêt SIFAR dans un sens très favorable à l'autonomie de la volonté. Selon le professeur Goldschmidt, cet arrêt reconnaît la notion « d'autonomie universelle », ce qui signifie, selon lui, que les parties sont libres de choisir le contenu matériel du contrat sans qu'il soit soumis à une quelconque législation nationale, à l'exception des restrictions imposées par l'ordre public international du for[675]. Le professeur Boggiano partage une interprétation similaire concernant cet arrêt, bien que son raisonnement diffère légèrement. Selon lui, il serait erroné d'interpréter l'arrêt SIFAR comme autorisant des « contrats sans loi » qui seraient complètement détachés de toute législation étatique et régis uniquement par les règles matérielles convenues par les parties. Il souligne que la Cour a implicitement considéré que le pacte serait applicable tant qu'il ne violerait pas l'ordre public argentin, ce qui laisse entendre que le contrat reste soumis à une loi étatique[676]. Le professeur Boggiano affirme que la Cour reconnaît dans cet arrêt une « autonomie matérielle de droit international privé », ce qui, selon lui, est un ajout à l'autonomie conflictuelle[677]. Cela signifie que les parties peuvent non seulement choisir la loi applicable au contrat, mais également établir le contenu matériel de leurs contrats et même créer des dispositions contractuelles qui déplacent les règles coercitives de la loi choisie[678]. Selon le professeur Boggiano, cette autonomie matérielle, propre au droit international privé, se manifeste par l'incorporation de clauses de droit substantiel dans les contrats, qui peuvent exclure les normes impératives de la loi objectivement applicable.

---

[673] Argentine, CSJN, *Gobierno de la República del Perú c. SIFAR Sociedad Industrial Financiera* Argentina, 10 décembre 1956 (traduction libre de l'espagnol).

[674] V., en particulier, C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, op. cit.,* p. 51 et s.

[675] Les parties peuvent toutefois, si elles le souhaitent, désigner un droit subsidiaire pour pallier d'éventuelles lacunes. Cf. W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 195 et 200.

[676] A. Boggiano, *Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2e éd., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 79.

[677] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[678] Boggiano fait une différenciation entre ce qu'il appelle « l'autonomie matérielle du droit international privé » et « l'autonomie matérielle du droit privé ». Selon lui « Il est vrai que toutes deux constituent la liberté de formation interne du contrat (*Inhaltsfreiheit*), mais la première ne fonctionne que dans les contrats multinationaux, la seconde que dans les contrats nationaux. L'autonomie matérielle du droit privé permet seulement aux parties d'exclure les *dispositions supplétives* de ce droit par des conventions contraires ; l'autonomie matérielle du droit international privé permet d'exclure les *dispositions impératives* de tout droit privé lié au contrat ». Cf. A. Boggiano, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. 2, *op. cit.*, p. 276-278 et p. 283 (traduction libre de l'espagnol).

Ce raisonnement fut mis en avant par le professeur Boggiano, qui était à l'époque juge de première instance en Argentine, lorsqu'il statua sur l'affaire *Feramérico c. Lital S.A.*, le 6 juin 1977. En s'appuyant sur l'arrêt SIFAR, l'auteur développa sa théorie de l'autonomie matérielle en droit international privé, en réduisant le rôle des règles de conflit de lois à un rang secondaire. Il nota qu'il fallait se demander, en premier lieu, si les parties ont exercé leur autonomie matérielle, car « si elles l'ont fait, cette volonté serait directement et principalement régulatrice du litige, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux règles de conflit subsidiaires qui déterminent le droit applicable pour le résoudre »[679]. Ensuite, il exposa sa théorie, de manière très académique :

> « Elles [les parties] peuvent ainsi déroger tant aux règles dispositives qu'aux règles impératives du droit privé qui seraient applicables selon les règles de conflit du juge […] Les limites à respecter dans le présent contrat par l'autonomie matérielle sont, d'une part, les principes d'ordre public international, qui font partie de l'esprit de la législation argentine (art. 14, inc. 2, Cód. Civ.), et les lois de police du droit international privé argentin […] et, d'autre part, les règles de police étrangères impératives, dans la mesure où l'affaire présente un lien économique, généralement d'exécution, avec ce pays. Ces règles étrangères ne peuvent être dérogé ni éludées par l'autonomie matérielle en vertu de notre article 1208, Code civil. Voici les limites de cette autonomie qui ne fait pas de l'affaire des parties un "contrat sans loi", car il est toujours soumis au droit international privé argentin et au droit étranger qui se rapporte à l'affaire (1208, Cód. Civ.). Cette autonomie matérielle, plus large que celle dont jouissent les parties dans les affaires internes où seules les règles dispositives du droit privé peuvent être dérogées, se justifie par les besoins de plus grande liberté et flexibilité du commerce international (arts. 14 et 67, inc. 12, Const. Nac.). »[680]

Ce jugement, qui matérialise la doctrine de son rédacteur dans la jurisprudence argentine, admet une application extrêmement large de l'autonomie de la volonté. Cependant, il convient de noter en premier que, étant un jugement de première instance, il n'est pas contraignant pour les autres juridictions du pays. De plus, bien que la décision repose sur l'arrêt SIFAR (qui exclut expressément l'application du Traité de droit civil international de Montevideo de 1889), on ne procède pas, dans le cas présent, à un examen de la source de droit international privé. En outre, en l'espèce, ledit traité serait dénué de pertinence, puisque le contrat ne rentre pas dans son champ d'application territorial (le contrat avait été conclu entre deux entités juridiques, l'une nord-américaine et l'autre argentine)[681]. Par conséquent, cette décision ne peut pas servir à appuyer l'idée que le système de Montevideo permet l'autonomie conflictuelle. Elle met plutôt en évidence la doctrine de son auteur, qui s'oppose aux dispositions du Traité de 1889.

De plus, bien que l'arrêt SIFAR de la Cour suprême argentine ait été interprété de manière extensive, il ne démontre pas non plus l'acceptation de l'autonomie conflictuelle par le

---

[679] Argentine, Juz. Nac. Com. 13, *Feramérico c. Lital S.A.*, 6 juin 1977 (traduction libre de l'espagnol).

[680] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[681] Sur les discussions de l'application territoriale des Traités de Montevideo, v. *infra* n° 666 et s.

Traité de droit civil international de 1889. À dire vrai, comme l'a souligné la professeure Fresnedo de Aguirre, dans cette affaire, « la Cour a choisi de s'écarter de la solution proposée par le traité de 1889 »[682]. Cet arrêt semble plutôt privilégier les règles matérielles sur les règles de conflit, sans considérer véritablement la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable.

En définitive, à notre avis, la jurisprudence argentine ne confirme pas que le Traité de Montevideo de 1889 accepte l'autonomie de la volonté conflictuelle. Elle se limite à reconnaître l'autonomie matérielle des parties, en jugeant que les clauses établies par les parties suffisaient en elles-mêmes à résoudre l'affaire, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux règles de conflit de lois prévues par le Traité.

117. Uruguay : réfutation expresse de l'autonomie conflictuelle. En Uruguay, les décisions faisant référence aux Traités de Montevideo le font principalement de manière subsidiaire, fréquemment en tant que moyen d'interprétation du droit international privé commun[683], ou même comme une étape préliminaire pour la détermination de la juridiction compétente[684].

En 2012, une décision de la Quatrième Cour d'appel soulève des questions quant à la validité d'une clause de choix de loi dans un contrat d'affrètement international, crucial pour déterminer la prescription de l'action en justice[685]. Le litige impliquait un contrat de transport de fèves de soja de la Bolivie vers l'Uruguay conclu entre les sociétés Union Atlántica de Buques Limitada (UABL) et Industrias Oleaginosas S.A., avec une clause stipulant que la loi sur la navigation de la République d'Argentine régirait toutes les questions de formation, validité et interprétation du contrat.

À la suite de la perte de la marchandise dans les eaux paraguayennes, Industrias Oleaginosas S.A. intente une action en justice en Uruguay, et UABL invoque l'application de la loi argentine choisie, soutenant que l'action est prescrite. La juridiction de fond rejette cette exception de prescription, appliquant les Traités de Montevideo de 1988 et le droit civil uruguayen, concluant que la loi uruguayenne du lieu d'exécution du contrat

---

[682] C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, op. cit.,* p. 52.

[683] L'article 2399 du Code civil uruguayen, abrogé par la Loi n° 19 920/2020, fait une référence expresse au Traité de Montevideo de 1889 : « Article 2399 — Les actes juridiques sont régis, quant à leur existence, leur nature, leur validité et leurs effets, par la loi du lieu où ils sont accomplis, conformément, en outre, aux règles d'interprétation contenues dans les articles 34 à 38 inclus du Traité de Droit Civil de 1889 ». Uruguay, Loi n° 16 603 du 19 octobre 1994, *Code civil*, 21 novembre 1994 (traduction libre de l'espagnol).

[684] L'article 2401 du Code civil uruguayen, abrogé par la Loi n° 19 920/2020 fait une équivalence entre la loi applicable et la juridiction compétente : « Article 2401 — Sont compétents pour connaître des actions nées des relations juridiques internationales les juges de l'État dont la loi régit ces relations. S'il s'agit d'actions personnelles patrimoniales, elles peuvent également être portées, au choix du demandeur, devant les juges du pays du domicile du défendeur ». Uruguay, Loi n° 16 603 du 19 octobre 1994, *Code civil*, 21 novembre 1994 (traduction libre de l'espagnol).

[685] Uruguay, Trib. de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno, arrêt n° 176/2012, *La Boliviana Ciacruz S.A. c. UABL*, 15 août 2012, op. cit.

s'applique. En appel, la Cour infirme la décision de première instance, estimant que le contrat est régi par le Traité de Montevideo de 1889 sur le droit commercial international, interdisant catégoriquement l'autonomie de la volonté. La clause de choix de loi argentine est jugée invalide, et la Cour applique de manière impérative les rattachements objectifs des articles 14 et 22 du Traité de Montevideo de 1889. Ainsi, selon la Cour d'appel, les conséquences des avaries sont régies par la loi du pays où est domiciliée l'agence maritime concluant le contrat, soit la Bolivie[686]. La Cour accorde alors l'exception de prescription, basée sur la loi bolivienne applicable, confirmant que l'action serait également prescrite selon le droit bolivien.

Il est intéressant de noter que l'arrêt se fonde principalement sur la doctrine pour rejeter le choix de la loi argentine, fait par les parties. La décision rappelle les interprétations divergentes de l'autonomie de la volonté dans les Traités de Montevideo de 1889, citant les doctrines uruguayennes opposées au principe lors du Congrès de Montevideo, notamment la doctrine du professeur Quintín Alfonsín, ainsi que celle des professeurs Didier Opertti Badán et Cecilia Fresnedo de Aguirre. L'argumentation expose également des positions de la doctrine argentine, favorables à l'autonomie, avec le professeur Goldschmidt, soutenant que l'autonomie de la volonté repose sur une norme coutumière en Argentine, et le professeur Antonio Boggiano, s'appuyant sur les articles 19 et 31 de la Constitution argentine, affirmant que l'autonomie ne peut être niée en l'absence d'interdiction. En examinant ces doctrines contradictoires, la décision se tourne vers la position de la doctrine nationale uruguayenne et rejette l'autonomie de la volonté :

> « De ce qui a été dit, on peut déduire qu'il s'agit d'une question complexe qui admet des interprétations divergentes fondées sur des motifs convaincants, de sorte que la Chambre partage la position d'Opertti-Fresnedo, selon laquelle la solution au conflit de lois adoptée par les traités de Montevideo de 1889 est "inévitablement applicable, ne pouvant déduire de l'absence d'une interdiction expresse une autorisation aux parties qui permettrait de contourner ces règles matérielles". »[687]

En bref, la décision de la Cour d'appel uruguayenne repose sur le rejet de l'acceptation de l'autonomie de la volonté. Cette négation découle de l'application du Traité de Montevideo de 1889 sur le droit commercial international, qui, selon la Cour, interdit catégoriquement la possibilité pour les parties de déroger aux règles préétablies en matière de droit applicable. En statuant ainsi, la Cour affirme que les parties ne peuvent pas librement choisir la loi applicable à leur contrat d'affrètement international et affirme la prééminence des règles objectives prévues par le Traité.

---

[686] Traité de droit commercial international, Montevideo, 12 février 1889. « Art. 14. — Le contrat d'affrètement est régi et jugé par les lois et les tribunaux du pays où est domiciliée l'agence maritime avec laquelle l'affréteur a contracté. Si le contrat d'affrètement a pour objet le transport de marchandises ou de passagers entre des ports d'un même État, il est régi par les lois de cet État » ; « Art. 22. — Les dommages particuliers sont régis par la loi applicable au contrat d'affrètement de la marchandise endommagée. » (Traduction libre de l'espagnol).

[687] Uruguay, Trib. de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno, arrêt n° 176/2012, *La Boliviana Ciacruz S.A. c. UABL,* 15 août 2012 (traduction libre de l'espagnol).

Toujours en Uruguay, une décision plus récente de la Première Cour d'appel, datant de 2020, a également omis de prendre en considération un choix de loi effectué par les parties. L'affaire concernait un contrat de fourniture de médicaments entre une société vénézuélienne et une société uruguayenne, lequel incluait une clause expresse faisant référence à la loi vénézuélienne. Bien que cette décision ne relève pas directement du Traité de droit civil international de 1889 et concerne davantage une question de juridiction compétente, elle revêt une importance significative pour l'interprétation dudit Traité, car l'arrêt se fonde sur l'ancien article 2399 du Code civil uruguayen, qui mentionnait expressément ce traité comme source d'interprétation[688]. En l'espèce, la Cour estime que cet article est d'ordre public et ne peut être modifié par les parties. On constate à nouveau l'influence de la doctrine, mais aussi d'autres sources du droit international privé, comme (étonnamment) la Convention de Vienne de 1980. Fondé sur une consultation juridique de la professeure Cecilia Fresnedo de Aguirre, l'arrêt énonce :

> « L'article cité 2399, qui est d'ordre public selon l'article également cité 2403, se réfère aux articles 34 à 38 du Traité de droit civil international de Montevideo de 1889 et, conformément à la règle d'interprétation établie au deuxième paragraphe de l'article 34 et tant que la prestation caractéristique du contrat est celle de donner des choses identifiées par leur genre (médicaments — clause Première), le lieu d'exécution est le domicile du débiteur (dans ce cas, celui de Laboratorios Libra SA), d'où il découle que la législation applicable est celle de notre pays, en solution compatible avec celle de la Convention de Vienne de 1980 […] »[689]

La référence à la compatibilité avec la Convention de Vienne reste ambiguë. Cette Convention, en tant que norme de droit uniforme, ne traite pas de la loi applicable à un contrat. Par conséquent, justifier l'application de la loi du domicile du débiteur comme lieu d'exécution du contrat, malgré la loi choisie par les parties, en se fondant sur cette Convention, est surprenant. Cela est d'autant plus étonnant que la Convention favorise l'autonomie de la volonté[690]. L'arrêt mentionne l'avis consultatif de la professeure Cecilia Fresnedo de Aguirre, mais cet avis n'est pas accessible, ce qui empêche de comprendre la référence à la Convention. De plus, aucune autre justification n'est fournie dans l'arrêt, et la mention de la Convention de Vienne n'apparaît qu'à cette occasion.

---

[688] « Art. 2399 — Les actes juridiques sont régis, quant à leur existence, leur nature, leur validité et leurs effets, par la loi du lieu où ils sont accomplis, conformément, en outre, aux règles d'interprétation contenues dans les articles 34 à 38 inclus du Traité de Droit Civil de 1889 ». Uruguay, Loi n° 16 603 du 19 octobre 1994 (traduction libre de l'espagnol).

[689] Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Primero Turno, arrêt n° 5/2020, *Laboratorio Libra S.A. c. Estado de la República Bolivariana de Venezuela*, 5 février 2020, op. cit.

[690] V., en particulier, la note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Partie Première, B, sur l'autonomie des parties. Selon cette note : « Le principe fondamental de la liberté contractuelle dans la vente internationale de marchandises est reconnu par la disposition qui autorise les parties à exclure l'application de la présente Convention ou à déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou à en modifier les effets. Cette exclusion se produit par exemple si les parties choisissent la loi d'un État non contractant ou la loi nationale matérielle d'un État contractant comme loi applicable au contrat. Il y a dérogation à la Convention à chaque fois qu'une disposition du contrat énonce une règle différente de celle qui figure dans la Convention ». CNUDCI, *Note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, p. 38.

La position affirmée par les Cours uruguayenne consiste à rejeter l'idée que les parties puissent choisir librement la loi applicable à leur contrat. Cette position diffère de la pratique judiciaire argentine, qui semble être plus permissive tout en n'acceptant pas explicitement l'autonomie conflictuelle, mais seulement une autonomie matérielle étendue. La divergence d'interprétation et l'absence de jurisprudence abondante concernant les Traités de Montevideo de 1889 rendent difficile l'établissement d'une interprétation jurisprudentielle uniforme de ces normes, en particulier en ce qui concerne le rôle crucial de l'autonomie de la volonté dans le contexte des contrats internationaux. Par conséquent, les lacunes subsistent, obligeant à se tourner vers d'autres sources pour éclairer leur compréhension.

*
* *

118. En définitive, après avoir examiné la jurisprudence, la doctrine et le contexte théorique, ainsi que le processus d'approbation des traités de Montevideo, il apparaît que ces derniers ont établi des règles strictes et incontournables. Ces règles ne laissent aucune marge de manœuvre à la volonté des parties, qui sont seulement autorisées à déterminer le contenu de leur accord (autonomie matérielle) dans le respect des impératifs de la loi, telle qu'elle est objectivement définie par le traité (pour les contrats en général, la loi applicable sera ainsi toujours celle du lieu d'exécution).

De ce fait, contrairement à certaines interprétations de la doctrine argentine[691], il n'est pas possible d'affirmer que le Traité de Montevideo de 1889 reconnaît, même de manière indirecte ou limitée, le principe de l'autonomie de la volonté en matière de conflit de lois. En effet, l'examen des actes du Congrès de 1889 ne permet pas une conclusion catégorique quant à une réfutation du courant subjectiviste « pur », suivi de l'adoption d'un modèle subjectiviste « modéré ». Bien que la négation de la thèse subjectiviste absolue, excluant une « autonomie substantielle intégrale »[692], semble être implicitement présente, l'acceptation de l'autonomie conflictuelle en tant que résultat logique de cette négation n'est pas évidente.

Au maximum, on pourrait considérer, au regard des arguments qui ont été soulevés tout au long de cette analyse, que le Traité de 1889 adhère à une conception objectiviste de l'autonomie de la volonté. Toutefois, comme l'ont démontré les critiques de cette théorie, cela revient à soumettre le contrat international au même régime que le droit interne. En conséquence, si l'on accepte qu'une telle liberté soit accordée dans un contrat international, elle demeure néanmoins équivalente à celle reconnue aux contrats purement internes, ce qui ne reflète pas la conception contemporaine d'un véritable choix de loi régissant le contrat.

---

[691] V. *supra* n° 104.

[692] Sur la différence entre l'autonomie substantielle intégrale et l'autonomie conflictuelle supplétive, v. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 997 et s.

En outre, le raisonnement selon lequel le Traité de Montevideo est silencieux sur le sujet de l'autonomie de la volonté, et que ce silence équivaudrait à une acceptation[693], n'est pas davantage convaincant. À dire vrai, les traités sont intentionnellement silencieux sur cette question. Les échanges ont révélé que l'absence délibérée de toute mention de l'autonomie des parties était préméditée, malgré les efforts répétés du président du Congrès pour l'inclure. Ainsi, on constate non seulement une absence de consensus, mais également une détermination manifeste d'exclure toute référence au principe d'autonomie — même dans une conception objectiviste et encadrée. Pour ces raisons, cet argument ne semble pas non plus pouvoir justifier l'ouverture prétendue.

Enfin, l'argument lié aux articles du Traité sur les conventions matrimoniales[694] suscite également des interrogations. La clarté de ces articles, notamment des articles 40 et 41 du Traité de droit civil international de 1889, ne laisse pas transparaître l'autorisation accordée aux parties de faire un choix direct de la loi applicable à leurs conventions matrimoniales. Ces articles semblent plutôt offrir une possibilité de choix indirect, par le choix du domicile conjugal. De plus, ces articles ont fait l'objet de critiques et d'interprétations diverses. En Uruguay, Alvaro Vargas Guillemette, lors du Deuxième Congrès de Montevideo, critique l'article 40 de l'ancien Traité de 1889. Selon son analyse, cette disposition constitue en réalité une norme implicite par nature, dont l'insertion dans un instrument de droit international privé s'avérait superflue. Dans son interprétation, ce dispositif n'autorise pas l'autonomie de la volonté sur le plan conflictuel, mais doit uniquement être compris comme le pouvoir des parties, dans la marge d'action donnée par la loi compétente, de formuler librement leurs conventions avant de célébrer leur mariage[695]. En Argentine, Goldschmidt, par exemple, considérait que l'article 41 contenait un cas « d'autonomie impropre », autorisant les époux seulement à choisir leur domicile[696]. Ainsi, l'ambiguïté persiste également en matière de régime matrimonial, sans qu'il soit possible d'affirmer de manière catégorique que l'autonomie de la volonté fut autorisée par le Traité dans ce domaine.

B. Le Traité de Montevideo de 1940

119. Comme on le sait[697], un deuxième Congrès sud-américain de droit international privé fut organisé dans les années 1940 dans le but de réviser les premiers Traités de Montevideo de 1889. Tout comme lors de sa première édition, des contradictions

[693] Cet argument fut aussi soulevé par une partie de la doctrine argentine. V. *supra* n° 104.

[694] V. *supra* n° 104.

[695] Argentine, Ministerio de relaciones exteriores y Culto, División de Asuntos Jurídicos, *Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo*, Buenos Aires, 1940, p. 153 (traduction libre de l'espagnol).

[696] Goldschmidt explique que la norme de l'article 41 permet seulement une autonomie « impropre », car « il autorisait les époux à établir le premier domicile par accord prématrimonial, même si ceux-ci avaient l'intention de se domicilier dans un autre pays ». Cf. W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 197 (traduction libre de l'espagnol).

[697] V. *supra* n° 47.

persistèrent dans les discussions des Traités et le silence quant à la possibilité de choisir la loi applicable aux contrats internationaux se maintint. Cependant, cette fois-ci, une véritable solution médiatrice émergea avec l'adoption d'un protocole additionnel. L'article 5 de ce protocole dispose que : « La juridiction et la législation applicable en vertu des Traités ne peuvent être modifiées par la volonté des parties, sauf dans les conditions où cette législation le permet »[698]. Même si cela a permis d'apporter une certaine clarté par rapport à la version antérieure du Traité, cet article a continué à diviser les positions jurisprudentielles et doctrinales quant à l'acceptation de l'autonomie de la volonté.

À l'instar de sa version originale de 1889, le Traité révisé de 1940 sur le droit civil fut marqué par des divergences doctrinales (1) qui se sont poursuivies lors de l'application du Traité par les juges (2).

1. Évaluation critique de l'incorporation de l'autonomie de la volonté dans le Traité de Montevideo de 1940

120. À l'instar du Traité de Montevideo de 1889, des divergences doctrinales persistèrent lors des discussions sur la révision du traité en 1940 (a). Ces divergences influencèrent fortement le contexte historique des délibérations et l'approbation de la nouvelle version du traité (b). Ce climat de désaccord doctrinal conduisit à la réaffirmation de certains principes dans la version définitive adoptée, mettant en lumière les tensions existantes ; néanmoins, une voie de compromis fut finalement trouvée, permettant de concilier les divergences doctrinales et d'apporter une résolution équilibrée avec le Protocole additionnel (c).

(a) La persistance des divergences doctrinales

121. Les différents projets présentés. Sans encore parvenir à un accord, deux projets de réformes au Traité de droit privé international de 1889 furent présentés lors du Deuxième Congrès de Montevideo : le premier par les délégués de l'Argentine, et le second par ceux de l'Uruguay. Parmi les points de discorde, la question de l'adoption du principe de l'autonomie de la volonté en tant que fondement des obligations contractuelles divisa fortement les délégués.

Dans une approche plus libérale, l'Argentine plaida en faveur de l'inclusion expresse du principe de l'autonomie de la volonté dans le domaine contractuel[699]. À l'inverse, la

[698] Traduction cf. *JDI*, 1956, p. 482-509.

[699] V. le rapport établi par le délégué de l'Uruguay, Alvaro Vargas Guillemette, nommé rapporteur des travaux de la Commission de droit civil international lors de la première phase de ces sessions. Cf. Argentine, Ministerio de relaciones exteriores y Culto, División de Asuntos Jurídicos, *Segundo Congreso Sudamericano de Derecho*

délégation uruguayenne défendit une position radicalement opposée, rejetant de manière catégorique le principe de l'autonomie de la volonté et préconisant l'application impérative du critère de rattachement fondé sur le lieu d'exécution du contrat[700]. De plus, le délégué de l'Uruguay, Vargas Guillemette, proposa également l'inclusion d'une disposition générale au Protocole additionnel qui aurait expressément prohibé l'autonomie de la volonté[701].

Il est important de rappeler que le principe de l'autonomie de la volonté s'affirma dans la doctrine internationaliste au XIX^{e} siècle, entendu dans un premier temps dans une conception très libérale. Mais les contours exacerbés de cette liberté ont fait vite apparaître des critiques et même la négation du principe dans les années qui se sont suivies. Lors des discussions des Traités de Montevideo, en 1939-1940, la doctrine européenne se retrouvait déjà dans une deuxième phase de la thèse objectiviste[702]. En Amérique latine, la doctrine se divisa également quant à l'acceptation de l'autonomie de la volonté et marqua fortement les discussions du Congrès de Montevideo de 1940. En effet, le Congrès confirma la scission doctrinale existante entre la sous-région, notamment entre l'Argentine, favorable à l'autonomie de la volonté, et l'Uruguay, où le principe était fortement combattu.

122. Le projet « libéral » de la délégation argentine. La délégation argentine proposa un projet de traité reprenant presque à la lettre les termes de l'article 33 du Traité de 1889, mais introduisit un nouvel élément : la volonté des parties. Un des délégués argentins, Carlos M. Vico, donna des explications sur l'article proposé et mentionna que, parmi les différents aspects du contrat, trois devaient obligatoirement être soumis à la loi du lieu d'exécution, à savoir : l'existence, la nature, et la validité. Ils sont considérés comme des éléments « obligatoires, coercitifs ou absolus », car ils touchent à la notion d'ordre public, contre laquelle il n'y a pas de place pour la volonté modificatrice des parties[703]. Mais, selon lui, il existe d'autres aspects du contrat dans lesquels il y a une place pour des « conventions volontaires entre les parties intéressées pour rendre l'accord plus ou moins

---

Internacional Privado de Montevideo, *op. cit.*, p. 157-158. La première partie de l'article 36 du projet présenté par l'Argentine affirmait : « La loi du lieu où les contrats doivent être exécutés régit : a) leur existence ; b) leur nature ; c) leur validité » ; et l'article ajoute que, sans préjudice de la volonté des parties, il régit également : « d) l'étendue du contenu des contrats ; e) leurs effets ; f) leurs conséquences ; g) leur exécution ». Cf. « Anteproyecto de reformas al Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889: presentado por la Delegación Argentina » *in* OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940, op. cit.*, p. 263-264 (traduction libre de l'espagnol).

[700] Le projet uruguayen ne faisait aucune mention de l'autonomie de la volonté et établissait comme rattachement général celui du lieu d'exécution du contrat. V. « Bases para el protejo de reformas al Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889: propuestas por la Delegación del Uruguay » *in* OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940, op. cit.*, p. 251 et s.

[701] V. le mémorandum présenté par l'attaché de la délégation argentine, Hugo Repetto Salazar, sur les travaux des Commissions de droit civil international. Cf. Argentine, Ministerio de relaciones exteriores y Culto, División de Asuntos Jurídicos, *Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo*, *op. cit.*, p. 211.

[702] À ce sujet, v., en particulier, V. Ranouil, *op. cit.*, p. 112 et s. ; et P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 995 et s.

[703] J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 109-110.

flexible et adaptable aux objectifs concrets qu'elles se proposent dans chaque cas »[704]. Ces aspects sont les suivants : l'étendue du contenu du contrat, ses effets et conséquences, et son mode d'exécution. En ce qui concerne ces derniers aspects, Vico conclut qu'il faut donc laisser place à l'autonomie de la volonté, de sorte que la loi du lieu d'exécution ne doit pas être érigée comme le rattachement unique des stipulations, mais seulement comme une loi « supplétive » pour régir tout ce que les parties n'avaient pas prévu[705]. Le délégué argentin transposa ainsi lors du Congrès sa pensée très favorable au principe de l'autonomie de la volonté, qui est selon lui « le pivot du régime des obligations contractuelles »[706].

Le professeur Vico avait, dès son époque, une conception de l'autonomie de la volonté très semblable à celle qui est aujourd'hui admise. Il affirmait que l'autonomie est justifiée par « le fait que le commerce international présente des caractéristiques particulières et obéit à des nécessités particulières, différentes de celles du commerce interne, sur la base desquelles il est légitime d'admettre une plus grande liberté »[707]. Il différencie encore les règles impératives internationales de celles internes et affirme que, selon le principe de l'autonomie de la volonté, il serait même possible de « renoncer à certaines règles impératives, sans danger pour l'ordre interne, puisqu'il s'agit de contrats internationaux à la physionomie particulière, et que l'arme ultime de l'ordre public peut toujours être utilisée »[708]. Selon lui, la liberté contractuelle des parties pouvait même s'exercer de manière tacite, mais elle n'était jamais absolue : cette autonomie devait nécessairement être limitée par des considérations d'ordre public[709].

123. Le projet « conservateur » de la délégation uruguayenne. Lors du Congrès, les délégués de l'Uruguay, José Pedro Varela et Alvaro Vargas Guillemette, ont fermement critiqué la position argentine. La position uruguayenne, qui repose fortement sur l'idée que la fonction du droit international privé est de résoudre un conflit de souverainetés, remettait

---

[704] *Ibidem.*

[705] *Ibidem.*

[706] C.M. Vico, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Dictado en las Facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata, 3e éd., Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1954, t. 1, p. 303 (traduction libre de l'espagnol).

[707] Le professeur Vico affirme que, selon ce principe, admis par la jurisprudence et divers textes positifs, tel que les Codes civils argentin et italien, ainsi que le Code Bustamante, « le législateur permet aux parties contractantes de régler leurs relations juridiques, de disposer de leurs biens et de créer des obligations à leur gré, dans les limites fixées par la loi impérative et dans le cadre de l'ordre public et de bonnes mœurs ». Il rappelle d'ailleurs les sévères critiques modernes du principe de l'autonomie de la volonté avec le courant du dirigisme contractuel, et mentionne notamment les enseignements d'Aubry et de Niboyet. Il rappelle encore que, face aux critiques, diverses tendances ont tenté de corriger le principe, de le compléter ou de le renouveler, notamment avec le concept de la localisation du contrat, mais il conclut que la réaction a consisté à « faire valoir que, puisqu'aucun des facteurs de rattachement concevables n'a de valeur décisive, il est plus conforme à l'objectif de garantir le respect de la volonté des parties de revenir à l'ancien principe d'autonomie ». Cela serait, selon lui, « une solution universellement admise par la jurisprudence, et plus simple que celles par lesquelles on veut la remplacer, étant sans doute une solution commode ». Malgré les vicissitudes du principe, il affirme que « la réalité est que, dans le domaine du droit international privé, et notamment du droit commercial, l'autonomie de la volonté, avec les restrictions logiques imposées par les lois impératives, a une large prédominance ». *Ibid*, p. 304-305 (traduction libre de l'espagnol).

[708] *Ibid*, p. 306 (traduction libre de l'espagnol).

[709] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

en question le rôle de la volonté des parties. Or, si la proposition était d'établir des règles claires sur la désignation de la loi applicable, il ne devrait pas accepter un rôle des particuliers en ce sens[710]. Varela a soutenu que la loi du lieu d'exécution devrait être la seule et unique loi applicable à tous les aspects relatifs au contrat, ne laissant ainsi aucune place au libre jeu de la volonté des parties[711]. Selon lui, les parties ne tiennent pas toujours compte des situations relevant de l'ordre public ni des difficultés d'exécution des modalités contractuelles dans un pays étranger. Il a conclu qu'il est nécessaire qu'une loi prédéterminée fixe le cadre dans lequel la volonté des parties peut s'exercer, et cette loi devrait être la loi du lieu d'exécution[712].

En soutenant le propos de Varela, Vargas Guillemette nie complètement le principe de l'autonomie de la volonté. Pour eux, la désignation de la loi applicable est une question qui ne dépendait pas de la volonté des individus, mais constituait un conflit entre les lois des différents États. Cela s'appliquait dans le champ de lois prohibitives, mais également pour les lois considérées comme supplétives[713]. En fait, les délégués uruguayens limitent cette autonomie à la sphère matérielle que la loi compétente autorise, comme Niboyet l'a soutenu quelques années auparavant dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye[714]. Ainsi, les parties n'ont jamais une liberté conflictuelle pour choisir la loi applicable à leur contrat, mais seulement la liberté de choisir le contenu de ses contrats. Comme l'affirme le professeur uruguayen Santos Belandro :

> « L'Uruguay a rejeté la position selon laquelle la volonté des parties pouvait être considérée comme constituante des normes par le choix de la loi. On a pensé qu'elle pouvait seulement progresser dans l'ordre social déterminé par la loi compétente, c'est-à-dire comme une volonté de négociation — établissant le prix, le terme, les modalités de paiement, la forme et le moment de la livraison, et les autres droits et obligations des parties — et non comme une volonté conflictuelle. Pour cette raison, José Pedro Varela et Alvaro Vargas Guillemette — en suivant Brocher, von Bar et Dreyfus — ont soutenu que la doctrine de l'autonomie est exacte dans l'ordre interne, mais parasite ou anti-juridique dans le droit international privé. »[715]

[710] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.,* p. 63.

[711] Cf. J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 110.

[712] *Ibidem.*

[713] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.,* p. 64.

[714] La similitude avec les enseignements de Niboyet est intéressante. En 1927, lors de son Cours à l'académie de La Haye, Niboyet affirme que « La volonté des contractants n'est pas élevée au rang de pouvoir souverain autonome, parallèle à celui du législateur ; les parties ont tout simplement une certaine liberté de convention dans les limites fixées par la loi compétente. Et quand elles en usent, elles agissent seulement dans les limites de cette liberté. Pour tout dire, elles n'ont jamais aucune autonomie, considérée comme le pouvoir de choisir une loi compétente ou de résoudre elles-mêmes lois un conflit de lois. La loi étrangère n'intervient, ici encore, qu'en qualité de droit matériel, et non pas à titre de droit international. » Cf. J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 59-60.

[715] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.,* p. 64.

Les idées de Guillemette peuvent être résumées dans un cours qu'il donne à l'Université de Buenos Aires en 1939, en partie transcrit dans son rapport, présenté lors du Congrès de 1940. À cette occasion, le professeur uruguayen affirme que le droit international privé est supérieur à la volonté des individus, qui « n'ont aucun pouvoir de discrimination et de résolution sur les limitations réciproques des souverainetés des différents pays »[716]. Il rappelle « la noblesse historique » du principe de l'autonomie de la volonté, dont les racines se trouvent dans l'ancienne doctrine statutiste, mais souligne que cette théorie découle « de l'individualisme rationaliste de l'école française, qui considère l'individu dans l'abstrait comme une volonté libre et isolée dans le milieu social, le seul objet du droit d'une part et le seul fondement de celui-ci d'autre part »[717]. En critiquant l'idée de soumission volontaire soutenue par Savigny, il conclut que : « L'applicabilité de la loi compétente est donc indépendante de la volonté de la personne dans l'aspect international et est déterminée en fonction de la localisation des relations juridiques, en tenant compte du principe de la souveraineté la plus affectée »[718].

Et Vargas Guillemette conclut que la volonté des parties n'a qu'un rôle matériel et non véritablement conflictuel sur le choix de la loi applicable :

> « Dans les limites fixées par le droit compétent en matière internationale, la volonté des parties n'a d'autre rôle que d'incorporer dans leurs contrats ou dans les relations juridiques dans lesquelles elles sont engagées, comme droit correspondant [*derecho correspondiente*] et jamais comme loi applicable [*ley aplicable*], les stipulations qu'elles estiment les plus appropriées. »[719]

D'ailleurs, en se référant à la matière du régime de biens des époux — idée ensuite réaffirmée au sujet des contrats internationaux[720] —, Guillemette nie complètement la

[716] Argentine, Ministerio de relaciones exteriores y Culto, División de Asuntos Jurídicos, *Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo*, *op. cit.*, p. 151-152 (traduction libre de l'espagnol).

[717] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[718] Selon Guillemette : « Dans l'ordre international, son inadaptation est notoire, car la volonté des parties ne peut et ne doit pas se mouvoir, sauf dans les limites fixées par la règle de droit compétente dans la sphère intranationale. […] Les parties peuvent seulement, dans le monde des faits, fixer librement ou non leur résidence dans un certain pays avec une intention conséquente de rester. Ils peuvent ou non acheter des biens situés dans une certaine juridiction territoriale et se lier contractuellement à des obligations dont le lieu d'exécution se situe dans les limites d'une autre souveraineté que celle dans laquelle ils résident. C'est l'étendue de leur volonté et de leur liberté d'agir, mais, une fois l'acte voulu ou le fait accompli, la force impérative de la loi s'impose avec ou contre leur volonté. L'applicabilité de la loi compétente est donc indépendante de la volonté de la personne dans l'aspect international et est déterminée en fonction de la localisation des relations juridiques, en tenant compte du principe de la souveraineté la plus affectée ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[719] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[720] Guillemette réaffirme la solution en matière de contrats : « Sur ce point, répétons également ce que nous avons dit en traitant le problème des relations patrimoniales entre époux, en rejetant le principe de l'autonomie de la volonté des parties pour désigner la loi compétente ». Cf. *Ibid*, p. 157 (traduction libre de l'espagnol).

théorie de l'autonomie de la volonté, en affirmant que l'autonomie de la volonté est une « grave erreur » et même une « idée parasite »[721].

Compte tenu des divergences observées lors des délibérations, il est pertinent d'examiner la solution adoptée et de procéder à une évaluation critique de l'intégration de l'autonomie de la volonté dans la version définitive du Traité adopté au Congrès de Montevideo de 1940.

(b) Le contexte historique : les discussions persistantes sur le rôle de l'autonomie de la volonté

124. Le rejet de la proposition argentine sur l'acceptation de l'autonomie de la volonté. La majorité des délégués au Congrès de 1940, à l'exception de ceux de l'Argentine, a soutenu les idées uruguayennes. Finalement, la proposition argentine d'inclusion d'une référence expresse à l'autonomie de la volonté n'a pas été acceptée[722]. D'ailleurs, à partir de l'analyse de ces deux courants manifestés par les différentes délégations, nous pouvons observer la véritable scission et l'opposition des idées existantes dans la région, à l'époque de la révision du Traité de 1889. L'adoption du Traité de 1940 était seulement possible grâce à une voie médiane adoptée : l'article 5 du Protocole additionnel. De ce fait, le Traité approuvé en 1940 suivit la proposition uruguayenne, qui obtint la majorité des votes des délégués. Le texte final comprenait peu de modifications substantielles par rapport au premier Traité de 1889. Toujours inspiré des enseignements de Savigny, le rattachement à la loi du lieu d'exécution se maintint (arts. 36 et 37) et le silence par rapport à l'autonomie de la volonté se perpétua dans le texte du Traité[723].

Le délégué de l'Uruguay, Alvaro Vargas Guillemette, nommé rapporteur des travaux de la Commission de droit civil international lors de la première phase de ses sessions, a remarqué que l'autonomie de la volonté évoquée dans la proposition argentine « ne faisait pas référence aux éléments du contrat qui échapperaient au domaine de la volonté des particuliers, et que, d'autre part, elle ne pouvait avoir d'application que dans la marge de

[721] Guillemette affirme encore que : « J'ai toujours pensé qu'une grave erreur est commise lorsque, dans l'ordre de la délimitation des compétences législatives ou judiciaires internationales, le pouvoir de les fixer est attribué à des individus. Il est bien évident que la compétence souveraine d'un État, dans son aspect législatif ou judiciaire, sur les relations juridiques internationales qui se situent dans son environnement social, civil ou économique, ne peut pas être laissée à la volonté de personnes qui veulent varier la compétence correspondante en indiquant d'autres lois ou d'autres juges que ceux du pays de la juridiction prédominante ou même exclusive. La volonté des parties ne peut se mouvoir que dans la limite de la liberté ou de l'autonomie fixée par la loi compétente, comme dans la loi interne d'un État, elle ne peut dépasser le champ d'activité délimité par cette loi. C'est donc une erreur de la part d'une grande partie de la doctrine internationale de tous les temps de ne pas se rendre compte dans toute son importance que la notion d'autonomie de la volonté est absolument parasite dans le développement de notre branche du droit et qu'elle n'a rien à faire comme principe de solution des conflits de lois qui, étant des conflits de souveraineté impliqués dans le cours des relations juridiques internationales, priment sur les fins de la volonté des personnes. » *Ibid*, p. 150-151 (traduction libre de l'espagnol).

[722] *Ibid*, p. 151.

[723] *Ibid*, p. 177-178.

licéité que lui donnerait la législation compétente dans le domaine international »[724]. Ainsi, il explique que la Commission rejeta la proposition argentine « au motif que la volonté des parties, laissée à la loi compétente dans son prolongement, n'était plus un problème de droit international privé, mais un problème semblable à celui que pose tout contrat selon le droit local de chaque pays »[725]. Et Vargas Guillemette conclut en soulignant la non-acceptation à l'autonomie de la volonté par la Commission de droit civil :

> « On peut donc dire, sur la base des paroles et des précisions apportées lors du débat sur ce point, qu'au sein de votre Commission, le principe qui dénie toute légitimité à l'autonomie de la volonté, pour devenir une règle régissant les conflits de lois, a triomphé de manière générale et affirmative. »[726]

La négation de l'autonomie conflictuelle demeure ainsi la norme générale du Traité de Montevideo de 1940, influence qui a d'ailleurs largement façonné la position traditionnellement réfractaire adoptée par l'Uruguay à l'égard de l'autonomie de la volonté, et ce, jusqu'à une période très récente[727]. Toutefois, l'interdiction de l'autonomie de la volonté est tempérée par l'adoption du Protocole additionnel, conclu la même année.

(c) La solution définitive du Traité de Montevideo de 1940 : la position médiane du Protocole additionnel de 1940

125. Le Protocole additionnel : une solution médiane retrouvée. Parmi les délégués argentins, qui souhaitaient l'acceptation de l'autonomie de la volonté, et ceux de l'Uruguay, qui plaidaient pour son interdiction totale, le Protocole additionnel de 1940 fut conçu comme une voie médiane. De fait, Alvaro Vargas Guillemette (Uruguay), l'un de

---

[724] *Ibid*, p. 158 (traduction libre de l'espagnol).

[725] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[726] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[727] Il est intéressant de mentionner que, moins d'un mois après la fin de la deuxième session du Congrès de Montevideo de 1889-1940, Vargas Guillemette a présenté au gouvernement de l'Uruguay une proposition de codification de droit international privé interne uruguayen, contenant un article spécifique à la loi applicable aux contrats. Cet article opérait une incorporation des articles 34 à 38 du Traité de droit civil de 1889. Dans l'exposition de motifs du projet de loi, Vargas Guillemette s'exprime ainsi : « La délégation uruguayenne a également obtenu la pleine ratification des principes défendus en 1889 lors du deuxième congrès des jurisconsultes à Montevideo. En matière d'actes juridiques, le critère de la loi du lieu d'exécution, par opposition à la loi du lieu de conclusion, a été établi. […] Enfin, il a été établi que les parties ne peuvent pas modifier à leur guise les règles de compétence législative et judiciaire susmentionnées, car pour les déterminer, il a été tenu compte fondamentalement de l'intérêt de l'État à l'ordre social ou économique auquel la relation juridique en question est liée par sa nature. Le principe de l'autonomie de la volonté se trouve limité à la marge d'action que lui confère la loi compétente. » Cf. A. Vargas Guillemette, *Codificación Nacional del Derecho Internacional Privado*, Montevideo, Casa A. Barreiro y Ramos S.A., 1943, p. 13 (traduction libre de l'espagnol). La proposition de Vargas Guillemette est devenue plus tard l'*Apéndice del Título Final* du Code civil uruguayen, qui, dans son article 2399 maintenait la solution de la loi du lieu d'exécution en matière contractuelle, en se référant aux règles d'interprétation contenues dans les articles 34 à 38 du Traité de droit civil de 1889. De plus, l'article 2403 de ladite loi rejetait expressément le principe de l'autonomie des parties, car il disposait que les parties ne peuvent pas modifier « les règles de compétence législative et judiciaire déterminées dans le présent titre », ajoutant que la volonté des parties « ne peut agir que dans la marge que lui confère la loi compétente » (traduction libre de l'espagnol).

ses plus énergiques opposants, proposa à la Commission de voter une déclaration générale qu'il résuma dans la formule suivante : « La volonté des parties impliquées dans une relation juridique internationale ne peut modifier les règles de compétence législative et judiciaire prévues par les traités »[728]. Mais Carlos M. Vico (Argentine) exprima son désaccord avec la proposition uruguayenne. Selon lui, la proposition semblait redondante, car elle n'ajoutait rien à la force contraignante qu'ont les dispositions du traité[729]. Il expliqua que la formulation uruguayenne donnait l'impression que son but était de supprimer ou d'inhiber la liberté contractuelle, ce qu'il n'était pas possible d'accepter, lorsque, selon ce qui a été discuté et décidé au sein de la Commission de droit civil, le fait d'indiquer dans le traité la loi compétente pour régir le fond des contrats n'impliquait pas l'interdiction aux parties d'user de leur liberté de conventions dans les limites admises par ladite loi[730].

Au cours du débat qui donna lieu à la proposition uruguayenne, la quasi-totalité des délégations se prononça en sa faveur, à l'encontre du vote de la délégation argentine[731]. Il fut jugé souhaitable que, dans les traités, la loi et la juridiction compétentes soient spécifiées de la manière la plus univoque possible, sans l'incertitude et la versatilité inhérentes à la libre volonté. Il fut également pris en considération la nécessité d'éviter, dans de nombreux cas, le non-respect de la loi, au détriment de l'ordre public. Fut, en outre, souligné le rôle de l'État, qui devait empêcher qu'une partie plus forte, par exemple dans le cas d'un contrat d'adhésion, puisse imposer des restrictions aux droits de l'autre partie en incluant des clauses de renonciation à certaines lois protectrices[732]. Enfin, il apparut que la formule uruguayenne n'empêchait pas un jeu modéré de l'autonomie de la volonté, dans les limites fixées pour chaque cas par les traités eux-mêmes[733].

Le texte de proposition de l'Uruguay, approuvé par la Commission de droit civil, fut alors porté à l'attention du président du Congrès. La délégation argentine insista sur ses objections à la formule uruguayenne, approuvée en insistant sur le réexamen du texte adopté. Ensuite, une nouvelle formule, rédigée par le président de la délégation argentine, Juan Alvarez, fut enfin approuvée, avec le texte final suivant : « La juridiction et la législation applicables en vertu des Traités ne peuvent être modifiées par la volonté des parties, sauf dans les conditions où cette législation le permet »[734]. Ainsi, chaque État, dans

[728] J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 165-166.

[729] *Ibid*, p. 167-168 ; V. aussi, « Informe del delegado argentino Doctor Carlos M. Vico, sobre los trabajos de las Comisiones de Derecho Civil Internacional » *in* Argentine, Ministerio de relaciones exteriores y Culto, División de Asuntos Jurídicos, *Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo*, *op. cit.*, p. 161 et s.

[730] J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 167-168.

[731] *Ibid*, p. 168.

[732] *Ibidem*.

[733] *Ibid*, p. 169.

[734] Traduction cf. *JDI*, 1956, p. 482-509.

l'exercice de sa souveraineté, détermine de manière exclusive la juridiction et le droit applicable au contrat international[735].

126. Critiques et divergences d'interprétation. Le texte final approuvé fut critiqué par les délégations uruguayenne et péruvienne. Selon eux, la nouvelle formule restreint la portée de celle approuvée par la Commission du droit civil, et souffre également d'un manque de clarté, en admettant plus d'une interprétation[736]. Pour la délégation péruvienne, qui fit même consigner que cet article devrait être interprété selon la formulation originale uruguayenne, la disposition et son interprétation selon laquelle la loi d'autonomie pourrait seulement s'exercer sur le plan matériel seraient inutiles ou superflues dans un traité de droit international privé, car elles traitent de questions qui relèvent uniquement de la compétence interne de chaque État[737]. En d'autres termes, seule l'autonomie substantielle serait admise et non l'autonomie conflictuelle ; les parties pourraient alors finalement choisir le contenu de leur contrat, mais non la loi applicable.

Une partie de la doctrine ultérieure suivit la position péruvienne, concluant que l'instrument de 1940 refusa absolument le principe de l'autonomie de la volonté[738]. Le

[735] J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya : ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.*, p. 300 (traduction libre de l'espagnol).

[736] Comme l'explique le délégué péruvien : « prise à la lettre, la formule argentine semble admettre l'hypothèse qu'une loi, déclarée compétente par le Traité, puisse être supplantée par une autre d'un autre pays en vertu d'un consensus de volontés fondé sur cette loi même qui subit la supplantation ; ou, ce qui est équivalent, elle proclame la compétence d'une loi qui doit gouverner pour le seul effet de se faire trahir elle-même ; ce qui est rationnellement inacceptable et même invraisemblable. Il vaudrait mieux déclarer la volonté autonome comme norme unique et suprême, puisque, selon la thèse argentine, inspirée par le critère démocratique libéral, cette volonté reste au-dessus de la loi dite compétente, qui se révélera parfois lettre morte dans le Traité. Et ce que la formule étudiée a voulu établir c'est que la volonté des parties peut se déplacer dans la mesure permise par la loi compétente, mais dans le domaine purement interne ou national qu'elle régit, sans avoir la capacité de la remplacer par une autre loi extérieure ou étrangère, ou de nommer des juges non reconnus dans le lieu où la juridiction doit être située selon le Traité ; il faut convenir que la disposition, ainsi interprétée, est inutile ou superflue dans un Traité de droit international privé, car elle traite d'une question qui relève uniquement de la compétence interne de chaque État. Pour dire que, dans un pays la volonté privée ne peut agir que dans le cadre de la loi locale, il n'est pas nécessaire de recourir à l'autorité des autres États exprimée dans un instrument multilatéral : l'autorité souveraine et nationale de l'État législateur suffit ». Cf. J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 169-170 (traduction libre de l'espagnol).

[737] *Ibid*, p. 170.

[738] Dans la doctrine argentine, c'est le cas, p. ex., des professeurs Werner Goldschmidt, Graciela Chalita, et María Blanca Noodt Taquela. Les deux dernières comprennent que le Traité de 1940 n'a pas admis l'autonomie de la volonté, mais considèrent que ce critère est « peu judicieux, car il ne respecte pas la liberté des parties de choisir la loi applicable ». Cf. G.E. Chalita, M.B. Noodt Taquela, *op. cit.*, p. 19 ; Cela est également le cas du professeur argentin Ciuro Caldani, selon lequel « […] les traités de Montevideo et de 1889 n'admettent pas l'autonomie des conflits et que le protocole additionnel aux traités de 1940 la rejette expressément (article 5). » (Cf. M.A. Ciuro Caldani, *El Derecho Internacional Privado ante los Procesos de Integración, op. cit.*, p. 72) (traduction libre de l'espagnol). Au Chili, le professeur Mario Ramírez Necochea partage cette opinion : « Par exception à la tendance moderne, les traités de Montevideo de 1889 et 1940 n'acceptent pas le choix de la loi par les parties à un contrat. ». Cf. M. Ramírez Necochea, *op. cit*., p. 234 (traduction libre de l'espagnol). À Cuba, le professeur Rodolfo Dávalos Fernández s'est ainsi manifesté : « Sans entrer dans les discussions théoriques soulevées par la doctrine sur les raisons pour lesquelles les *Conventions de Montevideo* ont rejeté ou n'ont pas admis l'autonomie de la volonté en matière de choix de la loi applicable aux contrats, il est certain, comme l'a souligné le professeur argentin Ciuro Caldani, que les traités de Montevideo de 1889 n'admettent pas l'autonomie des conflits et que le protocole additionnel aux traités de 1940 la rejette expressément (article 5) ». Cf. R. Dávalos Fernández, *op. cit.*, p. 88 (traduction libre de

professeur Jürgen Samtleben adopte également cette position, soutenant que, lors de la révision du Traité de 1889 en 1939-1940, la question de l'autonomie de la volonté fut explicitement abordée et tranchée « dans un sens négatif »[739]. Le professeur argentin Goldschmidt, dans une position plus souple, affirma que le Traité de 1940 rejetait l'autonomie comme élément de rattachement, mais il ajouta qu'il n'admettait que « l'autonomie interne des parties », qui était « conférée par la loi de l'État applicable par les Traités »[740].

Au contraire, une autre partie de la doctrine interpréta l'article 5 du Protocole additionnel de manière plus libérale. D'après ce courant, cet article confère une liberté aux parties de choisir la loi applicable lorsque la loi désignée objectivement par le Traité le permet. Ainsi, les rattachements objectifs du Traité de 1940, notamment le lieu d'exécution du contrat, doivent être appliqués pour déterminer la loi applicable à un contrat, et, si cette loi l'autorise, le choix d'une loi différente sera considéré comme valable. Cela est l'interprétation adoptée par Hugo Repetto Salazar, délégué argentin, dans son « Mémorandum sur les travaux des Commissions de droit civil international ». Il exprime sa satisfaction quant à la solution proposée à l'article 5 du Protocole additionnel et admet l'interprétation favorable à la liberté conflictuelle par cette disposition, mais seulement en ce qui concerne les règles supplétives de loi applicable objectivement applicable[741]. Il est logique que, compte tenu du contexte doctrinal de l'époque de la conclusion des Traités de 1940, et en particulier de la prédominance du courant objectiviste, une distinction ait été établie entre les matières supplétives et impératives, encadrant ainsi l'acceptation de l'autonomie de la volonté aux matières supplétives[742].

D'un point de vue plus pratique, le professeur José Antonio Moreno Rodríguez précisa que, conformément à l'article 5 du Protocole additionnel, si l'État dont le droit est désigné comme applicable (en règle générale, le lieu d'exécution) admettait l'autonomie de la volonté, celle-ci serait reconnue. Il en découle qu'« en offrant aux parties la possibilité de

---

l'espagnol). V. aussi, F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.,* p. 53, pour qui « l'article 5 du Protocole Additionnel a rejeté explicitement cette possibilité puisqu'il n'a pas consacré expressément le principe alors que la question avait été soulevée et débattue lors de la négociation de ces deux traités ».

[739] J. Samtleben, « Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano », *op. cit.*, p. 210.

[740] W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 197 (traduction libre de l'espagnol).

[741] Il explique que : « Étant donné que les traités n'établissent pas des règles de droit matérielles, mais des règles de droit conflictuelles, avec l'ajout des qualifications nécessaires, il ne leur était pas possible de distinguer entre ce qui est impératif et ce qui est supplétif, c'est-à-dire entre ce qui est interdit et ce qui est permis aux parties contractantes, ce qui est la fonction exclusive de la législation que, dans chaque cas, les traités considèrent comme compétente ». V. le Mémorandum présenté par l'attaché de la délégation argentine, Hugo Repetto Salazar, sur les travaux des Commissions de droit civil international ». Argentine, Ministerio de relaciones exteriores y Culto, División de Asuntos Jurídicos, *Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo*, *op. cit.*, p. 211 (traduction libre de l'espagnol).

[742] Selon le professeur Santos Belandro, cette conclusion, bien qu'elle puisse être considérée comme correcte, n'a aucune portée pratique, car, « les dispositions supplétives peuvent être incorporées au contrat comme une clause supplémentaire, sans qu'il soit nécessaire d'établir un conflit de lois pour elles ». Cf. R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 65 (traduction libre de l'espagnol).

choisir le lieu d'exécution du contrat, cela leur permet indirectement de déterminer la loi souhaitée »[743].

Des auteurs contemporains ont interprété la permission de l'article 5, sans toutefois mentionner la distinction entre les matières supplétives et impératives. Selon le professeur Boggiano, le Traité de 1940 admit l'autonomie de la volonté, mais seulement dans la mesure où l'autonomie de la volonté était reconnue par la *loi compétente* déterminée selon le traité[744]. En outre, la professeure María Mercedes Albornoz a affirmé que la liberté de choix de la loi applicable aux contrats internationaux a été « expressément reconnue, mais considérablement restreinte » dans le Traité de 1940[745]. Sur ce sujet, le professeur Diego P. Fernández Arroyo explique que :

> « La dernière partie de la phrase — "hors les conditions dans lesquelles cette législation le permet" — signifie que si le droit applicable désigné par la règle de conflit du Traité de Montevideo et, par conséquent, la loi compétente pour régir la relation en question autorise les parties à choisir la loi applicable au cas concret, elles peuvent le faire, mais uniquement "hors les conditions dans lesquelles cette législation le permet". Par conséquent, si le droit international privé interne du pays dont la loi est compétente accepte l'autonomie de la volonté, l'élection d'une autre loi par les parties sera valable. »[746]

L'explication du professeur Fernández Arroyo est très intéressante. En effet, la dernière partie de l'article 5 du Protocole additionnel précise que l'autonomie de la volonté sera acceptée dans les conditions permises par la loi désignée par le traité. Par conséquent, c'est cette législation qui aura le dernier mot, en décidant jusqu'à quel point et dans quelle mesure les parties peuvent choisir une loi différente pour régir leur accord.

Pour la professeure Fresnedo de Aguirre, la « loi compétente » mentionnée par l'article 5 du Protocole doit être comprise non seulement comme renvoyant à l'ordre juridique désigné par la règle de conflit appliquée dans l'affaire, mais aussi « à la norme de droit international privé compétente pour régir la catégorie en cause, que celle-ci soit de source nationale ou internationale »[747]. La première hypothèse correspond à la conception classique, selon laquelle le juge pourrait valider la clause d'élection de loi insérée dans le contrat, au motif que ce choix est admis par le droit étranger désigné par la règle de conflit applicable. Par conséquent, si la règle de conflit applicable désigne, par exemple, le droit chinois, et que celui-ci accepte d'être désigné, un tel choix devra être tenu pour valable.

---

[743] J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.*, p. 300 (traduction libre de l'espagnol).

[744] Cf. A. Boggiano, Contratos Internacionales, op. cit., p. 18.

[745] M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit*., p. 55.

[746] D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur : Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay,* Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 990-991 (traduction libre de l'espagnol).

[747] C. Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado*, t. III, 1re éd., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2022, p. 287-288 (traduction libre de l'espagnol).

S'agissant de la seconde hypothèse, la professeure illustre son propos par l'exemple du marché des valeurs mobilières, régi en Uruguay par la loi n° 18 627 sur le marché des valeurs. Cette loi contient une série de dispositions matérielles, ainsi qu'une norme de droit international privé, qui laisse la détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente à la volonté de l'émetteur, pour autant que l'émission fasse expressément état de son offre internationale. Dans un tel cas, le choix serait valable, car « nous nous situerions dans la marge au sein de laquelle la "loi compétente" autorise l'autonomie »[748].

Le Protocole additionnel a, en effet, apporté une plus grande clarté par rapport à la solution retenue dans le Traité de Montevideo de 1889. Comme il sera démontré, l'ensemble des législations des États signataires des traités de 1940 (Argentine, Paraguay et Uruguay) permet désormais aux parties de choisir librement la loi applicable à leur contrat[749]. Par conséquent, ce qui constituait une exception dans l'article précité devient aujourd'hui la norme. Dès lors, la question de l'admission de l'autonomie de la volonté par la version des Traités de 1940 revêt une portée essentiellement théorique ; elle demeure cependant pertinente pour comprendre les profonds clivages entre les systèmes latino-américains et les conceptions que l'on avait alors de l'autonomie de la volonté, notion fort différente de celle que l'on entend aujourd'hui, dans la mesure où elle distinguait à l'époque, entre matières supplétives et impératives au regard de l'ordre juridique interne.

2. L'insuffisance jurisprudentielle

127. À l'instar des Traités de Montevideo de 1889, les décisions jurisprudentielles appliquant la version révisée de 1940 demeurent exceptionnelles dans les États parties (Argentine, Uruguay, Paraguay). Dans la jurisprudence argentine et uruguayenne, la question de l'autonomie de la volonté n'a été examinée qu'incidemment dans le cadre des Traités de Montevideo de 1940[750].

En Argentine, un jugement d'un tribunal de première instance de Buenos Aires du 7 octobre 1976 reconnut l'existence d'un choix tacite de la loi applicable dans un mandat international[751]. Cette décision s'appuya sur l'ancien droit commun argentin et appliqua par analogie l'article 34, b, du Traité de Montevideo de 1940[752], non applicable en

[748] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[749] V. *infra* n° 267 et s.

[750] Pour l'Argentine, la recherche a été effectuée sur le site du pouvoir judiciaire (en ligne https://www.saij.gob.ar/home) ; et sur le blog *DIPR Argentina* (en ligne https://www.diprargentina.com/) ; pour l'Uruguay, la recherche a été effectuée sur le site du pouvoir judiciaire (en ligne http://www.poderjudicial.gub.uy). Les mots-clés utilisés ont été les suivants : « Tratado de Montevideo de 1940 » ; « Tratado de derecho civil internacional » ; « Tratado de derecho comercial internacional » ; « Protocolo adicional de 1940 » (consulté le 1er juillet 2025).

[751] Argentine, Juz. Nac. Com. 13, *Cistern S.R.L. c. José Piccardo S.A.I.C.*, 7 octobre 1976.

[752] D'après cette décision : « On pourrait parvenir aux mêmes conclusions par application de l'article 34, alinéa b, du Traité de droit civil international de Montevideo de 1940, avec la différence que cette norme, définitoire et

l'espèce[753]. Le tribunal souleva la question de l'application de la volonté tacite des parties, faisant remarquer que les parties soumettaient implicitement leurs contrats aux lois des pays où les effets typiques de ces contrats se produisaient[754]. Selon le tribunal, le fait que la représentation puisse être soumise au droit voulu par le représenté s'explique par « l'autonomie de la volonté conflictuelle ». Il ajouta que « cette volonté ne serait pas hypothétique, mais réelle, bien que tacitement ou implicitement exprimée ». De plus, la décision souligna l'importance de la volonté tacite des parties de se soumettre au droit du lieu d'exécution de l'acte, considéré comme le plus proche de l'affaire, pour garantir « l'objectivité et la sécurité dans le contexte du commerce international »[755].

L'Uruguay adopta une position plus conservatrice. Dans une décision rendue le 24 juillet 2000, la plus haute instance judiciaire uruguayenne, la Cour suprême de justice, imposa, sans examiner en profondeur la notion d'autonomie de la volonté, l'application stricte du critère d'attachement objectif défini dans le Traité international de droit maritime commercial de Montevideo de 1940[756]. L'affaire concernait un litige opposant des compagnies d'assurances à la société propriétaire d'un navire ayant échoué avant la livraison des marchandises. Le requérant souligna la prohibition de l'autonomie de la volonté et la prééminence de l'ordre public. Il estima que les articles 16 à 19 du Traité de droit de la navigation commerciale internationale de Montevideo de 1940 régissant la loi applicable et la juridiction en matière d'avarie commune avaient été appliqués de manière erronée par la Cour d'appel. Il invoqua aussi l'article 5 du Protocole additionnel des Traités de Montevideo de 1940, qui interdit aux parties de modifier la compétence ou la loi applicable.

Bien que la Cour n'ait pas explicitement examiné la question de la loi applicable, elle donna raison à la partie demanderesse et appliqua directement le rattachement objectif prévu par les articles 18 et 19 du Traité de droit de la navigation commerciale internationale de 1940, confirmant ainsi la compétence des tribunaux nationaux. La Cour Suprême de l'Uruguay cassa, ainsi, l'arrêt de la Cour d'appel rétablissant la compétence

déterminative du lieu d'exécution auquel se réfère l'article 32, fait partie du titre X du Traité : "Des actes juridiques". Il s'ensuit que le titre s'applique non seulement aux contrats, mais aussi à d'autres affaires ou "actes juridiques" qui ne sont pas spécifiquement réglementés dans le reste des normes du Traité. Dans ces conditions, l'affaire unilatérale de représentation serait soumise à la loi du lieu où elle produira ses effets, car son efficacité est liée aux lieux précédemment mentionnés ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[753] Selon le jugement : « On se trouverait — s'il existait une représentation — face à une affaire multinationale régie par les normes de droit international privé argentin de source nationale (artis. 1205 à 1216, Code civil), car le cas ne serait pas couvert par les dispositions des traités de Montevideo, n'étant lié qu'à notre pays, sans aucun contact avec un autre pays signataire desdits accords ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[754] Il a été retenu que : « On peut considérer que les parties ont implicitement soumis leurs affaires aux lois des lieux où elles déploieront leurs effets typiques, car c'est là qu'elles ont souhaité que leurs affaires remplissent leur fonction économique. Par analogie, on peut considérer que la partie représentée s'est soumise au droit du lieu où son représentant fera la déclaration en son nom ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[755] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[756] Uruguay, SCJ, arrêt n° 312/2000, *Compañía Internacional de Seguros y otros con Naviera Asunción S.A. I*, 24 juillet 2000 (traduction libre de l'espagnol).

uruguayenne pour les dommages maritimes, en affirmant que le tribunal compétent ne peut pas être autre que celui indiqué par les normes objectives du Traité mentionné.

L'arrêt se fonda notamment sur l'article 19 du Traité de droit de la navigation commerciale internationale, lequel établit la compétence exclusive des juridictions de l'État où s'effectuent la liquidation et la répartition des avaries communes pour connaître des litiges y afférents, en déclarant non écrite toute stipulation contraire. Il fut également souligné que l'article 18 du même traité détermine de manière expresse le lieu où doivent être réalisées ces opérations de liquidation et de répartition. Cet article prévoit qu'elles ont lieu dans le port de destination du navire, sauf si ce dernier ne peut être atteint. Dans ce cas, la liquidation et la répartition des dommages doivent se faire au lieu de déchargement[757]. La Cour nota ensuite que, le lieu de destination, Asunción, n'ayant pas été atteint, il était décisif de situer le déchargement. S'il a été effectué en Uruguay, la liquidation devait également être faite là-bas. En revanche, s'il a été effectué à Buenos Aires, comme le prétendait la société propriétaire du navire, elle devait être faite dans ce port. La Cour constata que le déchargement avait eu lieu à Puerto Sauce, en Uruguay. Elle en déduisit dès lors que la liquidation devait se faire en Uruguay, et non en Argentine, et que « le déplacement de juridiction opéré par le changement de lieu indiqué dans le traité pour la liquidation n'était pas valide »[758]. Par conséquent, elle rejeta toute idée selon laquelle les parties pourraient choisir une juridiction différente.

Puis, une décision de la Première Cour d'appel du 5 février 2020, antérieurement mentionnée lors de l'étude des Traités de 1889, fit également une référence accessoire au Traité de Montevideo de droit civil international de 1940 pour considérer la disposition de l'ancien article 2399 du Code civil uruguayen, qui prévoit que les actes juridiques sont régis par la loi du lieu de leur exécution, comme relevant de l'ordre public, ce qui exclurait la possibilité de modification par les parties des rattachements objectifs prévus par ce Traité[759].

Par conséquent, tout comme pour le Traité de Montevideo de 1889, les décisions judiciaires qui appliquent le Traité de 1940 restent rares et contradictoires, renforçant ainsi les écarts entre le système juridique argentin et uruguayen. Cette divergence souligne la nécessité de

[757] Concernant la loi applicable, l'article 17 a une rédaction similaire, établissant que la loi applicable est celle de l'État où se fait la liquidation et la répartition des avaries communes. Les articles sont ainsi rédigés : « Art. 17 — Les avaries communes sont régies par la loi en vigueur dans l'État où se fait leur liquidation et répartition. Sauf ce qui concerne les conditions et formalités de l'acte d'avarie commune, lesquelles sont soumises à la loi de la nationalité du navire ; Art. 18 — La liquidation et la répartition de l'avarie commune se feront dans le port de destination du navire et, si celui-ci n'est pas atteint, dans le port où se fait le déchargement ; Art. 19 — Sont compétents pour connaître des jugements d'avaries communes, les juges ou tribunaux de l'État dans le port duquel se fait la liquidation et la répartition, toute clause attribuant une compétence aux juges ou tribunaux d'un autre État étant nulle. » (Traduction libre de l'espagnol).

[758] Uruguay, SCJ, arrêt n° 312/2000, *Compañía Internacional de Seguros y otros con Naviera Asunción S.A. I*, 24 juillet 2000 (traduction libre de l'espagnol).

[759] Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Primero Turno, arrêt n° 5/2020, *Laboratorio Libra S.A. c. Estado de la República Bolivariana de Venezuela*, 5 février 2020.

se tourner vers les travaux préparatoires des Traités de 1889 afin de mieux comprendre les changements introduits dans le Traité de 1940, et les conséquences que cela a pour l'interprétation et l'application du Traité de 1940.

*
* *

128. En fin de compte, étant donné le manque de jurisprudence et les contradictions doctrinales concernant l'interprétation de l'article 5 du Protocole additionnel, il reviendra au juge compétent de déterminer, selon le système juridique en vigueur, si cette autonomie s'applique uniquement sur le plan matériel ou également dans le domaine des conflits de lois, et quelle est son étendue.

Cependant, vu la conception contemporaine de l'autonomie de la volonté adoptée pour la législation des États membres du système de Montevideo de 1940 (et également des États latino-américains en général), que nous analyserons dans la seconde partie de cette étude, cette discussion perd quelque peu son sens. Or, en application de l'article 5 du Protocole additionnel, l'autonomie de la volonté est acceptée dès lors que la loi compétente l'autorise, qui est, en général, celle du lieu d'exécution du contrat. Ainsi, dans la mesure où la loi du lieu d'exécution du contrat l'autorise, ce qui est le cas aujourd'hui pour tous les États membres du Traité de 1940, les parties pourront librement choisir la loi applicable à leur contrat. L'autonomie conflictuelle sera alors largement acceptée en pratique pour les contrats soumis au système de Montevideo de 1940. Cependant, la mise en œuvre et les limites de cette liberté demeurent imprécises dans le système de Montevideo. Logiquement, ces règles sont inexistantes dans le traité lui-même, le régime de l'autonomie de la volonté reposant donc principalement sur les solutions nationales, qui sont à présent, comme nous le verrons, très hétérogènes[760].

§2 — L'autonomie de la volonté dans le Code Bustamante

129. À l'instar des Traités de Montevideo, l'interprétation du Code Bustamante s'avère complexe. Sa compréhension requiert une expertise juridique approfondie, en raison de la densité et de la technicité de son langage. Le Code Bustamante est rédigé dans un langage juridique souvent complexe, comprenant une terminologie spécifique et un ensemble de concepts qui peuvent être délicats à appréhender. En ce qui concerne la législation applicable aux contrats internationaux, il contient également des ambiguïtés et des lacunes, rendant son interprétation encore plus ardue. Ces éléments peuvent mener à des interprétations divergentes de certaines dispositions, entraînant débats et incertitudes quant à leur signification réelle.

[760] V. *infra* n° 267 et s.

Le droit applicable aux contrats est réglementé dans deux parties distinctes du Code Bustamante. Tout d'abord, le *Premier Livre*, intitulé *Droit civil international*, comprend un titre spécial nommé « Des obligations et contrats » (Titre IV). Ce titre comprend un chapitre sur les obligations en général (Chapitre I) composé de onze articles (arts. 164 à 174). Le chapitre suivant (Chapitre II), intitulé *Des contrats en général*, comprend quant à lui douze articles (arts. 175 à 186). Les chapitres ultérieurs ajoutent des règles spécifiques à certains contrats particuliers, tels que le contrat de mariage (Chapitre III), la vente, la cession de créances et l'échange (Chapitre IV), et le contrat de prêt (Chapitre VIII). Le Code Bustamante consacre ensuite une partie distincte au *Droit commercial international* dans le *Deuxième Livre*. Cette partie contient des normes spécifiques aux contrats commerciaux dans le Titre premier, appelé *Des commerçants et du commerce en général*, notamment le Chapitre V sur les *Dispositions générales concernant les contrats de commerce*, qui comprend trois articles (arts. 244 à 246).

Les dispositions mentionnées ne font aucune référence directe à la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à leurs contrats. Cependant, une interprétation favorable à ce principe a souvent été faite des articles 166, 184 et 185 du Code. Ces articles disposent ce qui suit :

> « Article 166. Les obligations qui naissent des contrats ont force de loi entre les parties contractantes et doivent être exécutées suivant ces contrats, sauf les restrictions établies par le présent Code.
>
> Article 184. Les contrats doivent être interprétés, en règle générale, conformément à la loi qui les régit.
>
> Cependant, quand cette loi est discutée et qu'elle doit résulter de la volonté tacite des parties, la législation déterminée pour ce cas par les articles 185 et 186 sera appliquée comme présomption, même si cette solution amenait à appliquer au contrat une loi distincte comme résultat de l'interprétation de la volonté.
>
> Article 185. En dehors des règles déjà établies et celles qui, à l'avenir, seront fixées pour des cas spéciaux dans les contrats d'adhésion, est présumée acceptée, à défaut de volonté expresse ou tacite, la loi de celui qui les offre ou prépare. »[761]

Le texte des articles mentionnés a suscité des interprétations diverses, même si le manque de recherche concertée sur le sujet est évident[762]. En examinant le contexte historique et

[761] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

[762] Ce manque de recherche, de discussion scientifique et d'application pratique des normes du Code Bustamante avait déjà été soulevé par le professeur allemand Samtleben, chargé de recherche responsable de l'Amérique latine à l'Institut Max Planck de droit privé comparé et droit international privé de 1971 à 2002. En 1979 il publie une œuvre complète et très approfondie, interprétant et clarifiant l'ensemble des normes du Code Bustamante. V. J. Samtleben, *Internationales Privatrecht in Lateinamerika: Der Código Bustamante in Theorie und Praxis*, Allgemeiner Teil, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1979, Band 1, p. 47 et s. L'œuvre fut traduite de l'allemand à l'espagnol par Carlos Bueno-Guzmán en 1983. V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.*

les idées de Bustamante (A) qui ont été ultérieurement intégrées dans le Code éponyme (B), ainsi que l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence (C), nous serons en mesure de formuler des conclusions éclairées quant aux solutions adoptées par le Code et à leur portée interprétative (D).

A. Analyse contextuelle du Code Bustamante et de l'autonomie de la volonté selon la doctrine de son auteur

130. Le Code Bustamante, pièce maîtresse du droit international privé en Amérique latine, révèle une profonde interaction avec le contexte historique de son époque. Afin de bien comprendre et appliquer ses dispositions, il est essentiel d'adopter une approche interprétative qui conjugue des perspectives historiques, systémiques et téléologiques[763]. Une telle analyse permet de découvrir non seulement les intentions du rédacteur et de ceux qui ont approuvé le texte, mais aussi d'interpréter et d'appliquer plus efficacement le Code Bustamante, en particulier sa partie la plus controversée, celle concernant l'acceptation de l'autonomie de la volonté.

131. L'importance d'une interprétation historique, systématique et téléologique. L'interprétation *historique* du Code Bustamante est importante pour plusieurs raisons. Selon le professeur Jürgen Samtleben, il est essentiel de comprendre les origines du Code pour en saisir ses dispositions[764]. Il rappela que la plupart des dispositions de l'instrument approuvé ont été adoptées sans modifications par rapport au projet présenté par Bustamante. De plus, la plupart des délégués présents n'étaient pas des spécialistes du sujet, de sorte que la consultation de leurs discussions n'apporta pas plus de clarté ou des changements importants au projet présenté[765]. C'est pourquoi l'analyse de la pensée de Bustamante est essentielle pour comprendre et interpréter le Code qui constitue son œuvre majeure.

De plus, le professeur Jürgen Samtleben conseille de faire une interprétation « *systématique* »[766] du Code Bustamante. Selon l'auteur, « étant donné que le Traité se base sur une conception globale de Bustamante, il sera nécessaire de toujours garder à l'esprit tout ce contexte lors de l'interprétation des différentes normes [du Code Bustamante] »[767]. L'auteur souligne qu'une aide supplémentaire peut être obtenue en se référant à la « systématique du droit hispano-cubain », dont Bustamante s'est inspirée pour élaborer le traité. Et, pour mieux comprendre les idées théoriques de Bustamante et « la structure systématique des différentes dispositions du traité », il est conseillé de consulter comme

[763] Sur l'importance d'adopter une telle méthode interprétative, v. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 98-99.

[764] V. *Ibidem*.

[765] *Ibidem*.

[766] *Ibid*, p. 99.

[767] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

« commentaire authentique » l'œuvre que Bustamante a publiée peu après l'approbation du Code[768]. Encore selon l'auteur, une telle interprétation doit être priorisée par rapport aux affirmations de Bustamante lors des discussions de son projet[769]. Cela s'explique, selon lui, par le fait que Bustamante se trouvait souvent « distrait », « inspiré par des situations momentanées » et s'écartait alors de ses premières idées et de l'objectif du Traité[770].

D'autre part, il ne faut pas négliger l'interprétation *téléologique*, qui prend en considération les objectifs et la finalité du Code, en particulier celle de parvenir à une réglementation uniforme du droit international privé entre les États parties. Pour ce faire, selon l'auteur, il est nécessaire de se défaire des idées du droit national, de mener une étude de droit comparé sur la base des systèmes juridiques de tous les États parties et d'évaluer la norme respective du Traité, en tenant compte du sens et des objectifs qui lui sont propres[771].

132. La doctrine de Bustamante : contexte historique et théorique. Afin d'arriver à une conclusion sur l'acceptation ou le rejet de l'autonomie de la volonté par le Code Bustamante, il est donc nécessaire d'étudier en premier lieu la doctrine de son rédacteur, Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, ainsi que le contexte historique et doctrinal dans lequel le Code fut rédigé. Il convient de rappeler que le projet du Code Bustamante fut rédigé par le juriste cubain en 1925, puis examiné par l'Institut américain de droit international la même année, et enfin présenté à l'Union panaméricaine pour discussion et adoption ultérieure.

Il est intéressant de noter qu'avant son adoption lors de la Sixième Conférence panaméricaine, le Code Bustamante fit l'objet de plusieurs révisions. Il fut soumis à des révisions scientifiques et à quelques modifications au sein de l'Institut américain de droit international en 1925, ainsi qu'à la Commission des Jurisconsultes de Rio de Janeiro en 1927, avant d'obtenir enfin la sanction diplomatique lors de la Conférence internationale américaine de La Havane en 1928. Cependant, malgré un long processus d'analyse et de discussions, le projet de Bustamante ne subit que très peu de modifications substantielles, en particulier sur le titre concernant les contrats. Si l'on compare la version approuvée du Code avec le projet initial présenté par Bustamante, on constate qu'il a essentiellement connu des modifications de style[772].

---

[768] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol). L'auteur se réfère au commentaire du Code publié par Bustamante en 1929 (A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*).

[769] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 99.

[770] *Ibidem.*

[771] *Ibid*, p. 100.

[772] Les articles qui sont souvent utilisés comme fondement pour l'acceptation de l'autonomie de la volonté par le Code Bustamante n'ont pratiquement pas été modifiés. En effet, les arts. 184 et 185 ont maintenu quasiment la même rédaction que ceux équivalents du Projet (arts. 180 à 182), avec quelques changements mineurs de style. L'art. 166 a, toutefois, souffert un changement un peu plus important, lorsque la mention faite à la « volonté » a été enlevée lors de la rédaction finale. Malgré cela, le sens de l'article continue d'être le même. L'art. 162 du Projet, équivalent à

Rappelons qu'en Amérique latine, les idées territorialistes de Story et Bello, mais aussi les idées autonomistes de Teixeira de Freitas, avaient inspiré de nombreuses codifications nationales ainsi que les Traités de Montevideo. Mais le Code Bustamante s'est largement éloigné de toutes les codifications et doctrines américaines. Il ne suivit pas les principes classiques des doctrines des auteurs américains, mais choisit de suivre la doctrine européenne, notamment la doctrine personnaliste de Mancini, bien qu'en gardant une forte dose de territorialisme[773]. En effet, le Projet de Code élaboré par Bustamante reflétait les idées de son auteur, qui étaient, elles-mêmes, influencées par le personnalisme italien[774]. Selon le professeur Fernández Arroyo, le passage de Bustamante en Europe, au moment où la doctrine mancinienne atteignait son apogée, ainsi que les circonstances propres à son pays, qui avait obtenu son indépendance bien plus tard que la plupart des autres nations d'Amérique, contribuèrent à la préservation de certaines idées spécifiques, éloignant ainsi Bustamante des principes alors généralement admis dans le droit international privé américain[775]. Il est également intéressant de noter que, bien qu'inspirée de Mancini, la doctrine de Bustamante présente une véritable autonomie, notamment par les conceptions que ce dernier a développées sur les rapports entre le droit international public et le droit international privé, et par la large portée qu'il donne aux principes de nationalité, de souveraineté et de liberté[776].

Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén (1865-1951) était professeur de droit international à l'Université de La Havane, avocat et homme politique cubain. Fondateur de « l'école de La Havane », sa doctrine se différenciait de celles des autres écoles latino-américaines de l'époque. Elle fut même considérée comme une branche autonome de l'école italienne[777]. En ce qui concerne le droit international privé, Bustamante publia en 1893 sa première étude, *El orden público*[778]*,* dans laquelle il exposa de façon approfondie une classification tripartite des lois d'inspiration mancinienne, puis, en 1896, il publia le premier volume de son *Tratado de derecho internacional privado*[779]. Celui-ci contenait une théorie générale des fondements du droit international privé ainsi qu'un exposé de son développement historique s'achevant par la présentation de l'école italienne. Bustamante

---

l'art. 166 du Code, stipulait que : « Celles [les obligations] qui naissent des contrats ont force de loi entre les parties contractantes et doivent être exécutées suivant leur volonté ». V. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Projet de Code de Droit International Privé*, traduit de l'espagnol par Paul Goulé, Paris, Recueil Sirey, 1925 ; et A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*

[773] H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.*, p. 106.

[774] Sur le personnalisme et la doctrine de Mancini, v. B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, *op. cit.*, p. 440 et s.

[775] D.P. Fernández Arroyo, *La codificación del Derecho internacional privado em América Latina, op. cit.,* p. 198 et s.

[776] *Ibidem.*

[777] *Ibid*, p. 199 et s. ; pour les principales idées de l'école de La Havane, v. F. Duncker Biggs, *Derecho internacional privado*, 3e éd., Santiago, Ed. Jur. de Chile, 1967, p. 76 et s.

[778] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *El orden público: Estudio de derecho internacional privado,* La Habana, Impr. y Papelaria La Universal, 1893.

[779] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Tratado de Derecho Internacional Privado*, La Habana, Impr. y Papelaria La Universal, 1896, t. 1.

ne publia pas d'autres volumes. En 1914, il publia une autre étude intitulée *La autarquía personal*[780], pour lui synonyme d'autonomie de la volonté, dans laquelle il abordait le sujet des lois volontaires et observait l'existence d'une « crise scientifique » et le contraste insurmontable entre les principes de la nationalité et du domicile pour déterminer la loi personnelle[781]. Par la suite, il travailla sur l'élaboration d'un code de droit international privé, qui deviendra plus tard le Code adopté lors de la Conférence de La Havane en 1928. Ce n'est qu'après l'adoption de celui-ci, en 1931, qu'il publia le livre *Derecho internacional privado* en trois volumes[782]. Cet ouvrage fut également publié en 1939 sous forme abrégée, sous le titre *Manual de derecho internacional privado*[783]. Tant le livre que le manuel contenaient une élaboration approfondie des principales questions du droit international privé, notamment en matière de contrats. En plus d'une analyse historique et de conceptualisation du droit international privé, dans les deux œuvres, Bustamante expliquait avec profondeur chaque norme et principe inclus dans le Code qu'il élabora.

Ce rappel fait, il faut à présent approfondir la division tripartite des lois établie par l'auteur (1) pour mieux saisir comment il concevait l'autonomie des parties (2).

1. La division tripartite des lois selon la doctrine de Bustamante

133. S'inspirant de la doctrine tripartite de Mancini[784], Bustamante divise lui aussi les lois en trois catégories ou classes, qu'il nomme : (i) lois d'ordre privé (*leyes de orden privado*) ; (ii) lois d'ordre public interne (*leyes de orden público interno*) ; et (iii) lois d'ordre public international (*leyes de orden público internacional*)[785]. Cependant, s'écartant des idées de Mancini, les normes de caractère territorialiste apparaissaient non pas comme des exceptions au principe de nationalité, mais comme une catégorie à part, et devenaient beaucoup plus nombreuses[786]. Il en découle, ainsi que l'a relevé une partie de la doctrine, une forme de territorialisme enracinée dans la pensée même de Bustamante : les principes de liberté et de nationalité se trouvent relégués au second plan sous l'effet prépondérant du principe de souveraineté étatique[787]. Cette conception du juriste cubain, ou, selon l'expression de

[780] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *La Autarquia Personal: Estudio De Derecho Internacional Privado*, La Habana, Impr. El Siglo XX de A. Miranda, 1914.

[781] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 55.

[782] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, La Habana, Carasa y Cia, 1931, vol. 1, 2, et 3.

[783] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, La Habana, Carasa y Cia, 1931, vol. 1, 2, et 3 ; et A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, La Habana, Carasa y Cia., 1939.

[784] V. E. Jayme, *Pasquale Stanislao Mancini*, *op. cit.*, p. 56 et s. ; sur la doctrine de Mancini, v. *supra* n° 22.

[785] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, vol. 1, 2, et 3, *op. cit.*, p. 154 et s. ; et A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Manual de Derecho Internacional Privado*, La Habana, Carasa y Cia., 1939, p. 76 (traduction libre de l'espagnol).

[786] N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 67.

[787] *Ibidem*.

Mme Naiara Posenato, cette « lecture territorialiste de la doctrine mancinienne »[788] revêt une importance particulière pour l'analyse des limites à l'autonomie de la volonté, ainsi que cela sera examiné dans la suite de la présente étude[789].

Pour l'auteur cubain, dans le cas de la première catégorie de lois, celles d'ordre privé, l'État cède sa place à la volonté expresse, tacite ou présumée des parties. Bustamante appelle ce principe « autarcie personnelle » (*autarquía personal*)[790]. Il définit les lois d'ordre privé comme « celles qui sont mises en œuvre uniquement par l'expression, l'interprétation ou la présomption de la volonté des parties »[791] ; et « qui expriment dans chaque pays les formes juridiques que l'autarcie personnelle adopte le plus fréquemment dans les matières qui ne portent pas atteinte aux intérêts collectifs de l'État ou à ses devoirs substantiels de protection individuelle »[792]. Bustamante remarque que la plupart des règles régissant les accords civils et commerciaux rentrent dans cette catégorie, à quelques exceptions près, certains pays cherchant à préserver l'application du droit interne pour l'exécution d'actes conclus à l'étranger, mais exécutés sur leur propre sol[793].

En dehors de l'action de la volonté se trouvent les lois d'ordre public interne et les lois d'ordre public international. Les lois d'ordre public interne sont motivées par la nécessité pour l'État de protéger ses citoyens ou les résidents qui forment sa communauté civile. Ainsi, Bustamante les définit comme « celles qui ne sont destinées qu'aux nationaux ou aux personnes domiciliées, selon le système de chaque pays, et qui les suivent partout où ils se déplacent »[794]. Ce sont, par exemple, les normes sur l'état et la capacité des personnes, les relations de famille et une partie des lois sur les successions[795]. Elles sont nécessairement impératives, et une autre ne peut leur être substituée par la volonté des parties[796].

Enfin, les lois d'ordre public international sont celles qui sont absolues et impératives sur le territoire, et qui s'appliquent à toutes les personnes y résidant, qu'elles soient nationales

---

[788] *Ibid,* p. 68 (traduction libre de l'italien).

[789] V. *infra* n° 151.

[790] Cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, vol. 1, 2, et 3, *op. cit.*, p. 158 et s. (traduction libre de l'espagnol).

[791] *Ibid*, p. 159 (traduction libre de l'espagnol).

[792] *Ibid*, p. 169 (traduction libre de l'espagnol).

[793] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 172. Bustamante affirma néanmoins que cette tendance tendait à disparaître avec l'évolution du commerce international — ce qui n'est toujours pas le cas dans certains pays latino-américains. Selon ses propres mots : « il est à espérer que ces préceptes disparaîtront progressivement des législations positives à mesure que les échanges internationaux permettront d'éviter les difficultés pratiques auxquelles ils peuvent donner lieu » (*Ibidem.* Traduction libre de l'espagnol).

[794] Cf. *Ibid*, p. 176 (traduction libre de l'espagnol).

[795] Cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 183-184 ; et A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 93-94.

[796] De plus, elles ne sont pas territoriales, car elles suivent les personnes partout où elles se trouvent, ayant ainsi un effet « extraterritorial ». En effet, Bustamante explique que, dès lors que les lois de cette catégorie sont « incorporées » à l'individu, elles gagnent le statut de « droit acquis », et doivent avoir alors pleine autorité sur les individus et les suivre partout où ils se déplacent. Cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 181-183.

ou étrangères[797]. Bustamante définit ces dernières comme « toutes celles qui ont pour objet l'État et qui forment son droit, à tel point que les violer ou ne pas les appliquer équivaut à porter atteinte à la souveraineté et à détruire ses fondements essentiels »[798]. Elles excluent l'application de toute loi étrangère et limitent la volonté individuelle[799]. Elles se définissent aussi par leur caractère « d'actualité », car elles changent avec les temps et s'adaptent aux fluctuations législatives et jurisprudentielles de chaque État. Cette catégorie comprend certaines lois civiles et commerciales visant à protéger des principes moraux qui présentent un intérêt égal ou similaire pour la société et l'État. Comme exemple en matière de contrats, il mentionne « l'interdiction de contrats ayant une cause illicite »[800].

En faisant une comparaison entre les trois normes, Bustamante explique que :

> « Lorsque le précepte d'une règle juridique peut être remplacé individuellement par un autre sans que cela porte préjudice à la société civile dans ses exigences ou à la société politique dans ses besoins, on peut dire en toute certitude qu'il fait partie du droit supplétif et appartient à l'ordre privé. Mais si, en la modifiant ou en la supprimant par la volonté de l'individu, elle cause un dommage, un préjudice ou une lésion aux personnes qui constituent la société qu'elle régit, ou un danger, un attentat ou un accident, préjudiciable à sa coexistence civile […] il s'agit toujours d'une question d'ordre public interne. D'autre part, prenons n'importe quelle loi qui correspond manifestement à l'espèce qui nous occupe *[lois d'ordre public international]*, et si elle est écartée par une loi étrangère et transgressée ou violée impunément, il en résultera par la suite que l'État ne peut subsister. »[801]

Ainsi, selon le maître cubain, les lois d'ordre privé sont les seules à pouvoir être remplacées par d'autres lois, sans porter préjudice aux individus ou à l'État lui-même. Toutefois, cela implique-t-il que l'autonomie de la volonté est reconnue dans la pensée de Bustamante ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'analyser ce que Bustamante entend par cette notion, qu'il appelle « autarcie personnelle »[802].

---

[797] *Ibid*, p. 187 et s.

[798] *Ibid*, p. 191 (traduction libre de l'espagnol).

[799] Elles sont également caractérisées par le fait d'être des normes « territoriales », car applicables à l'intérieur du pays qui les édicte, à toutes les personnes, à toutes les choses et à toutes les relations juridiques. Cf. *Ibid*, p. 192.

[800] *Ibid*, p. 201.

[801] *Ibid*, p. 190 (traduction libre de l'espagnol).

[802] *Ibid*, p. 157 et s.

2. L'autonomie de la volonté selon la doctrine de Bustamante

134. L'idée de l'« autarcie personnelle ». Inspirée notamment par les idées de Mancini[803], mais également celles de Laurent et Weiss[804], Bustamante reconnaît la liberté des parties comme une vraie source de droit, autonome et « autogène » (qui émerge ou existe par elle-même)[805]. Il soutient que le terme « autonomie » signifie seulement « pouvoir de se gouverner soi-même », sans préciser son origine ni sa portée. Par conséquent, l'autonomie peut être considérée comme une simple concession révocable par l'État. Or, « le droit qu'ont les individus de régler librement certaines sphères de leur vie privée découle de l'essence même des droits de l'homme, et n'est pas une concession aléatoire du pouvoir étatique »[806]. Pour lui, l'existence d'une telle liberté est aussi une « nécessité impérative de la vie sociale humaine » et ne doit pas être une simple concession de l'État. C'est pour ces raisons qu'il opte pour l'expression « autarcie » (*autarquía*) à la place d'« autonomie »[807]. Selon son origine grecque et le sens étymologique que lui attribue la science contemporaine, il note que le mot « autarcie » exprime parfaitement l'idée d'un domaine du droit dans lequel quelqu'un dispose pour lui-même ; en plus, il ne résulte pas d'une concession bienveillante ou gracieuse d'une entité souveraine, mais il découle de la situation particulière et des exigences incontournables de celui qui en jouit. En d'autres termes, la notion d'autarcie serait plus proche de l'idée que les individus créent leur propre droit et l'utilisent pour eux-mêmes sans que ce pouvoir dépende de l'État[808].

Cette autarcie personnelle, dans le champ qui lui est propre, doit prévaloir sur le pouvoir étatique, qui garde ici un rôle purement « supplétoire ». À dire vrai, dans la conception néo-statutiste suivie par Bustamante, l'autonomie de la volonté constitue essentiellement une limitation à la compétence législative étatique, applicable aux questions juridiques qui ne mettent en cause ni les intérêts collectifs de l'État ni ses obligations en matière de

---

[803] Pour Mancini, les lois étaient divisées entre *lois de l'ordre public,* des lois territoriales, s'appliquant à tous dans le respect de la souveraineté territoriale ; et des normes de droit privé, dont faisait partie le *droit privé nécessaire*, et le *droit privé volontaire*, ce dernier autorisant la prise en compte de l'autonomie de la volonté. En ce qui concerne la loi applicable aux contrats internationaux, Mancini acceptait la faculté des parties de soumettre la substance et les effets des contrats à la loi de leur choix ; et, en cas de silence, il était présumé, selon l'auteur, que l'intention des parties était de soumettre le contrat à la loi du lieu de conclusion du contrat, sauf si les contractants ont une nationalité commune, cas dans lequel la présomption légale indique qu'ils ont eu l'intention de se soumettre à leur loi nationale. Cf. E. Jayme, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, *op. cit.*, p. 165.

[804] Bustamante dédie un Chapitre entier de son œuvre à la doctrine italienne en manifestant une claire sympathie (bien qu'avec quelques critiques à cette doctrine). Il mentionne notamment les travaux de Mancini, Laurent et Weiss. V. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 113 et s.

[805] *Ibid*, p. 160. Selon ses propres mots : « Les lois d'ordre privé impliquent la reconnaissance d'une sphère juridique dans laquelle les individus créent leur droit et l'utilisent pour eux-mêmes; dans laquelle ce droit surgit, pour le dire concrètement autogène et autonome. Mais ce n'est pas la loi, mais un besoin social et individuel permanent, qui est à l'origine de cette faculté : le droit strictement d'ordre privé, dans la vie internationale, est en outre et surtout autarcique. » (Traduction libre de l'espagnol).

[806] *Ibid*, p. 159-160 (traduction libre de l'espagnol).

[807] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[808] *Ibid*, p. 160-161.

protection des droits individuels[809]. S'agissant des contrats, comme Bustamante l'explique lui-même, « en ce qui concerne l'essence même des contrats, leurs stipulations et leurs effets, le critère de l'autonomie de la volonté, ou autarcie personnelle […] doit prévaloir »[810]. Et il précise : « le législateur doit s'incliner en matière de contrat devant la loi que les parties se sont elles-mêmes attribuées »[811].

En réalité, quand Bustamante commence à expliquer le concept de lois d'ordre privé, il semble plutôt se référer à une liberté de nature substantielle ou matérielle. En ce qui a trait à l'expression de la volonté, il note que le législateur ne peut pas prévoir toutes les situations ni satisfaire tous les besoins. Il ajoute qu'il n'y a pas atteinte aux intérêts de l'État et ni à l'autorité des lois nationales si un champ d'action est laissé aux parties pour formuler elles-mêmes leur droit. Il conclut ainsi que, « lorsque les parties, dans ces conditions, expriment leur volonté, celle-ci doit être respectée »[812]. Puis, il part de la reconnaissance de ce concept dans le droit positif et rappelle le principe selon lequel « les contrats ont force de loi entre les parties contractantes et doivent être exécutés conformément à ceux-ci »[813]. Toutefois, dans certains passages de son œuvre, Bustamante paraît également faire une différenciation et se référer à une véritable liberté conflictuelle, c'est-à-dire la possibilité d'un choix de la loi applicable à un contrat et non seulement à un choix des normes matérielles conventionnelles.

Quand Bustamante explique les limitations de l'autarcie personnelle, il énonce que « le pouvoir de choisir le droit » est indépendant de la nationalité ou de la résidence, et c'est l'une des conséquences les moins discutables de l'égalité civile des nationaux et des étrangers[814]. Et il conclut : « Ainsi, le concept purement national de droit volontaire prend *des aspects et des caractères d'ordre international* »[815]. Selon lui, « Le libre choix de certaines lois par volonté expresse des parties est un droit dont jouissent et exercent également les étrangers et les ressortissants de notre territoire »[816]. Cela était interprété comme une justification également de l'autonomie conflictuelle, en montrant que Bustamante faisait, même de manière peu évidente, une différenciation entre une simple autonomie matérielle et l'autonomie du point de vue conflictuel.

Pour le professeur Samtleben, Bustamante comprend l'autarcie personnelle comme englobant à la fois la liberté des parties de fixer le contenu des actes juridiques (autonomie

---

[809] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *La Autarquia Personal, op. cit.*, p. 8 (traduction libre de l'espagnol).

[810] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 277 (traduction libre de l'espagnol).

[811] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[812] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 159 (traduction libre de l'espagnol).

[813] *Ibid*, p. 161 (traduction libre de l'espagnol).

[814] *Ibid*, p. 161-162 (traduction libre de l'espagnol).

[815] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[816] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *La Autarquia Personal, op. cit.,* p. 107-108 (traduction libre de l'espagnol).

matérielle) et le pouvoir de déterminer le droit applicable (autonomie conflictuelle). Par conséquent, la faculté de choisir la loi applicable serait déduite directement de l'autonomie matérielle, sans que Bustamante ait clairement perçu la distinction logique entre les deux[817]. Le professeur allemand ajouta : « Si les parties peuvent dans l'exercice de leur volonté reproduire le contenu d'un droit étranger, selon Bustamante, il doit également leur être permis, en général, de choisir l'application d'un tel droit »[818].

Nous partageons l'opinion du professeur Samtleben. À dire vrai, il n'y a pas de distinction claire entre l'autonomie matérielle et l'autonomie conflictuelle dans la doctrine de Bustamante. Lorsqu'il évoque la faculté, en matière de contrats, pour les parties de sélectionner la législation applicable, et qu'il aborde en détail les implications et conséquences de cette autonomie dans le contexte international, Bustamante laisse clairement entendre qu'il envisageait une autonomie non seulement matérielle, mais aussi conflictuelle. Il offrait ainsi aux parties la possibilité de choisir la loi régissant leurs relations contractuelles internationales. Toutefois, dans la doctrine de Bustamante, cette liberté est limitée à la sphère des lois facultatives ou d'ordre privé, selon sa terminologie. En effet, selon Bustamante, outre les restrictions imposées par l'ordre public international, « Tous sont également soumis aux lois dites impératives ou prohibitives et tous soumettent à leurs ordres les décisions de la volonté »[819]. Par ailleurs, l'influence mancinienne sur le Code ne saurait, à elle seule, justifier l'admission de l'autonomie de la volonté dans son acception contemporaine. En effet, Mancini lui-même n'a jamais reconnu expressément, dans sa théorie de l'autonomie de la volonté, la faculté pour les parties à un contrat international de désigner la loi d'un État déterminé et, ce faisant, d'écarter l'application de la loi compétente en vertu des règles de conflit, y compris ses dispositions impératives[820].

Ainsi, si Bustamante partage certains fondements du subjectivisme, notamment en ce qui a trait à la considération selon laquelle la volonté est, à l'égal de la loi, une source du droit, il retire de son champ les matières impératives, tout comme l'ont fait les auteurs du courant objectiviste, tel que Pillet[821]. Ce dernier est d'ailleurs souvent mentionné par Bustamante afin de justifier sa doctrine. Lorsqu'il traite du thème des lois d'ordre privé, Bustamante fait expressément référence aux enseignements de Pillet pour expliquer l'effet volontaire et facultatif de ces lois. Il mentionne également, entre autres, les ouvrages d'autres auteurs

[817] V., en particulier, J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 224 ; et R. Dávalos Fernández, *op. cit.*, p. 92.

[818] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 224 (traduction libre de l'espagnol).

[819] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *La Autarquia Personal, op. cit.,* p. 112-113 (traduction libre de l'espagnol).

[820] En ce sens, A. V.M. Struycken, « Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement », General Course on Private International Law, *RCADI*, 2004, vol. 311, n° 353 ; v. aussi Y. Nishitani, Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht, Heidelberg, 2000, eadem, *RivDIPP* 2001, spéc. p. 34.

[821] V. *supra* n° 95.

objectivistes, tels que les Français Aubry, Olive, ainsi que Caleb et Niboyet, comme des « œuvres à consulter » dans le chapitre qu'il consacre aux lois d'ordre privé[822].

Il ne s'agit pas, alors, d'une autonomie de la volonté comme nous la comprenons actuellement, mais plutôt d'une autonomie dans le champ restreint des lois facultatives ou volontaires, ce qui place ainsi le contrat international sous le même régime que les contrats purement internes[823].

135. Volonté expresse, tacite et présumée. Bustamante considère ensuite que la volonté des parties peut se manifester de manière expresse, tacite ou encore de façon présumée[824]. Quant au *choix exprès*, Bustamante ne lui accorde que peu d'attention. Il souligna toutefois que les parties sont totalement libres de convenir de la loi applicable, sans qu'il soit nécessaire de limiter ce choix à un groupe spécifique de lois[825]. Il n'exige, alors, aucun lien de la loi choisie avec les parties ou le contrat. Pour justifier son opinion, il souligne que le choix des parties ne s'étend qu'au droit supplétif, de sorte qu'il n'y a aucune raison de craindre qu'en choisissant le droit applicable, les contractants aient contourné l'application du droit impératif[826]. En ce sens, Bustamante rappelle que l'autarcie personnelle ne porte pas sur le droit privé en entier, mais seulement sur l'une de « ses trois règles fondamentales »[827]. Ainsi, « l'attaquer en disant qu'elle peut empiéter sur le territoire des autres, c'est oublier qu'elles se complètent et se limitent mutuellement »[828].

En l'absence de volonté expresse des parties, Bustamante affirme qu'on doit chercher leur volonté tacite ou présumée. Quand les parties ont tenu compte de la possibilité d'appliquer plus d'une loi à leur contrat et qu'elles ont utilisé des termes obscurs ou équivoques, on doit chercher leur volonté tacite. Quand il y a total silence des parties, la volonté présumée doit être recherchée. Des méthodes différentes s'appliquent selon chaque cas.

---

[822] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 171 et 173. D'ailleurs, il est intéressant de noter, que, dans le premier volume de son œuvre *Derecho internacional privado*, Bustamante, juste après avoir dédié un chapitre à la doctrine italienne, dont il aborde le sujet de l'École de Mancini, les travaux de Laurent et le développement des idées de Mancini par Andrés Weiss (Chapitre Sixième, p. 113-123), il dédie un chapitre entier à la « doctrine de Pillet » (Chapitre Septième, p. 125-132), en critiquant et en relevant les mérites de la doctrine de l'auteur français. Pour une analyse des idées objectivistes, v. *supra* n° 95.

[823] Rappelons que, comme l'ont souligné les critiques adressées à la thèse objectiviste, la restriction de l'autonomie aux lois volontaires implique que la liberté offerte aux parties dans le cadre d'un contrat international n'est pas plus étendue que celle accordée par la même loi aux contrats internes. Dans cette théorie, le régime des contrats internationaux soumis au système de normes impératives (internes) de la loi objectivement désignée demeure identique à celui applicable aux contrats purement internes. V. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 243.

[824] Sur la différence entre la manifestation tacite et présumée, Bustamante se réfère respectivement, en espagnol, à la « manifestación tácita de la voluntad » et aux « leyes presuntamente aceptadas por las partes ». V. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 162 et s.

[825] Bustamante critique les raisons doctrinales généralement utilisées pour limiter le choix de certaines lois spécifiques, comme la difficulté pour les juges d'appliquer les lois étrangères et une crainte purement technique que les parties substituent ainsi leur volonté au pouvoir de la loi, même en matière d'ordre public. *Ibid*, p. 161-162.

[826] *Ibidem*.

[827] Cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 161-162 (traduction libre de l'espagnol).

[828] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

Quant à la recherche de la *volonté tacite* des parties, celle-ci soulève pour Bustamante un simple problème d'« interprétation » et doit être considérée comme une « question de fait » et non un véritable problème « de droit ». En s'interrogeant sur la façon de comprendre cette volonté tacite, Bustamante soutient qu'une telle interprétation doit être basée sur des éléments personnels qui ne peuvent être tirés uniquement de la *lex fori*, « puisque le juge ne cherche qu'à vérifier la volonté certaine des parties et, loin d'appliquer le droit, ne poursuit qu'un fait »[829]. Le plus « naturel et logique » serait alors, selon lui, d'appliquer les règles d'interprétation établies par la « législation supplétive à laquelle l'acte ou le contrat serait soumis en cas de silence absolu des parties ». Comme il l'explique, à cet égard, « la question quitte la sphère de l'*interprétation* et entre dans le domaine des *présomptions*, qui, en la matière, reposent toujours sur des éléments personnels ». Et, une fois la volonté ainsi déterminée, « il ne reste plus qu'à lui obéir, car le cas se confond alors, en matière d'effets internationaux, avec celui de la volonté expresse »[830].

En contrepartie, lorsque nous parlons de *lois présumées*, Bustamante nous renvoie à l'idée de « présomptions de droit ». Celles-ci se différencient des « présomptions de fait », qui s'appliquent dans le cas de la recherche de la volonté tacite. Selon lui, les présomptions de droit « supposent que l'effort d'interprétation et de preuve a été épuisé, et, en ces matières, elles suppléent au silence et à l'oubli des parties par une règle fixe et définitivement contraignante »[831]. Pour déterminer cette volonté présumée, le juge doit se reposer sur un « calcul de probabilités », « attribuant à chaque individu ce qui, dans des conditions identiques, serait fait par la généralité des hommes ou ce qui, dans l'état normal des choses, arrive presque toujours »[832]. Selon lui, en créant ainsi une « fiction juridique » qui remplace les « déterminations inexistantes ou ignorées de la volonté », il est crucial de s'assurer que la loi en question soit « possible », c'est-à-dire connue des parties, « probable », c'est-à-dire d'usage fréquent, « générale » dans son champ d'application et son contenu, et « simple » dans sa mise en œuvre et sa forme[833].

En faisant une longue analyse des lois qui auraient pu être considérées par les parties, il conclut que certaines seront plus probablement choisies et, par conséquent, il définit certaines présomptions de droit qui doivent être prises en considération lors de la recherche de la volonté présumée des parties. Il conclut que, parmi les possibles lois présumées applicables, trois ressortent comme étant les plus appropriées : premièrement, la loi du domicile commun des parties ; deuxièmement, la nationalité commune des parties ; et, en troisième lieu, la loi du lieu de conclusion de l'acte[834].

---

[829] *Ibid*, p. 162-163 (traduction libre de l'espagnol).

[830] *Ibid*, p. 163 (traduction libre de l'espagnol)

[831] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[832] Cf. *Ibid*, p. 162 et s. ; et A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 81-82 (Traduction libre de l'espagnol).

[833] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 82 (traduction libre de l'espagnol).

[834] Cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 167-168.

Il range les deux premières présomptions (le domicile et la nationalité commune des parties) dans le concept de « lois personnelles »[835], et considère que les dispositions de ces lois seront sans doute plus familières et mieux connues des parties[836]. Ainsi, pour Bustamante, la loi personnelle doit être considérée comme la présomption déterminante pour les actes unilatéraux, les contrats d'adhésion et chaque fois que les parties ont la même loi personnelle. Toutefois, quand les parties n'ont pas de loi personnelle commune, il faut se baser sur la loi du lieu où l'acte est accompli en vertu d'une « présomption définitive »[837]. Cela se justifie, car, si les lois personnelles divergent, il n'est pas possible de trouver une loi mutuellement connue par les parties ; ainsi, le droit du lieu de conclusion a en sa faveur « la plus forte dose de vraisemblance, le plus haut chiffre dans le calcul des probabilités »[838]. D'autre part, selon l'auteur, cette loi est la plus facile à consulter et à vérifier, et elle est celle qui est conforme aux coutumes généralement suivies là où l'acte est conclu[839].

Après avoir examiné le contexte historique et les idées de son auteur, il est temps d'analyser les solutions adoptées par le Code Bustamante afin de bien comprendre sa signification.

B. Les solutions adoptées par le Code Bustamante

136. Comme on peut s'y attendre, le Code Bustamante reflète les idées de son auteur. Dans son œuvre, *Derecho Internacional Privado en América Latina,* Bustamante dédie un Chapitre entier aux principes fondamentaux introduits dans le Code qui porte son nom[840]. L'instrument définitif adopté fut très peu modifié par rapport au projet élaboré par

---

[835] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[836] La question de quelle loi doit être considérée en tant que loi personnelle — celle de la *nationalité* ou celle du *domicile* des parties reste controversée. Ce sujet a divisé l'opinion des États latino-américains en créant un véritable obstacle pour la codification du droit international privé régional. Par ailleurs, quand Bustamante expliqua le concept des lois d'ordre public interne, il énuméra les différentes versions existantes, notamment la concurrence des opinions prônant l'adoption du rattachement de la loi de la nationalité et celles préconisant le critère du lieu du domicile pour désigner le statut personnel. Bustamante rappela que, selon certains juristes sud-américains, le critère de la nationalité est plus approprié aux États d'Europe, mais que celui du domicile devrait prévaloir en Amérique dès lors que ce continent est essentiellement composé des pays d'immigration. Pour trouver un compromis et garantir l'adoption du Code pour le plus grand nombre d'États, Bustamante proposa une solution médiane. Il proposa, dès l'état initial de son Projet, lequel a ensuite été maintes fois modifié lors de la Conférence de La Havane, de laisser le soin à chaque État, dans son droit interne, de décider ce qu'il considère être la loi personnelle. Bustamante expliqua : « la seule formule à laquelle on est parvenu consiste à décider que chaque État appliquera comme lois personnelles celles du domicile, celles de la nationalité ou celles qu'il a adoptées ou adoptera à l'avenir dans sa législation interne ». Ainsi, l'article 7 du Code approuvé renonce à définir la loi personnelle, laissant cette tâche aux États. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 90-91 (traduction libre de l'espagnol).

[837] Cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 167-168 ; A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 84 (traduction libre de l'espagnol).

[838] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 85 (traduction libre de l'espagnol).

[839] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[840] V. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 227-235 (Livre Quatrième, Chapitre Troisième, intitulé « Los principios fundamentales en el Código de Derecho Internacional Privado »).

Bustamante. Il convient de rappeler qu'en matière de contrats, les changements se sont résumés à des modifications de style, de sorte que les idées initiales de Bustamante furent entièrement traduites et acceptées dans le Code adopté par la Conférence de La Havane. Ainsi, la doctrine de Bustamante et l'interprétation qu'il en fait dans ses œuvres *Derecho internacional privado* (1931)[841] et *Manual de Derecho Internacional Privado*[842] (1939) peuvent être considérées véritablement, comme l'a d'ailleurs souligné la doctrine, comme une véritable interprétation authentique du Code. Plus précisément en ce qui concerne le principe de l'autonomie de la volonté, les difficultés d'interprétation liées à la doctrine de Bustamante se sont perpétuées dans l'application de son Code. Nous nous proposons donc d'explorer ce sujet, en partant de l'essence même de l'autonomie de la volonté selon les solutions adoptées par le Code Bustamante et en poursuivant jusqu'aux débats doctrinaux qui en découlent.

137. La doctrine de la division tripartite des lois transposée dans le Code Bustamante. Bustamante transposa la division tripartite des lois au Code qui porte son nom. Le titre préliminaire du Code Bustamante, composé de huit articles, pose des règles générales. C'est dans l'article 3 que l'on trouve la base de cette division tripartite des lois. L'article 3 dispose le suivant :

> « Pour l'exercice des droits civils et la jouissance des garanties individuelles identiques, les lois et règles en vigueur dans chaque État contractant sont considérées comme rentrant dans l'une des trois catégories suivantes :
>
> I. Ceux qui s'appliquent aux personnes, en raison de leur domicile ou de leur nationalité, et les suivent même quand elles changent de pays, appelées *personnelles* ou *d'ordre public interne*.
> II. Celles qui obligent également ceux qui résident sur le territoire, qu'ils soient ou non nationaux, appelées *territoriales*, *locales* ou *d'ordre public international*.
> III. Celles qui ne s'appliquent pas seulement par l'expression, l'interprétation ou la présomption de volonté des parties ou de l'une d'entre elles, appelée *volontaires* ou *d'ordre privé*. »[843]

À défaut de disposition contraire dans le Code, l'article 6 confie à chaque État la tâche de classer les lois dans l'une des trois catégories : « dans tous les cas non prévus par le présent Code, chacun des États contractants appliquera ses propres qualifications aux institutions ou relations juridiques qui doivent correspondre aux groupes de lois mentionnés à l'article 3 »[844].

---

[841] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, La Habana, Carasa y Cia, 1931, vol. 1, 2, et 3.

[842] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, La Habana, Carasa y Cia., 1939.

[843] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223 (original sans italiques).

[844] *Ibidem.*

En commentant l'article 3 du Code, Bustamante explique que, conformément à cette règle de classification tripartite, il mit en avant leur « concept primaire » et « l'effet le plus saillant » de chaque catégorie de règles, dont il tira les noms[845]. La terminologie utilisée dans le Code, qui propose plusieurs dénominations (ou « synonymes ») pour chaque catégorie (par exemple, des termes tels que « volontaires » ou « d'ordre privé », utilisés comme synonymes), vise à éviter, selon l'auteur, « les erreurs d'interprétation »[846]. Ainsi, les dispositions du Code font souvent référence aux expressions « loi territoriale » ou « loi locale » pour renvoyer aux lois d'ordre public international ; ou à la « loi personnelle » pour se référer aux normes que Bustamante qualifie comme appartenant à l'ordre public interne.

138. Incorporation de « l'autarcie personnelle » au Code Bustamante. En suivant la division tripartite des lois adoptées par le Code, l'idée de l'autarcie personnelle est également incorporée dans celui-ci. Lorsque Bustamante commente les principes fondamentaux dans le Code de droit international privé, il reconnaît que le titre préliminaire ne contient aucune disposition générale sur la reconnaissance de l'autonomie de la volonté, mais que le Code se borne à « lister dans ses différents livres le caractère général de chaque institution et à indiquer, le cas échéant, les modifications qui s'imposent pour certains de ses aspects »[847]. Et par la suite, il mentionne un exemple où le Code évoque l'autarcie personnelle : l'article 166, selon lequel « les obligations qui naissent des contrats ont force de loi entre les parties contractantes et doivent être exécutées suivant ces contrats […] »[848]. Cette référence paraît privilégier plutôt une conception matérielle de l'autonomie de la volonté des parties.

Sur ce dispositif, il explique que le domaine des contrats constitue le champ d'action le plus large et le plus fréquent de la volonté des parties. Puis, il attire l'attention sur la forme générale et impérative sous laquelle l'article 166 est rédigé, « qui ne laisse aucun doute sur la puissance juridique de la volonté humaine dans l'ordre international »[849]. Cela nous semble se référer (comme pour la doctrine de Bustamante) à l'effet conflictuel du principe de l'autonomie de la volonté. D'ailleurs, il mentionne que ce principe s'applique aux contrats de nature civile et également aux contrats commerciaux, en raison de ce qui est établi à l'article 244 du même instrument[850].

Comme cela a été soulevé par le professeur Samtleben, la version officielle en espagnol du Code Bustamante contenait quelques erreurs de rédaction, qui, dans les mots du

[845] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 229 (traduction libre de l'espagnol).

[846] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[847] *Ibid*, p. 231 (traduction libre de l'espagnol).

[848] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

[849] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 231 (traduction libre de l'espagnol).

[850] *Ibidem.*

professeur allemand, « est si défectueuse qu'elle ne reproduit le sens proposé que de manière imprécise et incorrecte »[851]. L'auteur évoque l'exemple de l'article 244 du Code, qui dispose que « les règles générales établies pour les contrats civils au chapitre II, titre IV, livre I, du présent Code s'appliqueront aux contrats commerciaux »[852].

L'article 244 ne fait référence qu'au chapitre II, intitulé *Les contrats en général*, qui contient les articles 175 à 186. Par conséquent, l'article 166, qui fait partie du chapitre I, intitulé *Obligations en général*, n'est pas visé. Une interprétation littérale amène donc à conclure que la liberté contractuelle prévue à l'article 166 ne serait pas applicable aux contrats commerciaux, puisque ce dernier ne mentionne pas explicitement cet article. Selon le professeur Samtleben, cela serait une erreur de rédaction. Par conséquent, la référence spécifique faite par l'article 244 au chapitre II précité du Code doit être interprétée de manière plus large, comme une « référence générale »[853], incluant non seulement ce chapitre, mais aussi la norme fondamentale de l'article 166 concernant l'autonomie des parties. Ainsi, les parties peuvent également choisir la loi applicable pour les contrats de commerce.

En outre, Bustamante souligne que les articles 185 et 186[854], qui établissent les liens de rattachement pour déterminer l'intention présumée des parties (lorsqu'il n'y a pas d'intention expresse ou tacite), renforcent l'acceptation de l'autonomie de la volonté. Ici, l'autonomie apparaît davantage sur un aspect conflictuel. Son appréciation est la suivante :

> « […] le Code affirme le principe de l'autarcie personnelle. La volonté humaine, qu'elle soit expresse ou tacite, constitue la loi suprême dans les matières régies par le droit, y compris celles relatives aux relations contractuelles. »[855]

139. Interprétation favorable au principe de l'autonomie dans le Code Bustamante. Malgré les explications fournies par son auteur, la doctrine reste divisée quant à l'interprétation du Code Bustamante. D'un côté, certains courants doctrinaux soutiennent que le Code Bustamante approuve le principe de l'autonomie, tandis que d'autres le rejettent en formulant différentes nuances.

---

[851] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 91 (traduction libre de l'espagnol).

[852] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

[853] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 91 (traduction libre de l'espagnol).

[854] « Art. 185 — En dehors des règles déjà établies et celles qui, à l'avenir, seront fixées pour des cas spéciaux dans les contrats d'adhésion, est présumée acceptée, à défaut de volonté expresse ou tacite, la loi de celui qui les offre ou prépare ; Art. 186 — Dans les autres contrats et pour le cas prévu dans l'article précédent, on appliquera en premier lieu la loi personnelle commune aux contractants et, à défaut, la loi du lieu où ils ont été conclus. » (Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223).

[855] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 232.

En adoptant une interprétation littérale et authentique, fondée sur le texte du Code et la doctrine de Bustamante, une majorité de la doctrine soutient que l'autonomie de la volonté serait acceptée par le Code Bustamante[856]. Ces auteurs font souvent référence à l'article 166 du Code et à l'expression « les contrats ont force de loi entre les parties » pour justifier l'acceptation du principe de l'autonomie de la volonté.

D'ailleurs, la référence, dans les articles 184 et 185, à la volonté expresse et tacite est également utilisée pour illustrer l'acceptation dudit principe. Ces arguments sont utilisés, par exemple, par les professeurs brésiliens Haroldo Valladão et Irineu Strenger. Selon Valladão, le Code Bustamante a donné une grande importance à l'autonomie de la volonté, qui est, selon lui, la règle principale établie pour régir le fond des contrats[857]. Il rappelle également que l'auteur du Code, Bustamante, avait déclaré reconnaître le principe. Le professeur Strenger affirme que le Code, notamment dans l'article 166, a clairement énoncé que les parties puissent choisir la loi applicable à leurs obligations contractuelles ; faculté, selon lui, dont jouissent les nationaux et les étrangers. Ce dernier précise qu'il faut tenir compte, d'une part, de l'interprétation qui est donnée à la règle de conflit de lois interne et du libellé de l'article 166 du Code Bustamante (qui ordonne de respecter avec force de loi le contenu des obligations stipulées entre les parties contractantes), et, d'autre part, de la doctrine de Bustamante :

> « […] on arrive à la conviction que la Convention de La Havane ne s'écarte pas dans son système, précisément en raison de l'élasticité de ses conceptions, de la théorie fondée sur l'idée que l'individu n'est pas privé de la faculté de choisir le droit quand celui-ci se

[856] Parmi les auteurs qui partagent l'idée de l'acceptation de l'autonomie de la volonté par le Code Bustamante, fondée, entre autres, sur les articles mentionnés, nous pouvons citer : au *Brésil*, Haroldo Valladão et Irineu Strenger ; en *Argentine*, Antonio Boggiano ; au *Panama*, Gilberto I. Boutin ; au *Venezuela*, Eugenio Hernández-Bretón, Fabiola Romero, et Francisco Lopez Herrera ; à *Cuba*, Rodolfo Dávalos Fernández ; au *Chili*, Mario Ramírez Necochea ; et dans la doctrine étrangère, le professeur Samtleben, en Allemagne ; Nolde, en Russie ; et Niboyet, en France (ce dernier, avec des critiques). V. H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.*, p. 106 ; H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.*, p. 352-353 ; I. Strenger, *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, Dissertação para concurso à docência livre de Direito Internacional Privado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1967, p. 208 ; A. Boggiano, *Contratos Internacionales, op. cit.*, p. 16 ; G.I. Boutin, *Código de Bustamante y Normas Internas de Derecho Internacional Privado : Comentado por Gilberto Boutin I.*, 2e éd., Panamá, 1991, p. 73 ; E. Hernández-Bretón, « Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: ensayo de derecho privado », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 1988, p. 377-420, p. 386 ; F. Lopez Herrera, « El contrato en el derecho internacional privado », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, 1954, p. 87-100, p. 97 ; F. Romero, « Autonomía de las partes » *in* T.B. de Maekelt, I. Esis Villarroel, C. Resende (coord.), *Ley de derecho internacional privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. 1, 2005, p. 739-778 ; R. Dávalos Fernández, *op. cit.*, p. 93 et s. ; M. Ramírez Necochea, *op. cit.*, p. 240 ; J. Samtleben, « Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano », *op. cit.*, p. 275 et s. ; J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 223 et s. ; B. Nolde, « Codification du Droit International Privé », *op. cit.*, p. 365 ; et J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 43-44.

[857] V. H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.*, p. 325-326 ; H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », op. cit., p. 106.

> déplace dans un pays étranger, de la même façon qu'on ne peut pas nier une telle prérogative à un étranger résidant dans notre pays. »[858]

De même, selon le professeur cubain Rodolfo Dávalos Fernández, le Code Bustamante reconnaît clairement l'autonomie de la volonté comme un « droit » plutôt que comme une simple « faculté » ; ce droit n'agissant pas *ex lege*, mais « c'est précisément la loi qui habilite les parties à exercer ce droit »[859]. Cette affirmation découle de la classification que Bustamante a faite des lois en trois catégories ou classes, parmi lesquelles figurent les lois « volontaires ». Le professeur Dávalos Fernández soutient que, selon cette perspective, aucune loi applicable selon le Code ne pourrait être qualifiée de volontaire si elle ne reconnaissait pas la volonté et l'autonomie de la volonté, ou l'autarcie personnelle, dans la désignation de Bustamante. De plus, d'après le professeur cubain, le fait que Bustamante ait lui-même exprimé, dans ses commentaires sur le Code, que le critère de l'autonomie de la volonté devrait prévaloir en matière d'obligations, aurait dû suffire à mettre fin à la controverse, étant donné que cette déclaration peut pratiquement être considérée comme une « interprétation authentique », faite par l'auteur du Code lui-même[860].

En adoptant une interprétation historique et contextuelle, le professeur argentin Antonio Boggiano admet également la réception de l'autonomie de la volonté dans le Code Bustamante. Selon lui, malgré le fait que le Code Bustamante semble énigmatique, « l'admission du principe d'autonomie peut se présumer de son inspiration mancinienne »[861]. Selon ce dernier, « toutes les limites imposées par les différents articles du Code semblent présupposer le principe d'autonomie, plutôt que de le nier »[862]. Le professeur panaméen Gilberto I. Boutin partage aussi cette idée. Il note que le Code « reconnaît également l'autonomie de la volonté des parties, le principe *pacta sunt servanda* de l'article 166 avec les limitations d'ordre public international établies par ledit Code »[863]. De même, la doctrine vénézuélienne estime que le Code Bustamante a consacré implicitement l'autonomie de la volonté dans son article 184 relatif à l'interprétation des contrats[864]. Il a également été soutenu que les « exigences de la vie sociale et l'évolution actuelle du droit » imposent la reconnaissance de l'autonomie de la volonté, ce qui conduit à la conclusion que celle-ci doit être comprise comme admise par le Code Bustamante[865].

---

[858] I. Strenger, *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, op. cit.,* p. 208 (traduction libre du portugais).

[859] L'auteur affirme, néanmoins, qu'il ne « s'agit en aucun cas d'un droit intrinsèque à la personne ». Cf. R. Dávalos Fernández, *op. cit.*, p. 92-93 (traduction libre de l'espagnol).

[860] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[861] A. Boggiano, *Contratos Internacionales, op. cit.*, p. 16 (traduction libre de l'espagnol).

[862] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[863] G.I. Boutin, Código de Bustamante y Normas Internas de Derecho Internacional Privado, op. cit., p. 73 (traduction libre de l'espagnol).

[864] V. F. Romero, « Autonomía de las partes », *op. cit.*, p. 739-778.

[865] Z. Marín, *Rol de la lex mercatoria en la contratación internacional venezolana del siglo XXI*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Tesis nº 6, 2010, p. 36-37 en citant F. Romero, « El Derecho Aplicable al Contrato internacional », *Liber Amicorum a Tatiana B. de Maekelt*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, t. 1, p. 296-297, p. 236-237 (traduction libre de l'espagnol).

La doctrine étrangère s'est également montrée favorable à une telle opinion. Le professeur russe Boris Nolde, par exemple, en 1936, dans son Cours professé à l'Académie de droit international de La Haye, affirme que l'article 184 semble accueillir le principe de l'autonomie[866].

De plus, un autre argument en faveur de l'acceptation de l'autonomie de la volonté quant à la loi applicable peut être avancé : l'éventuel « parallélisme » avec les questions liées à la compétence. En effet, le Code Bustamante accepte l'autonomie de la volonté pour la désignation du tribunal compétent sous certaines conditions. Sur ce sujet, l'article 318 dispose que le juge compétent pour connaître des litiges contractuels sera, en premier lieu, « celui auquel les plaideurs se soumettent expressément ou tacitement »[867]. Même si la loi applicable et le tribunal compétent sont des matières distinctes, il ne serait pas logique, à notre avis, de permettre une telle liberté pour désigner le juge compétent et de ne pas l'admettre en matière de loi applicable.

140. Opposition à l'autonomie de la volonté. Par opposition à la doctrine libérale qui soutient l'acceptation de l'autonomie de la volonté par le Code Bustamante, certains ont argumenté que le Code Bustamante n'a pas explicitement admis le principe[868]. Nadia de Araujo, professeure brésilienne, reconnaît que Bustamante, en tant qu'auteur du Code, a laissé entendre dans ses commentaires qu'il reconnaissait la liberté de choix de la loi applicable dans les contrats[869]. Cependant, selon elle, le Code a opté pour une approche traditionnelle, et la défense de l'autonomie de la volonté par son auteur n'est pas expressément intégrée dans le corps du texte. Elle en conclut que la question de la liberté de choix de la loi applicable au contrat est laissée à la libre appréciation du juge[870]. Le professeur péruvien Manuel García Calderón soutient également que les normes du Code Bustamante ne sont pas claires et que l'article 166 ne peut être considéré comme une norme conflictuelle[871]. Cette opinion est partagée par les professeurs uruguayens Opertti Badán

---

[866] B. Nolde, « Codification du Droit International Privé », *op. cit.*, p. 365.

[867] Il est intéressant d'observer que l'article limite ensuite cette autonomie : le choix sera valable à condition qu'au moins l'une des parties soit un ressortissant de l'État contractant auquel le juge appartient, ou y ait son domicile, sauf dispositions contraires du droit local. L'article est ainsi rédigé : « Art. 318 — Le juge compétent, en premier lieu, pour connaitre des litiges auxquels a donné naissance l'exercice des actions civiles et commerciales de toute nature, sera celui auquel les plaideurs se soumettent expressément ou tacitement, à condition que l'un d'eux au moins soit un national de l'État contractant auquel le juge appartient, ou qu'il y ait son domicile, sauf les dispositions contraires du droit local. La soumission ne sera pas possible pour les actions réelles ou mixte sur les immeubles, si la loi de leur situation l'interdit ». Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223.

[868] N'admettant pas l'autonomie dans le Code, v., en particulier, N. de Araujo, *Contratos Internacionais*, *op. cit.*, p. 175 ; M.K. García Calderón, *Derecho Internacional Privado*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, 1969, p. 247 ; D. Opertti Badán, C. Fresnedo de Aguirre*, Contratos Comerciales Internacionales, op. cit.*, p. 47 ; J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.*, p. 305 ; M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit*., p. 60 ; F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 57-58; et N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 77.

[869] N. de Araujo, *Contratos Internacionais, op. cit.,* p. 175.

[870] *Ibidem.*

[871] M.K. García Calderón, *op. cit.*, p. 247.

et Fresnedo de Aguirre, qui ont toujours été très réticents à accepter ce principe. Ces auteurs notent que le Code Bustamante n'accorde pas à l'autonomie de la volonté la même importance que le droit international privé contemporain[872]. De même, le professeur José Antonio Moreno Rodríguez a noté que « L'autonomie de la volonté ne semble pas découler de l'article du Code, même si Bustamante a estimé, dans une œuvre doctrinale postérieure, que le principe est effectivement reconnu »[873].

De manière plus ferme, la professeure María Mercedes Albornoz nie complètement que le Code Bustamante ait accueilli le principe de l'autonomie de la volonté comme rattachement de la règle de conflit sur les contrats internationaux[874] ; et, Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira, qui s'affirme partisane de ce courant, reconnaît qu'il n'existe pas de position ferme de la doctrine et de la jurisprudence en ce qui concerne l'admission du principe de l'autonomie de la volonté par le Code Bustamante[875]. Elle estime que le Code n'a pas consacré expressément le principe et explique que, de même que les Traités de Montevideo, le Code Bustamante a été adopté à un moment où, tant en Europe qu'en Amérique latine, la fonction de la volonté dans la détermination de la loi qui régit le contrat n'était pas bien définie et que les oppositions étaient vigoureuses entre défenseurs de la théorie de l'autonomie de la volonté et opposants au principe. Ainsi, selon cette dernière, « cela peut permettre d'expliquer pourquoi le Code n'a pas consacré expressément le principe de l'autonomie de la volonté en tant que critère permettant aux parties de désigner la loi applicable à leurs rapports contractuels »[876].

Partage également cet avis Mme Naiara Posenato qui, sur la base d'une interprétation du Code pris dans son ensemble et au regard de la rigoureuse restriction résultant de la classification tripartite des lois ainsi que de la forte prévalence des normes d'ordre public en matière de contrats, conclut que « ni l'article 166 ni l'article 185 du Code ne sauraient être lus en termes conflictuels », le champ d'application de la loi choisie par les parties étant, comme elle le précise, « extrêmement restreint et ne se confondant qu'avec une autonomie matérielle, compte tenu de l'ingérence majeure des *lois territoriales* »[877]. Enfin, comme le souligne le professeur Dávalos Fernández, il est possible que l'excès de territorialisme entourant le Code ait favorisé des interprétations restrictives de la présence de l'autonomie de la volonté dans le Code Bustamante[878].

---

[872] D. Opertti Badán, C. Fresnedo de Aguirre*, Contratos Comerciales Internacionales, op. cit.*, p. 47.

[873] J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.*, p. 305 (traduction libre de l'espagnol).

[874] Cf. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit*., p. 60.

[875] Cf. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 57-58.

[876] *Ibidem*, p. 57.

[877] N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 77 (traduction libre de l'italien).

[878] R. Dávalos Fernández, *op. cit.*, p. 94.

Il est également important de mentionner l'opinion particulière de deux auteurs : le professeur français Niboyet et le professeur allemand Samtleben. Niboyet, qui, comme cela a déjà été mentionné, contestait l'existence même de l'autonomie de la volonté en tant que principe de droit des conflits, souligne dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, prononcé environ un an avant l'adoption du Code Bustamante, que la liberté consacrée par le Projet de code élaboré par Bustamante serait une simple liberté de conventions « étonnamment » limitée par la *lex fori* aux matières qui n'affectent pas les intérêts collectifs de l'État ou ses devoirs substantiels de protection individuelle[879].

En outre, il convient de souligner le travail approfondi et très précis du professeur allemand Jürgen Samtleben, qui a été responsable de la recherche sur l'Amérique latine à l'Institut Max Planck de droit privé comparé et de droit international privé à Hambourg de 1971 à 2002. En 1979, il a publié une étude intitulée « Droit international privé en Amérique latine : théorie et pratique du Code Bustamante » en allemand, qui a ensuite été traduite en espagnol et publiée à Buenos Aires en 1983[880]. Dans cette étude analytique du Code Bustamante, le professeur allemand souligne que l'instrument reconnaît un rôle à la volonté des parties, mais il estime qu'il ne s'agit pas d'une autonomie des parties au sens du droit contemporain des conflits de lois. Selon lui, l'autonomie de la volonté dans le Code Bustamante jouerait un « rôle secondaire » et serait en réalité une « ramification de l'autonomie privée du droit matériel », comme l'ont compris plusieurs juristes du siècle passé[881]. Le pouvoir de choisir la loi applicable existerait donc uniquement dans les

---

[879] Selon Niboyet : « Ce projet, soumis à l'assemblée des juristes de Rio de 1927, et de la plume de M. de Bustamante, traite longuement notre problème dont son auteur s'est, de tout temps, beaucoup soucié. Il n'y a pas d'autonomie là où la loi est impérative. C'est une excellente position. Mais cette constatation une fois faite, on peut s'étonner que le projet s'en remette invariablement à la *lex fori* du soin de délimiter le champ de la liberté des conventions ». Cf. J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 43-44.

[880] J. Samtleben, *Internationales Privatrecht in Lateinamerika* : Der Código Bustamante in Theorie und Praxis, Allgemeiner Teil, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1979, Band 1 ; J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.* En outre, de nombreux articles sur le droit international privé en Amérique latine que le professeur Jürgen Samtleben a rédigés au fil des années ont été mis à jour et organisés systématiquement dans une œuvre en deux volumes publiée en 2023 : J. Samtleben, *Internationales Privat— und Prozessrecht in Lateinamerika: Tradition und Reform*, Düren, Shaker Verlag, Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung, 2023.

[881] Comme l'a expliqué le professeur Mario Giuliano : « Au début de la période historique qui s'est écoulée entre les premières manifestations de son adoption par la pratique et son épanouissement actuel, le principe paraît n'avoir été entendu par la doctrine que comme une sorte de corollaire de la liberté que pratiquement tous les systèmes juridiques, aussi bien de droit privé codifié que de *common law*, reconnaissent aux parties en matière contractuelle. Le principe n'a été entendu, en d'autres termes, que comme une sorte de corollaire ou de complément naturel de la liberté dont les contractants jouissent en ce qui concerne la réglementation matérielle de leur rapport contractuel et qu'on appelle généralement autonomie privée ou autonomie contractuelle. Les règles matérielles (ou substantielles) qui régissent les obligations contractuelles ont en effet, dans presque tous les ordres juridiques, un caractère normalement et simplement supplétoire. Cela implique qu'elles ne s'appliquent au rapport contractuel qu'on envisage que dans les cas et dans la mesure où les parties n'ont pas exercé leur autonomie en formulant elles-mêmes la réglementation des droits et des obligations qui dériveront de leur contrat. Sous réserve de quelques règles impératives, les parties sont donc libres de donner à la réglementation matérielle de leur rapport contractuel le contenu qu'elles estiment le plus approprié à satisfaire leurs exigences particulières. Dans l'exercice de leur autonomie contractuelle, d'autre part, les parties peuvent, au lieu de déterminer directement la réglementation de leurs droits et de leurs obligations, le faire aussi d'une façon synthétique et indirecte à travers la référence, pour une question particulière ou bien pour toute question qu'elles n'ont pas prévue et réglée, à une loi étrangère. […] Cette manière de concevoir le principe, à titre d'exemple, a sans doute inspiré la pensée de l'éminent juriste et homme

domaines où les parties sont légalement libres de créer des règles de droit substantiel, tout en tenant compte des restrictions imposées par le droit impératif[882].

141. Bilan. Nous partageons l'avis du professeur Samtleben et faisons écho aux répliques des professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout aux thèses objectivistes[883]. En effet, dans l'idée générale de l'autonomie telle que transposée dans le Code, la liberté reconnue aux parties dans le cadre d'une loi objectivement déterminée n'est pas plus étendue que celle accordée par cette même loi aux contrats internes. La liberté reconnue au contrat international demeure donc identique à celle des contrats purement internes.

Il reste à examiner comment la jurisprudence a interprété cette autonomie dans le Code Bustamante et si elle a précisé son régime.

C. L'insuffisance de la jurisprudence

142. La jurisprudence latino-américaine appliquant le Code Bustamante en matière contractuelle ne parvient pas à pallier les lacunes, ni l'ambiguïté de ses dispositions. Bien que le Code ait été ratifié par seize États, dont la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Costa Rica, Cuba, l'Équateur, El Salvador, le Guatemala, Haïti, le Honduras, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, la République dominicaine, le Venezuela et les Bahamas[884], son impact positif pour régler les conflits de loi en matière de contrats reste limité. Il y a un peu plus de dix ans, le professeur José Antonio Moreno Rodríguez relevait déjà que, « de manière générale, d'éminents internationalistes constatent que le Code Bustamante se révèle particulièrement confus en matière contractuelle » et que, « à l'instar des Traités de Montevideo, il n'est que faiblement mobilisé par les juridictions des États parties, n'intervenant bien souvent qu'à titre supplétif pour pallier les lacunes du droit privé interne »[885]. La situation n'a guère évolué à ce jour.

En effet, dans la majorité des États membres, la jurisprudence des tribunaux supérieurs en matière contractuelle est pratiquement inexistante. À la suite d'une recherche

politique italien, P.S. Mancini, lorsqu'il a rédigé son célèbre rapport de 1874 pour l'Institut de droit international », celui-ci, comme déjà mentionné, source d'inspiration du Code Bustamante. Cf. M. Giuliano, « La loi applicable aux contrats : Problèmes choisis », *RCADI*, 1977, vol. 158, p. 209-210.

[882] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[883] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 243. Selon les auteurs : « Un objectivisme aussi radical que le subjectivisme combattu souffre d'un défaut fondamental : celui de ne pas faire place à un régime propre du contrat international. En effet, la liberté reconnue aux parties dans le cadre d'une loi objectivement déterminée n'est pas plus étendue que celle reconnue par cette même loi dans les contrats internes ».

[884] Pour l'état des ratifications du Code Bustamante, v. https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamente_firmas.asp (consulté le 7 juillet 2025).

[885] J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya : ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.*, p. 305 (traduction libre de l'espagnol).

approfondie[886], il a été constaté que la plupart des arrêts rendus concernant l'application du Code Bustamante sont liés aux affaires pénales et aux demandes d'exequatur de sentences étrangères. Pour les tribunaux qui appliquent le Code, ils n'abordent généralement l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux que de manière indirecte et incidente, comme le montrera la suite de cette étude. Par ailleurs, les tribunaux latino-américains ont fréquemment recours aux dispositions du Code pour compléter ou interpréter leur droit national, mais il n'est pas possible d'affirmer qu'il existe une interprétation cohérente des normes du Code en tant que tel.

L'analyse de la faible jurisprudence existante révèle, toutefois, des convergences concernant l'application du principe d'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux. Dans certains États, comme au Brésil, au Chili, au Costa Rica, au Panama, au Salvador et au Venezuela, l'examen explicite de ce principe dans le contexte de la loi applicable est inhabituel, se manifestant plutôt dans d'autres domaines juridiques, tels que la compétence judiciaire ou la capacité des parties.

143. Par exemple, au *Salvador*, l'autonomie de la volonté était abordée dans une affaire dont la capacité des parties était discutée. En l'espèce, la Cour d'appel de San Salvador a abordé incidemment la question de l'autonomie de la volonté dans le cadre d'un contrat de vente international conclu entre une société de droit américain et une société salvadorienne[887]. Dans cette affaire, la Cour a appliqué le Code Bustamante et a reconnu la possibilité pour les parties de recourir à une loi étrangère. En l'espèce, la Cour constata que, dans un contrat de vente international de marchandises, « il ne peut être exigé que les titulaires du droit matériel en question se conforment à l'ordre juridique salvadorien, sauf

[886] Recherche effectuée avec les mots-clés « Code Bustamante », « Code de droit international privé », et en recherche avancée en combinant les deux derniers avec « contrat(s) international(aux) », « droit international privé », « droit civil » et « droit commercial ». Les sites recherchés étaient les sites de recherche de jurisprudence officiels de chaque État partie du Code, à savoir : Bolivie (Tribunal suprême de justice, en ligne https://jurisprudencia.tsj.bo/jurisprudencia) ; Brésil (Tribunal suprême fédéral et Tribunal supérieur de justice, en ligne http://www.stf.gov.br/ et http://www.stj.gov.br/ ; Chili (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poderjudicial.cl) ; Costa Rica (Pouvoir judiciaire, en ligne https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/) ; Cuba (Tribunal suprême populaire, en ligne http://www.tsp.cu/) ; Équateur (Cour nationale de justice, en ligne http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/) ; El Salvador (Cour suprême de justice, en ligne https://www.csj.gob.sv/jurisprudencia/) ; Guatemala (Cour suprême de justice, en ligne http://www.oj.gob.gt/csj/) ; Honduras (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poderjudicial.gob.hn) ; Nicaragua (Cour suprême de justice, en ligne http://www.poderjudicial.gob.ni/) ; Panama (Pouvoir judiciaire, en ligne https://www.organojudicial.gob.pa/registro-judicial) ; Pérou (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.pj.gob.pe) ; République dominicaine (Cour suprême de justice, en ligne http://www.suprema.gov.do/) ; Venezuela (Tribunal suprême de justice, en ligne http://www.tsj.gov. Ve/) (Consultation faite jusqu'au 1er juillet 2025). Il convient toutefois de préciser que ces sites, bien qu'importants, ne sont pas exhaustifs. Ils permettent d'accéder à une partie significative des décisions judiciaires, mais leur couverture demeure limitée et inégale selon les années et les degrés de juridiction. Les décisions des juridictions inférieures, notamment celles de première instance (et parfois même des cours d'appel), ne sont pas souvent accessibles en ligne, ou ne le sont que sous forme d'extraits ou de sommaires. Cette recherche a donc été complétée par d'autres sources, en particulier doctrinales, d'autant que l'analyse jurisprudentielle dans ces pays reste elle-même peu développée. En bref, ces bases n'offrant pas une publication exhaustive de l'ensemble des décisions rendues, les résultats obtenus doivent être compris comme indicatifs et non comme un relevé complet de la jurisprudence relative au Code de Bustamante.

[887] El Salvador, *Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro*, Sentence n° 152-69CM1-2014, 5 novembre 2014.

s'il porte atteinte à l'ordre public, qui est la limite reconnue par le Droit international privé »[888]. Ainsi, même de manière subsidiaire, l'autonomie de la volonté a été reconnue en matière contractuelle au Salvador, sous réserve de l'ordre public. La mention expresse du droit international privé semble indiquer que la notion d'ordre public doit se distinguer de celle relevant purement du droit interne, sans que cela ne ressorte toutefois clairement de l'arrêt.

Dans d'autres États, la question a été particulièrement examinée dans le cadre de la compétence juridictionnelle, notamment au Brésil, au Chili, et au Costa Rica, et au Panama, ce dernier dans le contexte spécifique de l'arbitrage international.

144. Au *Brésil*, bien que le Code Bustamante ait été mis en œuvre dans d'autres domaines[889] et est souvent mentionné dans des affaires portant sur des contrats conclus avec des parties faibles[890], l'autonomie de la volonté n'a jamais fait l'objet d'une analyse explicite dans le cadre d'un contrat commercial international relevant du Code Bustamante. Cependant, la Cour suprême brésilienne a déjà reconnu l'autonomie de la volonté dans le domaine voisin de la compétence judiciaire en se fondant subsidiairement sur le Code Bustamante. Selon la Cour :

> « La doctrine et la jurisprudence brésiliennes en matière de droit international privé reconnaissent le choix du for compétent, comme le confirme l'ouvrage du professeur Haroldo Valladão […]. L'article 318 du Code Bustamante exprime le même principe. »[891]

Bien que le domaine de la compétence soit distinct de celui de la loi applicable, on peut considérer que si la Cour reconnaît, dans l'application du Code Bustamante, que les parties

[888] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[889] Recherche effectuée avec les mots-clés (en portugais) « Code Bustamante », « Code de droit international privé », sur les sites des tribunaux supérieurs brésiliens (Tribunal suprême fédéral et Tribunal supérieur de justice, en ligne http://www.stf.gov.br/ et http://www.stj.gov.br/ (consulté le 8 juillet 2025). Le Code Bustamante a été cité dans plusieurs arrêts relatifs à l'extradition (p. ex., STF, Ext 662, Rel. Celso de Mello, *Tribunal Pleno*, jugé le 28/11/1996, DJ 30-05-1997 ; STF, Ext 1293 ED, Rel. Luiz Fux, *Primeira Turma*, jugé le 10/09/2013, DJe-194, publié le 03/10/2013 ; STF, Ext 1334, Rel. Celso de Mello, *Segunda Turma*, jugé le 26-05-2015, DJe-156, publié le 10/08/2015). Il a aussi été mentionné en matière de filiation, plus précisément d'investigation de paternité (STF, RE 14658, Rel. Luiz Gallotti, *Primeira Turma*, jugé le 03/07/1950, DJ 03-08-1950) ; de succession (STF, RE 12969, Rel. Afrânio Costa, *Segunda Turma*, jugé le 12/05/1953, DJ 10-12-1953 ; STJ, REsp n. 2.080.842, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 16/08/2023) ; d'hypothèque maritime (STJ, REsp n. 1 705 222/SP, Rel. Luis Felipe Salomão, *Quarta Turma*, jugé le 16/11/2017, DJe de 1/2/2018) ; de droit pénal, plus spécifiquement un crime commis au bord d'un navire marchand (STJ, RHC n. 853/BA, Rel. Dias Trindade, *Sexta Turma*, jugé le 12/11/1990, DJ de 3/12/1990). Sur l'application générale du Code Bustamante au Brésil, v., en particulier, J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 323-324 ; J. Dolinger, « The Bustamante Code and the Inter-American Conventions in the Brazilian System of Private International Law », *in* J. Kleinheisterkamp, G.A. Lorenzo Idiarte (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 133-149.

[890] V. *infra* n° 241 et s.

[891] Brésil, STF, Carta rogatória nº 3166, 31 mars 1980 (traduction libre du portugais).

puissent choisir le tribunal compétent, elle aurait d'autant moins de raisons d'interdire un tel choix en matière de loi applicable[892].

145. Au *Chili*, la jurisprudence de la Cour suprême et des cours d'appel se réfère fréquemment au Code Bustamante. Toutefois, la plupart des décisions concernant ce Code sont prises dans le cadre de demandes d'exequatur en matière de responsabilité civile et droit de la famille, et principalement dans le contexte d'affaires d'extradition[893]. La majorité des décisions relatives aux contrats se concentrent sur le for compétent, avec un examen ponctuel de la législation pertinente. Il est également notable que, dans de nombreux jugements, malgré les arguments des parties fondés sur le Code Bustamante, les Cours appliquent directement le droit international privé national, sans justifier l'exclusion du Code Bustamante en tant que source juridique applicable.

Aucun des arrêts de la Cour suprême chilienne ayant appliqué le Code Bustamante en matière de contrats n'a abordé directement la question de l'autonomie de la volonté. Cependant, certains arrêts semblent implicitement reconnaître la possibilité de choisir la loi applicable. Tel est le cas d'un arrêt de la Cour suprême daté du 19 juillet 2021[894], lequel concerne la demande d'exequatur d'une décision arbitrale rendue en Allemagne dans le cadre d'un litige découlant d'un contrat de vente internationale de marchandises.

En l'espèce, une société chilienne et une société allemande avaient conclu un contrat de vente de raisins comportant une clause compromissoire prévoyant un arbitrage en Allemagne et l'application du droit allemand. Après la livraison de raisins impropres à la consommation, le tribunal arbitral désigné condamna la société chilienne, et la société allemande demanda l'exécution de la sentence au Chili. La société chilienne s'y opposa en invoquant l'inapplicabilité de la loi allemande, la violation de l'ordre public chilien et l'incompétence de l'arbitre. Selon elle, la loi chilienne devait s'appliquer, car les factures avaient été émises au Chili[895].

---

[892] Il faut noter que l'article 318 du Code Bustamante accepte expressément que les parties puissent désigner librement la compétence juridictionnelle, et cela, même de manière tacite : « Le juge compétent, en premier lieu, pour connaître des litiges auxquels a donné naissance l'exercice des actions civiles et commerciales de toute nature, sera celui auquel les plaideurs se soumettent expressément ou tacitement, à condition que l'un d'eux au moins soit un national de l'État contractant auquel le juge appartient ou qu'il y ait son domicile, sauf les dispositions contraires du droit local. La soumission ne sera pas possible pour les actions réelles ou mixtes sur les immeubles, si la loi de leur situation l'interdit ». Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223.

[893] Recherche effectuée avec les mots-clés (en espagnol) « Code Bustamante », « Code de droit international privé », sur le site du Pouvoir judiciaire chilien, en ligne http://www.poderjudicial.cl (consulté le 8 juillet 2025). V., p. ex., en matière d'exequatur, Chili, CS, Sala Primera, Exequatur n° 5742-2005, 25 mars 2008 ; CS, Sala Cuarta, Exequatur n° 154339-2023, 9 janvier 2024 ; CS, Sala Primera, Exequatur n° 2598-2020, 6 septembre 2022 ; CS, Sala Primera, Exequatur n° 24974-2017, 4 juin 2018. En matière d'extradition, v., p. ex., CA, Sala primera, rol n° 340-2025, *Antalis Chile Spa c. Richard Ramon Sanchez Encin*a, 28 janvier 2025 ; CA, Sala quinta, rol n° 3104-2024, *MP c. Juan Jose Farias Vasquez*, 4 novembre 2024.

[894] Chili, CS, Primera Sala Civil, Exequatur n° 104262-2020, *I. Schroeder KG GMBH Co.*, 19 juillet 2021.

[895] *Ibidem.*

Bien que l'arrêt n'aborde pas en détail la question de la loi applicable, il accepte implicitement le principe de l'autonomie de la volonté en se fondant sur le droit national chilien et le Code Bustamante. En effet, la Cour suprême chilienne rejette les prétentions de la société chilienne et ordonne l'exequatur de la sentence arbitrale. Parmi les fondements retenus par la Cour figure la reconnaissance du choix fait par les parties tant du tribunal arbitral compétent que de la loi applicable, comme elle le précise dans le passage suivant :

> « En conséquence, les arguments avancés par la défenderesse pour contester la validité du jugement présenté ne sont pas recevables, étant donné que l'accord conclu entre les parties concernant la vente de marchandises prévoyait expressément l'application de la législation allemande et la compétence du tribunal arbitral, dont le jugement est demandé d'être exécuté au Chili. Ces circonstances, en outre, sont prévues non seulement par la loi mentionnée n° 19 971 (loi d'arbitrage chilienne), *mais aussi* par l'article 318 du Code de droit international privé (Code Bustamante). »[896]

In fine, la Cour suprême chilienne estime que le choix du tribunal arbitral compétent et de la loi applicable résulte de la volonté exprimée par les parties dans le contrat, et qu'il appartient aux tribunaux chiliens d'en assurer l'exécution conformément aux règles et principes de droit pertinents. Il est intéressant de noter, cependant, que le fondement tiré du Code Bustamante demeure subsidiaire : l'arrêt se fonde avant tout sur la loi chilienne et ne mentionne le Code que pour confirmer la solution déjà retenue dans le droit interne.

La Cour suprême chilienne appliqua également le Code Bustamante dans un autre arrêt, le 23 avril 2021. Le litige concernait un contrat international entre une société péruvienne et une société chilienne de télécommunications et portait sur la compétence du tribunal chilien, la clause contractuelle évoquant la « juridiction et la loi applicable » péruvienne[897]. La Cour suprême cassa l'arrêt précédent qui avait rejeté la compétence chilienne. Elle mit

---

[896] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[897] En fait, le litige concernait un contrat international de prestation de services de télécommunications, conclu au Pérou entre la société péruvienne Newcom International Perú S.A.C et la société chilienne Proveedora de Telecomunicaciones Chile Limitada. Selon ce contrat, la société Newcom s'était engagée à fournir le service de transport de données aux points requis par la société Proveedora de Telecomunicaciones, qui étaient reçus dans l'équipement que la demanderesse remettait en commodat à son client au Chili. À la suite du non-paiement de certaines factures par la société chilienne, Newcom a déposé une demande de dommages-intérêts et a demandé subsidiairement la résolution du contrat. La question centrale du litige était alors de savoir si le tribunal chilien était compétent pour résoudre l'affaire. La société Proveedora de Telecomunicaciones souleva une exception d'incompétence, soutenant que le contrat stipulait expressément, dans une clause intitulée « Juridiction et loi applicable », que ledit contrat était soumis à la « juridiction péruvienne ». Le tribunal de première instance accueillit l'exception d'incompétence et conclut que la clause contractuelle devait être comprise dans son ensemble, en se référant au concept de « juridiction » au sens large, englobant à la fois les règles établissant les droits et les obligations, ainsi que celles de procédure déterminant l'organe judiciaire compétent pour traiter le litige. De plus, la décision analysa la différence entre les concepts de juridiction et de compétence, en considérant que cette dernière est une manifestation de la première. Cette décision a été confirmée en appel. La société Newcom a alors fait appel devant la Cour suprême du Chili, alléguant que la décision contrevenait à plusieurs dispositions de la loi nationale, en plus d'enfreindre l'article 323 du Code Bustamante concernant la compétence. Cf. Chili, CS, Primera Sala Civil, Casación fondo n° 22198-2019, *Newcom International Peru S.A. c. Proveedora de Telecomunicaciones Chile Limitada*, 23 avril 2021.

l'accent sur le fait que la clause ne concernait que la loi applicable et non le for compétent, reconnaissant ainsi l'autonomie de la volonté des parties[898].

En effet, la Cour reconnut que « l'utilisation, simple et isolée, de l'expression "Juridiction" » ne pouvait pas être interprétée comme une prorogation de compétence. La Cour différencia ainsi nettement les sujets du for et de la législation applicable, tout en respectant la faculté des parties de sélectionner une législation étrangère. En réalité, la Cour consacra l'autonomie conflictuelle des parties, même si cela n'était abordé que de manière incidente et afin d'affirmer la compétence des tribunaux nationaux.

Les cours d'appel chiliennes ont également eu à se prononcer sur la question. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Concepción du 17 avril 2013 portant sur la question de compétence[899], le principe de l'autonomie de la volonté fut reconnu dans le système du Code Bustamante. Bien que la question centrale de cette affaire soit à nouveau celle de la compétence, les arguments avancés dans cette décision pouvaient également être utilisés pour soutenir l'autonomie de la volonté dans le domaine connexe de la loi applicable. L'arrêt affirma que :

> « Nous devons ainsi nous appuyer sur la deuxième règle, celle de la volonté des parties, explicitement reconnue pour les contrats conclus par des particuliers à caractère international dans la "Convention internationale de droit international privé" approuvée lors de la sixième Conférence panaméricaine à La Havane en 1928, annexée comme "Code de droit international privé". […] Cette règle privilégie ainsi l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire que les parties désignent le tribunal auquel elles confient le règlement de leurs conflits (avec certaines limitations afin de prévenir des choix de juridictions favorisant leurs intérêts particuliers, tels que le "forum shopping"). »[900]

Un deuxième arrêt de la Cour d'appel de Santiago, rendu le 16 juin 2005, met en évidence l'exigence d'une manifestation explicite de la volonté des parties quant au choix de la loi applicable. Il souligne aussi l'importance que ce choix résulte de façon « apparente » des stipulations contractuelles[901]. Cet arrêt concerne une demande de réparation du préjudice résultant de la non-exécution d'un contrat entre un fournisseur allemand et un acheteur chilien. La défenderesse contesta l'applicabilité de la loi chilienne pour régir le contrat. Le tribunal appliqua les dispositions du Code de droit international privé et exigea un choix

---

[898] Selon l'arrêt : « même si l'on accepte, comme le fait la décision contestée, que la compétence soit une manifestation de la juridiction et que son invocation est acceptable, la lecture du contrat conclu entre les parties en date du premier septembre 2016 montre que la seule chose qu'elles ont convenue était de le soumettre aux lois péruviennes, sans que l'utilisation, simple et isolée, de l'expression "Juridiction" puisse être interprétée comme une prorogation de compétence. » Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[899] Chili, CA, Sala Quinta, Apelacion incidente n° 875-2012, *Crossville Fabric Chile S.A. c. Araya Olate Luis y otros*, 17 avril 2013 ; dans le même sens, v. CA, Sala segunda, Apelacion incidente n° 4086-2007, *Latin America Cro Mmatiss S.A. c. Caceres Valdebenito Carlos Andres*, 10 juillet 2008.

[900] CA, Sala Quinta, Apelacion incidente n° 875-2012, *Crossville Fabric Chile S.A. c. Araya Olate Luis y otros*, 17 avril 2013 (traduction libre de l'espagnol).

[901] Chili, CA, Sala Séptima, Apelacion incidente n° 4275-2005, *Laboratorio Chile SA c. Basf Chile SA*, 16 juin 2005.

clair et précis de la loi applicable. Selon l'arrêt, il faut pouvoir constater une « stipulation contractuelle précisant de manière catégorique la loi à laquelle les parties se soumettent »[902]. À défaut d'une telle stipulation, la loi objectivement désignée par le Code s'appliquerait.

146. Au *Costa Rica*, la jurisprudence concernant le Code Bustamante est volumineuse, mais elle porte avant tout sur d'autres domaines que celui des contrats. La majorité des décisions dans lesquelles cet instrument fut appliqué se rapportent au droit de la famille ou au droit du travail, et, le plus souvent, elles abordent la question de la compétence[903]. Bien que les jugements ne traitent pas directement de l'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux, ce principe fut mentionné de façon accessoire dans quelques décisions, notamment en matière de compétence, témoignant ainsi de son acceptation dans le pays[904].

La Cour suprême de justice du Costa Rica s'est également montrée favorable à l'autonomie de la volonté dans un litige portant sur la compétence des tribunaux costaricains pour juger un contrat international de travail soumis au Code Bustamante. On peut mentionner une décision du 11 décembre 2013[905], dans laquelle la Cour fait une analogie avec les solutions adoptées par la Convention de Rome et précise que « en l'absence de choix des parties quant à la loi applicable au contrat, cette omission est réparée par l'application de la loi objectivement applicable au contrat de travail »[906].

Par ailleurs, dans une décision en date du 20 avril 2018 rendue par une cour d'appel de San José (*Tribunal Segundo Civil*)[907], l'autonomie de la volonté est acceptée, mais justifiée plutôt sous un angle matériel. Bien que le débat porte encore sur la compétence des tribunaux costariciens, la Cour souligne dans cette décision l'importance de la loi applicable pour l'interprétation des contrats. Elle affirme qu'en ne respectant pas le choix auparavant exercé, la partie demanderesse tente de se soustraire aux termes du contrat dans le but d'obtenir des avantages indus, ce qui constituerait une violation de la loi. En l'espèce, un contrat avait été conclu en Floride, aux États-Unis, et comportait une clause

---

[902] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[903] Recherche effectuée avec les mots-clés (en espagnol) « Code Bustamante », « Code de droit international privé » sur le site du Pouvoir judiciaire du Costa Rica, en ligne https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/ (consulté le 1er juillet 2025).

[904] V., en particulier, Costa Rica, CSJ, Sala Segunda, Resolución n° 01417-2013, Expediente 10-000407-0166-LA, *Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte SA c. la Caja Costarricense de Seguro Social*, 11 décembre 2013.

[905] *Ibidem.*

[906] *Ibidem.* Sur la Convention de Rome, l'arrêt mentionne le suivant : « Le critère du lieu d'exécution des travaux est également maintenu dans la Communauté européenne dans le cadre de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur le 1er avril 1991 (Convention de Rome). Bien que cette Convention ne soit pas applicable dans notre pays, elle illustre comment, dans le droit international adopté par d'autres nations, des lignes directrices ont été établies pour déterminer la norme applicable, ce qui est utile en cas de lacunes normatives dans notre pays. » (Traduction libre de l'espagnol).

[907] Costa Rica, Trib. Segundo Civil, Sección II, Resolución n° 00223-2018, Expediente n° 16-000269-0183-CI., *Entrega Internacional de Paquetes, SA y Otras c. Epaqs Courier SA y Otras*, 20 avril 2018.

désignant la loi de cet État comme applicable. La Cour considéra que le contrat est devenu une loi entre les parties, conformément au principe *pacta sunt servanda*, et souligna que la demanderesse conclut le contrat « en exerçant clairement le principe de la volonté et en ayant une connaissance complète, la capacité juridique et une pleine capacité mentale »[908]. La Cour ajouta également que la question litigieuse « ne va pas à l'encontre de l'ordre public, n'occasionne pas de préjudice à des tiers et concerne exclusivement les parties contractantes, qui se sont mutuellement engagées en vertu des clauses stipulées dans le document fourni par la demanderesse, à savoir un contrat international résultant d'une manifestation volontaire de la part des signataires, avec des conséquences juridiques »[909]. En conséquence, selon la Cour, ce qui a été convenu par les parties, et plus précisément la clause de compétence juridictionnelle, doit être respecté par les parties. La Cour se déclara donc incompétente pour statuer sur l'affaire.

147. De même, au *Panama*, bien que la Cour suprême de justice fasse souvent référence au Code Bustamante dans les litiges relatifs au droit de la famille et à l'exequatur, aucun arrêt n'analyse directement la question de l'autonomie de la volonté dans le Code Bustamante[910]. Cependant, dans un arrêt du 10 juin 2005 en matière d'arbitrage international la Cour suprême exclut du champ d'application du Code Bustamante les litiges soumis à l'arbitrage, tout en rappelant que, dans les contrats comportant une clause de soumission à l'arbitrage, la primauté de l'autonomie de la volonté des parties prévaut[911].

---

[908] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[909] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[910] Recherche effectuée avec les mots-clés (en espagnol) « Code Bustamante », « Code de droit international privé » sur le site du Pouvoir judiciaire du Panama, en ligne https://www.organojudicial.gob.pa/registro-judicial (consulté le 1er juillet 2025).

[911] En l'espèce, un contrat maritime portant sur la fourniture de services maritimes du Pérou vers différents ports de destination avait été conclu entre une société danoise et une société péruvienne prévoyant une clause d'arbitrage à New York et le choix de la loi de cet État. À la suite de désaccords entre les parties, la société péruvienne assigna la compagnie maritime danoise devant un tribunal maritime du Panama, en demandant des compensations en raison du non-respect du contrat conclu entre elles. La société péruvienne contesta la validité de la clause, invoquant le non-respect des formalités péruviennes et le caractère de contrat d'adhésion, interdisant, par conséquent, le recours à l'arbitrage. La société danoise soutenait la validité de la clause sur la base de la loi choisie par les parties. Pour trancher la question litigieuse, le tribunal de première instance écarta l'application de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, argumentant que celle-ci ne prévoyait pas de règles de conflit permettant de déterminer la loi applicable à la forme des contrats. Par conséquent, il se référa à titre principal à l'article 240 du Code Bustamante et, de manière subsidiaire, au Code de procédure civile panaméen, pour conclure que la forme des contrats commerciaux est régie par la loi du lieu de leur conclusion, en l'occurrence, le Pérou. Le tribunal de première instance mentionna aussi un article de la Loi générale sur l'arbitrage au Pérou, qui établit des exigences de forme de la convention d'arbitrage, pour conclure que celle-ci doit être consignée par écrit ou dans une forme autorisée par la loi, sous peine de nullité de l'accord. En appliquant ces normes, le tribunal conclut que la clause d'arbitrage était invalide. À la suite d'un recours interjeté par la société danoise, la Cour suprême du Panama annula la décision du juge précédent et rejeta l'application du Code Bustamante. La Cour affirma que le Code Bustamante ne contenait aucune disposition concernant les conflits de lois en matière d'arbitrage international, et souligna que le Code abordait uniquement cette question à l'article 432, qui autorise l'exécution des sentences arbitrales ou des accords amiables prononcés à l'étranger. Par conséquent, la Cour affirma que ledit instrument « a *perdu sa validité* en ce qui concerne l'arbitrage commercial international avec la signature et la ratification d'autres accords internationaux spécifiquement liés à cette matière, ce qui a entraîné un changement radical dans la politique conventionnelle maintenue sur le continent depuis la ratification dudit Code en 1928 ». Parmi ces accords internationaux, la Cour mentionna la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et

148. En outre, au *Venezuela*, le célèbre jugement *Canal Once de Televisión* du 12 mars 1970 a expressément cité le Code Bustamante et la doctrine de son auteur comme autorisant l'autonomie de la volonté, même si le Code n'était pas applicable en l'espèce. Selon l'arrêt : « Le Code de Bustamante a consacré de manière catégorique, comme solution primordiale, l'autonomie de la volonté pour régir les obligations conventionnelles en général ; et ce n'est qu'à défaut d'un tel choix que fonctionneront les règles établies aux articles 185 et 186 dudit Code »[912]. En outre, par un arrêt du 3 juillet 2001, le plus haut tribunal vénézuélien a confirmé que le rattachement du Code concernant la compétence est « en priorité » celui choisi par volonté expresse ou tacite des parties, toutefois, il a souligné que cela s'applique « sauf les dispositions contraires du droit local »[913]. Cette affirmation, en faisant référence au « droit local » paraît ainsi partager une vision plus objectiviste, encadrant l'autonomie de la volonté par les lois impératives internes[914].

149. **Bilan.** À partir de l'analyse de la jurisprudence latino-américaine concernant le Code Bustamante, il est possible de conclure que les tribunaux régionaux ont une tendance assez libérale quant à l'acceptation de l'autonomie de la volonté dans les contrats soumis au régime du Code Bustamante, même si, en général, un choix explicite est exigé. Cependant, il est difficile de conclure si cette autonomie est comprise par les tribunaux dans une conception conflictuelle et contemporaine comme loi régissant le contrat ou dans l'ancienne vision objectiviste, selon laquelle la liberté restait encadrée par les lois impératives internes. En outre, en raison du faible nombre de décisions et du traitement superficiel de cette question, il est difficile d'en tirer des conclusions plus approfondies sur le régime et l'étendue de la liberté offerte aux parties (p. ex., sur la possibilité du dépeçage, à celle d'un choix postérieur à la conclusion du contrat ou à une modification d'un choix fait, à l'exigence des liens avec le contrat, au renvoi ou même aux limitations à cette liberté).

---

l'exécution des sentences arbitrales étrangères en matière civile et commerciale. Elle évoqua aussi la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international de 1975, également appelée Convention de Panama. Celle-ci s'applique à l'arbitrage international en matière commerciale. En application de ces normes et du droit de l'arbitrage international panaméen, la Haute Cour rappela que, dans les contrats comportant une clause de soumission à l'arbitrage, la primauté de l'autonomie de la volonté des parties prévaut. Elle écarta également l'application de la loi sur la protection des consommateurs, car celle-ci, selon elle, serait destinée uniquement aux consommateurs locaux. Pour ces raisons, la Cour conclut qu'en l'espèce, il existait un arrangement écrit formellement valable, permettant de recourir à l'arbitrage en cas de litige découlant du contrat ou y étant lié. Par conséquent, il était nécessaire d'exclure la compétence du tribunal de la juridiction maritime du Panama en faveur du tribunal arbitral convenu. L'arrêt du Deuxième tribunal maritime du Panama est alors cassé et l'affaire est renvoyée au tribunal arbitral compétent. Cf. Panama, CSJ, Sala Primera de lo Civil, Expediente n° 179-03, *Maersks Sealand Trading c. Agrowest*, 1er juin 2005 (traduction libre de l'espagnol).

[912] Venezuela, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *Canal Once de Télévision*, 12 mars 1970, *in* Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, enero-junio, 1970, n° 137, p. 233-260, p. 241.

[913] V. Venezuela, TSJ, Expediente 0493, n° 01321, Sala Político Administrativa, 3 juillet 2001.

[914] Pour le courant objectiviste de l'autonomie, v. *supra* n° 95.

D. La véritable portée et étendue de l'autonomie de la volonté dans le Code Bustamante

150. Après avoir démontré l'insuffisance de la jurisprudence pour pallier les ambiguïtés relatives à l'acceptation et à l'étendue de l'autonomie de la volonté dans le Code Bustamante, ainsi qu'après avoir examiné le contexte historique et théorique du Code et les débats doctrinaux entourant la réception du principe d'autonomie, il est désormais possible de tirer quelques conclusions quant à la véritable portée de l'autonomie de la volonté dans le Code (1), ainsi que son régime (2).

1. Acceptation d'une autonomie de la volonté limitée

151. En faisant une interprétation historique, systématique et téléologique du Code Bustamante (comme nous l'avons fait), et en prenant en considération les commentaires de Bustamante lui-même sur son Code, nous pouvons conclure en faveur de l'acceptation de l'autonomie de la volonté par le Code Bustamante. Cela ressort du texte même du Code, notamment des articles 166, 184 et 185. D'autre part, les commentaires de Bustamante lui-même conduisent à cette conclusion. Cependant, cette autonomie demeure strictement encadrée par le Code et ne correspond nullement à l'acception contemporaine généralement reconnue du principe.

Il ne faut pas oublier que, lors des discussions préliminaires du Code, les représentants des États de *la Plata*, très hostiles à l'autonomie de la volonté, ont fait remarquer qu'une telle autonomie ne pouvait pas être considérée comme une règle de droit international privé, mais seulement comme un principe de droit matériel. Selon eux, cela était justifié par le fait qu'il s'agissait d'une émanation de la liberté créatrice du droit privé, et non du droit conflictuel. Cette autonomie, par conséquent, n'avait aucun rapport avec la délimitation de la compétence législative, et il était donc inutile de la réglementer dans le traité[915]. Peut-être est-ce en réaction à cette forte hostilité au principe de la part de certains pays latino-américains que Bustamante n'a pas expressément inclus dans les dispositions du Code une référence à la possibilité des parties de choisir le droit applicable aux contrats.

Pourtant, si, comme l'analyse le montre, la doctrine de Bustamante ne distingue pas clairement l'autonomie matérielle de l'autonomie conflictuelle, les divers textes du Code ainsi que les commentaires de son auteur permettent de conclure que le Code reconnaît la faculté pour les parties de choisir la loi applicable à leurs relations internationales. Cependant, il est important de noter que l'interprétation de l'autonomie de la volonté selon le Code Bustamante diffère de celle du droit international contemporain.

[915] V. J. Samtleben, « Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano », *op. cit.*, p. 275-276.

Comme nous l'avons déjà affirmé, nous partageons l'avis du professeur Samtleben, qui assimile la réception de l'autonomie de la volonté dans le Code Bustamante à une autonomie bien limitée, similaire à celle des thèses objectivistes. En effet, dans l'idée générale de l'autonomie telle qu'elle est transposée dans le Code, la liberté reconnue aux parties dans le cadre d'une loi objectivement déterminée n'est pas plus étendue que celle que cette même loi accorde aux contrats internes — elle reste limitée par les mêmes normes impératives internes.

152. Une autonomie limitée aux matières supplétives. En outre, l'inspiration mancinienne, avec la touche de territorialisme donnée par Bustamante dans sa catégorisation de lois, limite davantage cette autonomie. Comme le montre la division prévue à l'article 3 du Code, la volonté joue un rôle uniquement dans le domaine des lois « d'ordre privé » ; en revanche, dans les domaines « d'ordre public interne » et « d'ordre public international », très nombreux dans le Code, y compris en matière contractuelle, la volonté est exclue. Ainsi, l'idée sous-jacente était d'accepter l'autonomie de la volonté comme une solution supplétive aux conflits de lois, à la manière des auteurs européens de la fin du XIX[e] siècle, qui soutenaient une thèse objectiviste de l'autonomie[916].

Mais quelles seraient les matières supplétives, c'est-à-dire celles de nature volontaire ou d'ordre privé selon la terminologie du Code, pour lesquelles les parties ont la faculté de désigner la loi applicable ? Le Code ne les mentionne pas explicitement, à l'exception de l'article 3, qui les définit. Au lieu de cela, le Code contient une longue liste de normes d'ordre public, tant nationales qu'internationales. Nous pouvons donc conclure que, tout ce qui est hors du champ de l'ordre public (interne ou international) relève de la volonté des parties. Dans la sphère contractuelle, Bustamante affirmait qu'une large part des matières relevait de la discrétion des parties. Toutefois, paradoxalement, de l'analyse du Code, il ressort précisément le contraire : un très grand nombre de matières liées au contrat sont qualifiées d'ordre public, et pourtant exclues du champ de l'autonomie[917]. Et c'est sans mentionner la classification subsidiaire reconnue aux États par l'article 6 du Code, qui contribue à restreindre davantage l'autonomie des parties.

Toutefois, il est paradoxal de constater, à l'examen de la jurisprudence latino-américaine relative au Code Bustamante, une tendance résolument libérale à admettre le choix de loi opéré par les parties, d'un point de vue conflictuel, sans cantonner l'autonomie de la volonté à une fonction strictement subsidiaire ou la limiter davantage. En pratique, les juges ne procèdent pas à une analyse de la classification des lois prévue par le Code ni à la méthodologie de celui-ci ni de l'implication des lois territoriales sur l'autonomie des parties, même s'ils font mention, en général, à la limite de l'ordre public. Toutefois, dans

[916] V. *supra* n° 95.

[917] P. ex., les parties ne peuvent pas s'écarter des règles qui contreviennent à la morale, à l'ordre public ou qui autorisent un accord considéré comme illicite (arts. 175 et 179). Les parties ne peuvent pas non plus opter pour un droit applicable régissant le consentement des parties (arts. 177 et 178) ou les clauses de résiliation du contrat (arts. 181 et 182). Mais sont aussi d'ordre public international « les ou la liberté de l'intérêt commercial » (art. 257). Pour les normes d'ordre public interne et international listées dans le Code Bustamante, v. *infra* n° 229.

la plupart des cas, aucune précision n'est apportée quant à une éventuelle référence à l'ordre public international, qui semble être invoqué en pratique davantage comme un mécanisme d'exception que comme un véritable critère de rattachement, tel qu'il était conçu par la doctrine du Code. Les juges semblent en effet interpréter le Code selon leur propre appréciation, « adaptant » ses normes à la façon savignienne et reconstruisant ou relisant les concepts traditionnels de la doctrine de Bustamante et de son Code pour les ajuster à leur mode de raisonnement. Ce phénomène se manifeste tout particulièrement en matière de contrats conclus avec des parties faibles, comme il sera examiné lors de l'analyse de la jurisprudence propre à ces contrats, en particulier des tribunaux brésiliens[918]. Il faut néanmoins reconnaître que les décisions rendues en la matière demeurent limitées et peu approfondies. Cette situation ne permet donc pas d'identifier, à ce stade, l'émergence d'une véritable position jurisprudentielle à ce sujet.

2. Précisions quant au régime de l'autonomie

153. Recherche encadrée du choix tacite. Étant donné que le Code demeure lacunaire quant à l'acceptation même du principe de l'autonomie, son régime s'avère également insuffisant. Ainsi, les conclusions sont fréquemment tirées de l'interprétation doctrinale et, plus rarement, de quelques décisions de justice portant sur des points spécifiques du régime du choix.

Le Code soulève également des doutes quant à la possibilité d'un choix tacite. Comme nous l'avons vu dans l'étude de la doctrine de Bustamante, celui-ci faisait une distinction entre la volonté tacite (manifestation obscure de la volonté) et la volonté présumée (absence de manifestation). La volonté présumée devrait être recherchée selon des présomptions de droit prédéterminées, tandis que la volonté tacite devrait être fondée sur des présomptions de fait, basées sur une interprétation de la volonté des parties[919]. Toutefois, le Code Bustamante semble s'éloigner de la doctrine de son auteur sur ce point.

Les articles du Code qui mentionnent la possibilité d'un choix tacite ou présumé sont difficiles à comprendre et semblent même contradictoires. La première occurrence à la volonté tacite des parties se trouve à l'article 184. Selon cet article, lorsque la loi résulte de la « volonté tacite » des parties *et* qu'elle est « discutée », les « présomptions » déterminées par les articles suivants (185 et 186) doivent s'appliquer, « même si cette solution amène à appliquer au contrat une loi diverse comme résultat de l'interprétation de la volonté »[920]. Par la suite, l'article 185 prévoit qu'en « dehors des règles déjà établies et de celles qui, à l'avenir, seront fixées pour des cas spéciaux dans les contrats d'adhésion, est présumée acceptée, à défaut de volonté expresse ou tacite, la loi de celui qui les offre

[918] V. *infra* n° 241 et s.

[919] V. *supra* n° 134.

[920] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

ou les prépare »[921]. L'article 186 indique la loi présumée applicable « Dans les autres contrats et pour le cas prévu dans l'article précédent », est « en premier lieu » la loi personnelle commune aux contractants et, « à son défaut », la loi du lieu de conclusion du contrat. Aucune mention n'est faite à la volonté *présumée* ou *discutée*, ce qui peut sembler contradictoire avec l'article 184[922].

Dans son commentaire sur ces articles, Bustamante fournit une explication plutôt obscure et peu éclairante. En répétant ce qui est écrit dans l'article, il explique que, si les parties n'ont pas exprimé explicitement leur volonté concernant la loi applicable au contrat, « mais qu'il existe des faits ou des manifestations dont l'appréciation peut être déduite », selon l'article 184 du Code, la législation présumée applicable est celle déterminée pour ce cas dans les articles 185 et 186[923].

En analysant les articles 184 à 186, on constate qu'ils éloignent la doctrine de l'auteur et simplifient la tâche des juges en unifiant les méthodes de recherche de la volonté des parties. En effet, bien que l'article 184 ne mentionne pas explicitement la notion de « volonté présumée », il semble faire référence à cette idée en évoquant la « loi discutée ». Ainsi, on peut comprendre que, si les parties n'ont pas spécifié la loi applicable ou l'ont fait en termes ambigus, le juge doit présumer qu'elles ont choisi celle désignée par les articles 185 et 186. En d'autres termes, même si son interprétation de l'intention des parties dans l'affaire en question le pousse à opter pour un texte législatif différent, le juge ne cherche pas la volonté réelle des parties ; il doit appliquer, sans hésiter, les présomptions prévues par le Code. Cette interprétation s'écarte de la doctrine de son auteur, qui a défendu l'idée d'une véritable interprétation de la volonté tacite des parties lorsqu'elles ont utilisé des termes équivoques ou obscurs, et l'application des présomptions légales seulement dans le cas où la volonté est « présumée » ou hypothétique, c'est-à-dire quand les parties sont restées totalement silencieuses.

Par conséquent, si les parties n'ont pas exprimé leur choix de la loi applicable ou si elles l'ont fait de manière douteuse, le juge appliquera automatiquement les rattachements des articles 185 et 186, considérés comme la volonté « présumée » des parties. Dès lors, la méthode du Code Bustamante pour trouver la volonté tacite ou présumée est toujours la même : elle consiste à appliquer les présomptions de droit établies aux articles 185 et 186. Cela revient, en fin de compte, à refuser la volonté tacite, puisque, dans tous les cas, c'est la loi objectivement désignée par le Code qui sera appliquée. Ici, on relève encore des ressemblances avec la thèse objectiviste de l'autonomie de la volonté[924].

---

[921] *Ibidem.*

[922] *Ibidem.*

[923] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 231 (traduction libre de l'espagnol).

[924] Pour la thèse objectiviste, v. *supra* n° 95 ; pour une analyse approfondie de l'acceptation de la volonté tacite chez les auteurs objectivistes, v. V. Ranouil, *op. cit.*, p. 102 et s.

Une partie de la doctrine partagea ce raisonnement, critiquant l'application des présomptions légales utilisées en l'absence de volonté. Selon cette doctrine, ces présomptions ne seraient pas un résultat logique de la volonté des parties (une recherche de ce que les intéressés ont réellement voulu), mais ne reposeraient théoriquement que sur les lois personnelles ou territoriales, ce qui était considéré comme un critère assez « fictif » et même « fantaisiste »[925]. Comme l'a souligné le professeur Jürgen Samtleben, « la volonté présumée des parties ne sert ici qu'à justifier un rattachement objectif »[926].

Cette lecture coïncide avec l'interprétation de la jurisprudence latino-américaine sur ce thème. Bien que la démarche des tribunaux latino-américains soit en général peu approfondie, elle met en évidence une inclination à imposer un choix exprès et à appliquer strictement les liens de rattachement du Code Bustamante en cas d'incertitude sur le choix effectué[927]. En réalité, en l'absence de volonté exprimée par les parties, la loi applicable serait très souvent celle du lieu de la conclusion du contrat, puisque, dans la pratique, il est rare que les parties partagent la même nationalité ou le domicile (« loi personnelle ») dans une relation contractuelle internationale.

Le Code ne contient aucune précision relative au moment où le choix de la loi applicable peut être exercé, ni quant à la possibilité d'une modification ultérieure de ce choix, ni à l'exigence de liens avec la loi choisie, et encore moins sur la loi applicable à ce choix. Le dépeçage volontaire n'est pas non plus expressément prévu ; en revanche, le dépeçage judiciaire se révèle particulièrement large en raison de la qualification tripartite des lois opérée par Bustamante.

*
* *

154. En conclusion, les premiers instruments régionaux adoptés en Amérique latine ne sont pas clairs quant à l'acceptation ou à la négation de l'autonomie de la volonté. Ils reflètent le contexte historique ainsi que les divergences doctrinales existantes concernant l'acceptation de ce principe. De plus, ces instruments marquent la séparation du sous-continent américain en deux groupes distincts : ceux parties aux Traités de Montevideo, qui étaient plus réticents à ce principe de l'autonomie de la volonté, et ceux liés par le Code Bustamante, globalement plus favorables au principe, même si, dans les deux cas, l'autonomie n'était pas conçue dans une vision contemporaine de droit international privé.

---

[925] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 229 (traduction libre de l'espagnol).

[926] *Ibid*, p. 226 (traduction libre de l'espagnol).

[927] V., en particulier les arrêts suivants : Costa Rica, Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte SA, c. la Caja Costarricense de Seguro Social, *op. cit.* ; Chili, I. Schroeder KG GMBH Co., *op. cit.* ; Newcom International Peru S.A. c. Proveedora de Telecomunicaciones Chile Limitada, *op. cit.*, *supra* n° 142 et s.

En ce qui concerne les *Traités de Montevideo*, nous avons conclu que ni le Traité de 1889 ni celui de 1940 ne consacrent explicitement le principe de l'autonomie de la volonté des parties[928]. Dans les États où le Traité de 1889 est toujours en vigueur (Bolivie, Pérou et Colombie), l'acceptation et l'étendue de la loi choisie par les parties sont à la discrétion du tribunal saisi. Celui-ci peut la refuser, s'il applique une approche littérale, ou l'accepter, s'il opte pour une interprétation plus large. Par ailleurs, dans les États où le Traité de 1940 est appliqué (l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay), le principe sera accepté si le droit international privé interne du pays désigné comme compétent reconnaît l'autonomie de la volonté, conformément à la flexibilité apportée par l'article 5 du Protocole additionnel de ce Traité. Mais, même pour ceux qui l'acceptent, l'étendue de cette autonomie n'est pas clairement définie.

Quant au *Code Bustamante*, bien que l'autonomie de la volonté semble y être acceptée, la difficulté réside plutôt dans son étendue. Bien que sa cohérence soit établie par une interprétation textuelle des dispositions du Code Bustamante et par l'interprétation authentique de son propre rédacteur, cela ne correspond pas à la notion contemporaine du principe. En effet, bien que Bustamante accepte un choix de la loi applicable, même présumé, et ne semble pas restreindre le choix à un groupe spécifique de lois ni exiger un lien particulier entre la loi choisie et les parties ou la relation contractuelle, les limites de l'autonomie de la volonté restent bien définies et étendues en raison des normes d'auto-classification du Code[929]. Ainsi, toutes les normes territoriales ou d'ordre public (interne et internationale), qui sont abondamment énumérées dans le Code, se trouvent exclues de la sphère de l'autonomie de la volonté. En réalité, la doctrine de Bustamante et le Code qui en découle limitent cette autonomie aux normes volontaires ou facultatives. L'autonomie de la volonté chez Bustamante devient alors un principe général de résolution des conflits de « lois volontaires ». En définitive, cela conduit à une uniformisation des régimes applicables aux contrats internes et internationaux.

Section 2 — L'affirmation du principe de l'autonomie de la volonté

155. La Convention de Mexico de 1994 met fin aux discussions doctrinales sur l'adoption de l'autonomie en l'acceptant explicitement dans sa conception contemporaine d'un véritable choix de loi régissant le contrat. Un rappel historique du contexte de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux a déjà été fait[930]. Rappelons qu'elle était approuvée à la CIDIP-V, qui eut lieu au Mexique en 1994 et est toujours en vigueur à ce jour au Mexique et au Venezuela, seuls pays à l'avoir ratifiée.

---

[928] V. *supra* n° 128.

[929] V. l'article 3 du Code Bustamante, qui classifie les lois et règles en vigueur dans chaque État contractant en trois catégories prédéterminées : celles d'ordre public interne, d'ordre public international et d'ordre privé. À ce sujet, v. *infra* n° 133.

[930] V. *supra* n° 53 et s.

Célébrée par la doctrine, elle était considérée comme une avancée significative dans la codification du droit international privé en Amérique, et même comme un produit de « qualité supérieure » à la Convention de Rome, qui était une de ses sources d'inspiration[931]. Parmi les nouveautés apportées, peut être mentionnée la consécration du principe de l'autonomie de la volonté dans une forme très large (§1), et la délimitation précise de son étendue (§2).

§1 — Acceptation d'une autonomie étendue

156. Convention de Mexico. La Convention interaméricaine de 1994 constitue le premier instrument latino-américain à consacrer explicitement le principe de l'autonomie de la volonté en tant que règle générale, dans l'acception contemporaine que nous lui connaissons. Cette avancée s'est néanmoins réalisée au terme de débats préparatoires marqués par d'importantes contradictions et par une volonté persistante de circonscrire ce principe au moyen d'une logique de proximité territoriale, ainsi que par l'imposition d'un choix exprès[932]. En dépit des objections soulevées, le principe de l'autonomie de la volonté, qu'elle soit expresse ou tacite, est finalement consacré à l'article 7 de la Convention, sans qu'aucun lien avec la loi choisie ne soit requis. Cette disposition énonce que :

> « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le consentement des parties à ce choix doit être exprès ou, en l'absence d'un tel consentement exprès, il doit découler, d'une façon évidente, du comportement des parties et des clauses contractuelles considérées dans leur ensemble. Ce choix pourra régir tout ou partie du contrat.
>
> Le choix d'un for déterminé par les parties n'entraîne pas nécessairement le choix de la loi applicable. »[933]

À la lecture de l'article 7, nous pouvons déduire qu'il reconnaît une application très large du principe de l'autonomie de la volonté. Lorsque le texte dispose que « le contrat est régi

---

[931] V. F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *op. cit.,* p. 393, pour qui : « the Americas have amply justified their codificatory efforts **by** using the comparative method to create a superior product » ; v. aussi, F.K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas », *op. cit.*, p. 195-208, p. 208. Encore, selon le professeur Fernández Arroyo, la Convention de Mexico « loin de se limiter à transcrire le texte européen de 1980, s'appuie sur celui-ci, comme l'athlète pose son pied sur le tremplin pour sauter plus loin » (Cf. D.P. Fernández Arroyo, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, p. 179).

[932] Avant la CIDIP-V, les discussions préliminaires ont révélé des positions divergentes sur l'autonomie de la volonté, certains États souhaitant la limiter davantage. Une proposition conjointe du Mexique et de l'Uruguay exigeait notamment un choix exprès et raisonnable, sans abus. Après une enquête doctrinale montrant une majorité favorable à l'autonomie, les *Bases* ont affirmé la liberté de choix sans ces restrictions. Le projet préliminaire Siqueiros, inspiré de la Convention de Rome, a été discuté et modifié lors de la réunion d'experts de 1993 à Tucson. Pour une analyse détaillée des projets et discussions, v., en particulier, N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 94 et s. ; et G. Parra-Aranguren, « La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP-V, México, 1994 », *op. cit.*, p. 195 et s.

[933] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

par la loi choisie par les parties », il accorde à celles-ci la pleine liberté de choisir la loi applicable au contrat, laquelle peut même être une loi d'un État tiers à la Convention (art. 2).

Le principe de l'autonomie de la volonté est, ainsi, un axe fondamental de la Convention de Mexico, ce qui constitue un renversement des solutions face aux postures territorialistes traditionnelles qui ont longtemps prévalu sur la région latino-américaine[934]. Il est intéressant d'observer que la version officielle en espagnol utilise le terme « droit » (*derecho*), lorsque la version en français, même dans la version réconciliée faite par l'OEA, mentionne le terme « loi »[935]. Les conséquences du choix entre les deux expressions seront abordées lorsque l'on analysera la possibilité d'un choix d'une norme de droit non étatique dans le système de la Convention de Mexico[936].

§2 — Régime de l'autonomie de la volonté

157. Contrairement aux premiers instruments étudiés, dans le cadre de la Convention de Mexico, le régime et la portée de l'autonomie de la volonté s'articulent autour de plusieurs éléments clés qui guident l'application du principe en matière de contrats internationaux. Premièrement, les modalités de choix sont énoncées, permettant que ce choix soit tacite (A). Deuxièmement, la temporalité du choix et ses éventuelles modifications sont également réglées par la Convention (B). De plus, la Convention n'exige aucun lien entre la loi choisie et la transaction (C), autorise le dépeçage volontaire (D), et pose des règles sur la validité du consentement à l'égard du choix de la loi applicable (E).

A. Choix tacite

158. La Convention dispose qu'en l'absence de convention expresse, la loi applicable doit « découler, d'une façon évidente, du comportement des parties et des clauses contractuelles considérées dans leur ensemble » (art. 7). Par conséquent, quand il n'y a pas de mention expresse dans le contrat à la loi applicable, le juge doit constater que les parties ont « d'une façon évidente » choisi la loi applicable, bien que de manière implicite. En d'autres termes, la Convention de Mexico invite le juge à chercher la volonté « réelle » des parties plutôt qu'une volonté purement « hypothétique » ou « présumée »[937]. Cette question a été débattue lors des discussions préliminaires à la Convention[938]. Il a été finalement

[934] V. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 64 et s.

[935] V. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[936] V. *infra* n° 248 et s.

[937] E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.,* p. 175.

[938] Pour une analyse historique des propositions faites et du terme choisi lors des discussions de la Convention, v. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-*

décidé que le choix tacite devrait découler du comportement des parties et des clauses du contrat « d'une façon évidente », plutôt que de recourir à des mots tels que « notable » ou « non équivoque ». Il est ainsi entendu que, de cette façon, il serait plus clair que le choix soit censé être fait par les parties, « expressément » ou « de façon évidente », et non par un tiers, c'est-à-dire par le juge[939].

159. Appréciation du choix tacite. Le choix tacite est aussi prévu par la Convention de Rome (art. 3.1)[940], qui a inspiré la Convention de Mexico. L'actuel Règlement Rome I a également gardé la possibilité d'un choix tacite de la loi applicable aux contrats (art. 3.1)[941]. Mais si l'on compare l'instrument latino-américain avec les instruments européens, les différences restent évidentes, malgré une rédaction assez similaire. En effet, lorsque la Convention de Rome et le Règlement Rome I (qui présentent des rédactions identiques sur ce point) exigent que le choix tacite « résulte de façon certaine des dispositions du contrat *ou* des circonstances de la cause » (art. 3.1 des deux instruments)[942], la Convention de Mexico dispose que le choix « doit découler, d'une façon évidente, du comportement des parties *et* des clauses contractuelles considérées dans leur ensemble » (art. 7)[943].

La première différence est que la Convention de Mexico utilise la conjonction « et », créant ainsi une exigence *cumulative* des critères, tandis que les instruments européens utilisent des critères alternatifs, en utilisant la conjonction « ou »[944]. Le Guide de l'OEA confirme la prise en compte cumulative des critères énoncés dans la Convention de Mexico. En soulignant l'existence de débats intenses au cours des discussions préalables à l'adoption de la Convention sur ce sujet, le Guide assure : « Il ressort clairement de la formulation de l'article que la conduite des parties et les clauses du contrat sont des indices à considérer

---

americani, *op. cit.*, p. 142-144. L'auteure relève que le projet initial proposé par Siqueiros employait l'expression « *unequivocally* evident from the parties' behaviour and from the clauses of the contract ». Toutefois, au cours des discussions menées lors de la CIDIP-V, il a été décidé de supprimer l'adverbe « unequivocally », à la demande de la délégation nord-américaine qui considérait ce terme excessivement rigide, susceptible de restreindre la marge d'appréciation du juge dans l'évaluation des éléments pertinents. Le terme « evident » (« de façon évidente ») a néanmoins été maintenu, les délégués estimant que cette exigence demeurait suffisante pour éviter de retenir une volonté purement hypothétique. V. aussi, G. Parra-Aranguren, « La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP-V, México, 1994 », *op. cit.*, p. 195 et s.

[939] V. J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional », *Revista Electrónica El Dial*, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, 2011, n° 58.

[940] « Art. 3 — Liberté de choix : 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou *résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* » (oiginal sans italiques).

[941] « Art. 3 — Liberté de choix : 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès *ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* […] » (original sans italiques).

[942] Règlement (CE) n. 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Règlement Rome I ») (original sans italiques).

[943] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s. (original sans italiques).

[944] En ce sens, v. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 143-144.

de manière cumulative par le tribunal et qu'elles doivent permettre au tribunal de parvenir à une conclusion "évidente" »[945].

De plus, les critères pour évaluer l'existence d'un choix tacite adoptés par les instruments européens, notamment les « circonstances de la cause », semblent plus larges que ceux utilisés par son homologue américain — le « comportement des parties ». Or, le comportement des parties n'est qu'une des circonstances de la cause, un critère beaucoup plus large. Ainsi, sur ce point, la Convention de Mexico est plus stricte que la Convention de Rome et le Règlement Rome I[946].

Comme la doctrine le soutient, différents éléments peuvent être pris en compte pour établir la volonté tacite des parties au sein de la Convention de Mexico. Parmi ces éléments figurent le lieu de négociation et d'exécution du contrat, la langue utilisée, la devise, ainsi que le for choisi par les parties. Sur ce dernier critère, selon le professeur Friedrich K. Juenger, l'article 7 de la Convention de Mexico, bien que formulé négativement, instaure la présomption *qui elegit judicem elegit ius*, permettant au tribunal d'appliquer sa propre loi et ainsi, selon lui, d'éviter les investigations coûteuses sur le contenu du droit étranger[947] — solution souvent critiquée par la doctrine civiliste[948].

En outre, la Convention de Mexico contient une indication explicite concernant les effets du choix de for sur le droit applicable. L'article 7.2 de la Convention établit que « le choix d'un for déterminé par les parties n'entraîne pas nécessairement le choix de la loi applicable »[949]. Par conséquent, le choix du for n'est pas « nécessairement » un déclencheur de la loi applicable, mais cela ne veut pas dire qu'un tel choix ne peut pas être un des éléments appréciés par le juge lors de l'appréciation de la volonté tacite des parties. Il nous semble logique qu'il soit, ainsi, un des facteurs, parmi d'autres, à prendre en compte pour la détermination de l'existence d'un choix tacite de la loi applicable.

---

[945] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, n° 262 (traduction libre de l'anglais).

[946] Sur la comparaison entre les deux instruments, v. M.M. Albornoz, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *JDI*, 2012, p. 5-42, spéc. p. 12-13.

[947] F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *op. cit.*, p. 388.

[948] V. *infra* n° 528.

[949] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s. Malgré les controverses existantes, le considérant 12 du Règlement Rome I prévoit une recommandation similaire : « Un accord entre les parties visant à donner une compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé ». À ce sujet, v. *infra* n° 528.

B. Moment du choix et modification postérieure

160. Quant au moment du choix, l'article 8 de la Convention de Mexico consacre le principe de la mutabilité et permet aux parties de faire un choix postérieur de la loi applicable, à la condition que ce choix n'affecte pas la validité formelle du contrat ni les droits des tiers. L'article est ainsi rédigé :

> « À tout moment, les parties peuvent décider qu'un contrat est assujetti en tout ou en partie à une loi distincte de celle le régissant antérieurement, que cette loi a *(sic)* été choisie ou non par les parties. Cependant, cette modification n'affectera pas la validité formelle du contrat original ni les droits des tiers. »[950]

Par conséquent, les parties peuvent choisir ou changer le droit applicable postérieurement à la conclusion du contrat à condition de respecter certaines limites, établies par le même texte. Cependant, la Convention de Mexico ne fixe pas de délai au-delà duquel ce choix ne pourrait plus être fait (p. ex., avant tout litige), et elle ne contient aucune indication sur ses effets dans le temps (si le choix doit rétroagir ou non au moment de la conclusion du contrat). Sur ce point, il nous paraît logique que, puisque l'article mentionne que le choix peut être effectué « à tout moment », il n'y ait pas de limitation, notamment d'origine procédurale, telle qu'une interdiction d'un choix ou changement lors d'un litige déjà introduit en justice. Cette solution a été également soutenue par la doctrine latino-américaine[951].

161. L'effet d'un choix postérieur. En ce qui concerne l'effet de ce choix postérieur de la loi applicable, une partie de la doctrine lui reconnaît un effet rétroactif[952]. Selon le professeur Belandro, le choix d'une loi applicable aura toujours un effet rétroactif, sauf si la loi choisie ne le permet pas ou si les parties décident que la loi n'a pas d'effet rétroactif[953]. Cette rétroactivité implique que la nouvelle loi choisie par les parties s'appliquera au contrat dès sa conclusion. En d'autres termes, on doit comprendre que le contrat n'avait pas d'autre loi que celle désignée postérieurement par les parties.

---

[950] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[951] En ce sens, v. E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.,* p. 174 ; et R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, *op. cit.*, p. 96 e s., spéc. p. 97. Pour ce dernier : « En réalité, la Convention n'impose aucune limite temporelle stricte à la faculté des parties, de sorte qu'il serait tout à fait concevable d'admettre qu'elles conservent le droit de choisir la loi applicable jusqu'au moment où le litige est soumis au juge pour statuer sur le fond, voire au stade de l'exécution du jugement, dans la mesure où cela en facilite la mise en œuvre. Néanmoins, ces observations ne doivent pas faire oublier que l'attitude des parties ne saurait entrer en conflit avec le droit procédural impératif qui régit la procédure dans laquelle l'affaire est examinée » (traduction libre de l'espagnol).

[952] V., en particulier, M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 181 et s. ; et R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 96 e s.

[953] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.,* p. 96 e s.

Cela peut sembler contradictoire dès lors que la Convention de Mexico accepte le dépeçage et, par conséquent, que le contrat puisse être régi par des lois différentes. Toutefois, selon le professeur Belandro, l'effet rétroactif de la loi postérieurement choisie évite des complications d'application pratique et s'explique par une exigence de clarté et de certitude[954]. D'ailleurs, selon la professeure María Mercedes Albornoz, la Convention de Mexico a prévu de manière implicite cette rétroactivité, dès lors qu'elle établit que la nouvelle loi choisie ne doit pas affecter les droits des tiers ni la validité formelle du contrat. Cela implique qu'elle ne soit pas rétroactive en ce qui concerne lesdites questions (c'est une exception à la règle de la rétroactivité)[955].

Mais que se passe-t-il si un choix de loi ultérieur permet de valider la forme d'un contrat tandis que la loi initialement choisie l'invalidait ? Cela pourrait-il être perçu comme une extension de la règle de faveur à la validité formelle ? De plus, que se passe-t-il si la nouvelle loi choisie offre une meilleure protection des intérêts des tiers (par exemple en rendant irrévocables les stipulations pour autrui, même sans acceptation de leur part, ou en assimilant les fautes contractuelles aux fautes délictuelles) ? La Convention de Mexico ne fournit pas de réponse à ces questions et, malheureusement, la jurisprudence n'a pas encore exploré ces problématiques, qui sont pourtant d'un grand intérêt.

Par ailleurs, la question des clauses de stabilisation (*freezing clauses*) a donné lieu à des interprétations divergentes au sein de la doctrine relative à la Convention interaméricaine. Toutefois, certains auteurs ont défendu l'idée que l'article 7 permettrait aux parties de « figer » la loi choisie à un moment déterminé, empêchant ainsi que les modifications législatives ultérieures n'affectent leur contrat. Cette faculté de stabilisation temporelle trouverait néanmoins sa limite dans le respect impératif de l'ordre public, dont les principes et normes s'imposeraient en toute circonstance, indépendamment de la volonté des parties[956].

C. Exigence des liens avec la loi choisie et la transaction

162. Absence de liens : discussions lors de l'approbation de la Convention. À l'instar des instruments européens (arts. 3 de la Convention de Rome et du Règlement Rome I), la Convention de Mexico se garde de fixer une exigence de lien entre la loi choisie et la transaction. Elle adopte néanmoins, à l'image de ses homologues européens, une conception contemporaine du principe d'autonomie de la volonté, s'éloignant ainsi des doctrines du XIX^{e} siècle qui, dans un souci de préserver l'impérativité des lois internes,

[954] *Ibidem.*

[955] V. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 183.

[956] J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts », *Journal of Private International Law*, 2011, vol. 7, n° 3, p. 501-502 (traduction libre de l'anglais).

imposaient l'existence d'un « lien significatif » entre la loi choisie et le contrat[957]. En Europe, ce silence a été interprété de manière consensuelle comme une absence d'exigence de lien entre la loi choisie et la transaction[958].

De façon similaire, la Convention de Mexico a aussi été interprétée en n'exigeant aucun lien entre la loi choisie et le contrat, la doctrine latino-américaine s'accordant généralement sur ce point[959]. Les parties peuvent en conséquence choisir une loi qui s'accommode plus à leurs intérêts, sans qu'il soit nécessaire qu'elles justifient leur choix.

Toutefois, cette élection sans limitation n'a pas été acceptée sans opposition dès les premières discussions. En effet, une première proposition de Convention, élaborée de manière conjointe par l'Uruguay et le Mexique, bien que non débattue lors de la réunion de Tucson où le texte définitif de la norme a été adopté, introduisait une importante restriction à la liberté de choix de la loi applicable dans les contrats internationaux. Elle soumettait en effet ce choix à trois conditions : un consentement exprès des parties, l'existence d'une « considération raisonnable » justifiant ce choix, ainsi que l'absence d'« abus d'une partie sur l'autre »[960].

En liant la validité du choix à une considération « raisonnable », cette proposition visait, à dire vrai, à encadrer l'autonomie des contractants par un critère de proximité entre la loi choisie et le contrat, renouant ainsi avec une conception de l'autonomie fondée sur la localisation effective du rapport juridique. Comme il a été souligné, « la nécessité d'une "considération raisonnable" […] renvoie à l'existence d'un lien minimal, ou d'une localisation à laquelle devrait être soumise l'autonomie contractuelle »[961]. En ce sens, la proposition s'inscrivait dans la lignée des théories localisatrices qui ont prévalu au XIX^e^ siècle, lesquelles dans une optique de tempérament de la liberté contractuelle par des considérations d'ordre public et de rattachement territorial, considéraient que le choix de

[957] Au sujet de l'exigence du « lien significatif » dans les doctrines du siècle XIX, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 248.

[958] V., en particulier, B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 915 et M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 184-185.

[959] En ce sens, v., en particulier, D.P. Fernández Arroyo, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, n° 5 ; M.B. Noodt Taquela, « Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 1994) », *Boletin de la Seccion Derecho Internacional Privado de la AADI*, Casa del Foro de Rosario, AADI, 1995, vol. 5, p. 9 ; F.K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas », *op. cit.*, p. 195-208, p. 204 ; N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 115 et s. ; Z. Marín, *op. cit.*, n° 81 ; C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 310.

[960] L'art. 4 de la proposition énonçait ainsi : « 1) Les contractants peuvent librement convenir de la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat ou encore à l'application de lois différentes à diverses obligations contractuelles si : a) ils y ont expressément consenti ; b) il existe une considération raisonnable pour le choix ; et c) il n'y a pas d'abus d'une partie sur l'autre. Le choix de la loi applicable effectué par les parties devra être valable selon la loi choisie. » (Traduction libre de l'espagnol). Cf. CIDIP-V, OEA/Ser. K/XXI.5 — CIDIP-V/12/93, 28 décembre 1993.

[961] N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.,* p. 116 (traduction libre de l'italien).

la loi devait être lié à une norme présentant un lien significatif avec le contrat, tel que le lieu de conclusion ou le lieu d'exécution[962].

163. Solution adoptée. Cependant, cette orientation n'a pas prévalu. La question n'ayant même pas été débattue lors de la CIDIP-V, cela témoigne, selon les mots de la professeure María Blanca Noodt Taquella, d'un véritable « consensus » sur le fait qu'aucun lien entre la loi choisie et le contrat ne devrait être exigé[963].

Il a ainsi été affirmé que, dans le cadre de la Convention, « il est permis aux parties de choisir la loi applicable […] sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait un lien réel avec le contrat en question »[964]. Et que, dans la Convention, « Le principe de l'autonomie s'établit de manière large et illimitée, c'est-à-dire que les parties sont habilitées à choisir tout droit dans le monde qui régisse leur contrat, même en l'absence de tout contact réel entre le contrat et la loi choisie »[965]. Il a aussi été souligné que l'article 7, alinéa 1, de la Convention permet aux parties « de choisir une loi neutre, n'ayant aucun lien avec leur contrat »[966], et qu'elles peuvent aussi choisir « une loi plus adaptée, en raison de sa complexité, à résoudre d'éventuels litiges »[967]. Le Guide de l'OEA témoigne de cette interprétation, soulignant que, « conformément au principe d'autonomie de la volonté consacré par la Convention, les parties peuvent librement choisir d'appliquer une loi "neutre" »[968].

Toutefois, comme nous l'analyserons plus en détail ultérieurement[969], cette souplesse contraste de manière surprenante avec le champ d'application de la Convention, qui, dans une rédaction ambiguë, semble la limiter aux relations liées aux États parties (art. 1). Comme l'a souligné le professeur Diego P. Fernández Arroyo, cela signifie que « la loi applicable au contrat peut être la loi d'un quelconque État et que, non sans paradoxe, le contrat doit avoir nécessairement des rapports avec des États parties »[970].

D. Dépeçage volontaire

164. L'article 7 de la Convention de Mexico introduit dans le système latino-américain le mécanisme du dépeçage volontaire. Dans le système des Traités de Montevideo, la

---

[962] *Ibid,* p. 116-117.

[963] M.B. Noodt Taquela, « Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 1994) », *op. cit.*, p. 9.

[964] N. de Araujo, *Contratos Internacionais*, *op. cit.*, p. 203 (traduction libre du portugais).

[965] C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 310 (traduction libre de l'espagnol).

[966] F.K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas », *op. cit.*, p. 204 (traduction libre de l'anglais).

[967] N. de Araujo, *Contratos Internacionais*, *op. cit.*, p. 203 (traduction libre du portugais).

[968] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, n° 310.

[969] V. *infra* n° 215.

[970] D.P. Fernández Arroyo, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, n° 4.

possibilité de traiter séparément les composantes d'un contrat était perçue comme une sorte d'« hérésie » au principe de l'unité de la relation juridique[971]. Selon l'article 7 de la Convention de Mexico, la loi choisie « pourra régir tout ou partie du contrat »[972]. Cela veut dire que le choix effectué par les parties peut porter sur l'ensemble du contrat ou seulement sur une partie de celui-ci, ouvrant ainsi la porte au dépeçage dit « conventionnel » ou « volontaire ».

Cependant, comme l'admet la doctrine, la cohérence doit être une limite au dépeçage volontaire, même si ce n'est pas expressément prévu par la Convention. Le respect de la cohérence lors du choix de plus d'une loi pour régir le contrat est une question logique : il est raisonnable que les différentes lois choisies puissent régir le contrat sans donner lieu à des contradictions[973].

Cette approche a d'ailleurs été adoptée par la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, qui a été adoptée lors de la CIDIP-II à Montevideo en 1979. Cette Convention, signée par dix-huit pays d'Amérique latine, a été ratifiée par le Mexique et le Venezuela. Elle établit à l'article 9, une interprétation harmonieuse des différentes lois potentiellement applicables. Selon cet article : « Les diverses lois potentiellement compétentes pour régir les différents aspects d'une même relation juridique doivent être appliquées de manière harmonieuse, en veillant à atteindre les objectifs de chacune d'entre elles ». De plus, le deuxième alinéa du même article spécifie que « les difficultés pouvant découler de leur application simultanée doivent être résolues en tenant compte des exigences de l'équité dans le cas d'espèce »[974].

Le professeur Hernández-Bretón rapporte que l'inclusion de l'article 7 dans la Convention de Mexico a suscité des critiques, certains estimant que le choix de droits différents pour régir diverses parties du contrat permettrait d'éluder les normes d'application immédiate. Ainsi, un contrat qui serait invalide sous un système juridique donné pourrait devenir valable s'il était soumis à une pluralité de systèmes[975]. Lorsque cette question a été soulevée dans le cadre de la Convention de Rome, le Rapport Giuliano-Lagarde a relevé

---

[971] C. Fresnedo de Aguirre, R. Herbert, « Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano », *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*: *liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 55-76, p. 72 (traduction libre de l'espagnol).

[972] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[973] V. E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.,* p. 175-176 ; M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 215 ; et N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit*., p. 148.

[974] Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, CIDIP-II, Montevideo, 8 mai 1979 (traduction libre de l'espagnol). V. *supra* n° 54.

[975] E. Hernández-Bretón, « La contratación mercantil internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994) », *Visión contemporánea del Derecho Mercantil venezolano*, IV Jornadas Centenarias de Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Editorial Vadell Hermanos, Valencia, 1998, p. 60-61, cité par Z. Marín, *op. cit.*, p. 69.

que ce risque pouvait être neutralisé par l'application de l'article 7 de la Convention, relatif aux lois de police[976]. Selon une partie de la doctrine vénézuélienne, l'opinion doctrinale européenne serait transposable à la Convention de Mexico, soulignant que, dans le choix de la loi applicable, les parties peuvent sélectionner n'importe quelle loi, indépendamment de son lien avec le contrat, et qu'ainsi, l'éviction des normes d'application nécessaire pourrait se produire même sans le dépeçage[977]. De plus, comme également affirmé par le professeur vénézuélien, « le choix d'un droit pour régir partiellement un contrat ne saurait, de toute évidence, conduire à ce qu'il soit appliqué à l'ensemble du contrat »[978].

E. La loi applicable à l'accord de choix

165. Dans une rédaction en quelque sorte similaire à celle de l'article 10 du Règlement Rome I, l'article 12 de la Convention de Mexico prévoit que la « validité du contrat et ses clauses », ainsi que la « validité matérielle du consentement à l'égard du choix de la loi applicable » doivent être examinées au regard de la loi applicable au fond des contrats, conformément aux règles déterminées par la Convention elle-même[979]. De plus, l'alinéa 2 de l'article 12 révèle que lorsqu'il s'agit d'établir « si le consentement d'une des parties a été valablement obtenu », le juge « devra déterminer la loi applicable en tenant compte de la résidence habituelle ou du lieu d'établissement de ladite partie, lié à l'opération envisagée »[980]. La Convention de Mexico privilégie ainsi le recours à des critères de rattachement alternatifs à coloration matérielle dans le but de favoriser la validité du contrat et de ses clauses, y compris celle relative à la loi applicable[981].

---

[976] M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Journal officiel des Communautés européennes*, 1980, n° C 282/1, art. 3, para. 4.

[977] Z. Marín, *op. cit.*, p. 69.

[978] E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.,* p. 175 (traduction libre de l'espagnol).

[979] « L'existence et la validité du contrat ou de l'une quelconque de ses dispositions, ainsi que la validité matérielle du consentement des parties à l'égard du choix de la loi applicable, sont régies par la norme pertinente conformément à la présente Convention et aux termes du chapitre 2 ». Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[980] *Ibidem.*

[981] Comme l'explique le professeur Yves Lequette, pour remédier à ce qui a été considéré comme l'excessive neutralité de la règle de conflit de type savignienne, on a proposé de mettre en place des règles de conflit de lois orientées vers la recherche d'un résultat substantiel déterminé, qu'on appelle règles de conflit à coloration matérielle ou encore règles de conflit engagées. Selon lui : « Cette évolution n'est pas sans conséquence en droit international privé. Elle se traduit, en effet, par l'apparition de "règles de rattachement à caractère substantiel" encore nommées règles de conflit à finalité ou encore à coloration matérielle. Par ce mécanisme, le législateur rompt avec la tradition de la détermination d'une loi unique, pour ouvrir un éventail plus ou moins large. Parmi les différentes lois ainsi visées, la compétence appartient à celle qui permet de parvenir à la solution qui a sa préférence. Sans imposer une solution par l'application nécessaire d'une loi, comme dans le cas des lois de police, le législateur marque sa préférence pour tel type d'équilibre des intérêts privés plutôt que pour tel autre et infléchit le règlement du conflit de lois pour que celui-ci conduise à la désignation d'une loi qui permet de l'atteindre. On est alors en présence de règles hybrides qui constituent un "procédé intermédiaire entre la règle de conflit classique et la règle purement substantielle" ». Cf. Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement

La référence faite par l'alinéa 1 de l'article 12 de la Convention de Mexico à la « validité matérielle » du consentement (qui n'est pas présente dans la Convention de Rome, qui lui a servi d'inspiration), soulève des difficultés d'interprétation dans la mesure où toutes les juridictions ne distinguent pas clairement entre, d'une part, les situations entraînant l'inexistence du consentement et, d'autre part, celles entraînant sa nullité. L'interprétation de cet article et l'articulation entre ces deux alinéas ont suscité d'intenses débats doctrinaux[982].

Le rapport du professeur Parra-Aranguren relève que, lors de la réunion de Tucson, les délégués ont décidé de supprimer un paragraphe relatif à la réglementation des contrats accessoires dans le chapitre consacré à l'existence et à la validité du contrat dans l'avant-projet et, « à la place, il a été décidé de réglementer la question du silence de l'un des contractants, en prévoyant que, pour établir si "une partie a valablement consenti, le juge doit déterminer le droit applicable en prenant en considération la résidence habituelle ou l'établissement de la partie qui s'y oppose" »[983].

En effet, la division entre l'appréciation de la « validité matérielle » du consentement, appréciée selon la *lex contractus* (alinéa 1), et celle portant sur la question de savoir si le consentement a été « valablement obtenu », analysée selon la loi du lieu de la résidence habituelle ou d'établissement (alinéa 2), peut poser problème. En quoi consisterait la distinction juridique entre, d'une part, la « validité matérielle » du consentement au sens de l'alinéa 1 et, d'autre part, la « validité de l'obtention » du consentement comme envisagé par l'alinéa 2 ? Comme l'a souligné Mme Naiara Posenato, une telle méthode « pourrait conduire à une application cumulative de deux régimes juridiques, générant paradoxalement une sorte de *favor invaliditatis* »[984].

L'article 8 de la Convention de Rome, qui servit de source d'inspiration au modèle interaméricain, est plus précis. Il confie à la *lex contractus* l'appréciation de « l'existence et la validité du contrat ou de l'une de ses dispositions » (alinéa 1). Toutefois, la loi de la résidence habituelle peut, à titre de clause d'exception et à la demande d'une partie, « déterminer si une partie n'a pas consenti » lorsqu'« il résulte des circonstances qu'il ne

---

de paradigme ? », Cours général de droit international privé, *RCADI*, 2017, vol. 387, p. 240-241. Sur les règles de conflit à coloration matérielle, v., en particulier, P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986, vol. 196, p. 57 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 228.

[982] N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 139 (traduction libre de l'italien). V. p. 139-142 pour les divergences doctrinales à ce sujet.

[983] Cf. G. Parra-Aranguren, « La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP-V, México, 1994 », *op. cit.*, p. 204, spéc. n° 64 (traduction libre de l'espagnol).

[984] N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 139 (traduction libre de l'italien). L'auteure fait mention de la doctrine de P. Madruga Filho, « A CIDIP V e o direito aplicável aos contratos internacionais », *in* P.B. Casella (dir.), *Contratos Internacionais e Direitio Econômico no Mercosul*, São Paulo, 1996, p. 441-442. Pour les divergences doctrinales à ce sujet, v. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 139-142.

serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie » d'après la loi du contrat (alinéa 2). Ainsi, dans le système européen (l'article 10 du Règlement Rome I a maintenu cette solution), le recours à la loi de la résidence est strictement encadré et fonctionne comme une clause d'exception : elle ne s'applique qu'à titre subsidiaire par rapport à la loi régissant le contrat et dans certaines circonstances précisées par l'article. Le Rapport Giuliano-Lagarde précise d'ailleurs que : « Par dérogation à la règle générale du paragraphe 1, le paragraphe 2 pose, d'autre part, une règle spéciale qui ne vise que les questions relatives à l'existence et non pas à la validité du consentement », cette dernière, comme l'a également noté le rapport, reste soumise à la loi du contrat (d'après le paragraphe 1)[985]. Le système européen tend donc à protéger et consolider la validité de la clause d'élection de loi applicable, laissant l'allégation de l'inexistence de consentement d'après la loi de la résidence à des circonstances bien limitées.

Bien que la Convention de Mexico vise, comme le texte européen, à renforcer la validité des clauses de désignation de la loi applicable et à promouvoir la sécurité juridique dans le commerce international, elle se caractérise par une approche moins strictement encadrée que celle du modèle européen. En effet, contrairement à ce dernier, la Convention de Mexico n'exige pas que les circonstances démontrent l'impossibilité raisonnable d'évaluer le consentement selon la loi applicable au contrat ni l'exigence de validité du choix conformément à la loi du contrat. De plus, elle confère au juge un rôle sensiblement plus actif : le texte ne prévoit pas que la partie puisse solliciter l'application de la loi de sa résidence, mais dispose simplement que le juge « devra déterminer » la loi applicable « lorsqu'il s'agit d'établir » que le consentement de l'une des parties n'a pas été valablement obtenu. La distinction entre les conditions de validité matérielle et celles relatives à l'obtention du consentement suscite par ailleurs certaines ambiguïtés interprétatives. Toutefois, en adoptant l'interprétation développée dans le cadre de la Convention de Rome, dans laquelle la Convention de Mexico a trouvé son inspiration, il apparaît que l'alinéa 2 de l'article 12 du texte interaméricain vise principalement la question de l'existence du consentement, tandis que sa validité du consentement est traitée à l'alinéa 1. Quoi qu'il en soit, il ressort de ces divergences que, dans le contexte interaméricain, la loi choisie par les parties peut être plus aisément écartée pour constater l'inexistence du consentement que dans le système établi par le modèle européen.

*
* *

166. De cette analyse de la Convention de Mexico, nous pouvons retenir qu'elle est un instrument innovant, en acceptant pour la première fois l'autonomie de la volonté dans la région dans une conception moderne et étendue. L'analyse a montré que la Convention confère une liberté large aux parties quant au choix de la loi applicable. Cette liberté de choix inclut notamment la possibilité de choisir plus d'une loi et de modifier le choix de

[985] M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, art. 8, para. 2.

loi postérieurement à la conclusion du contrat, sans exiger aucun lien entre cette loi et la relation contractuelle.

Toutefois, cette innovation était l'une des raisons du faible taux de ratification de la Convention. Selon une étude réalisée par l'OEA, l'adoption du principe de l'autonomie dans une conception aussi libérale aurait représenté un changement radical par rapport à l'approche traditionnelle du conflit de lois prédominant dans la région[986].

Conclusions du Chapitre

167. Dans ce Chapitre, nous avons étudié la façon dont l'autonomie de la volonté était accueillie par les instruments régionaux latino-américains. Nous avons pu remarquer que les négociations des instruments latino-américains ont suivi les grandes discussions et les évolutions de la doctrine en Europe concernant l'autonomie de la volonté. Le chemin pour l'accueil du principe était bien « sinueux », comme nous l'avons décrit dans le présent Chapitre. Les discussions des premiers projets de codification, celles des Traités de Montevideo et du Code Bustamante, étaient marquées par de nombreuses divergences entre les États, certains très favorables à l'accueil du principe, comme l'Argentine, et d'autres très radicalement opposés, comme l'Uruguay. Ainsi, afin de trouver un point d'équilibre et un compromis entre les délégations, les Traités de Montevideo et le Code Bustamante adoptèrent des rédactions de lecture malaisée, en laissant une marge importante à la discussion et à des interprétations divergentes. Par la suite, nous avons conduit une réflexion approfondie sur les différentes interprétations possibles, en prenant en compte le contexte social et historique des instruments adoptés, les doctrines de ses rédacteurs et le contenu des discussions ayant abouti à leur adoption. De fait, les idées territorialistes et de souveraineté étaient, à cette époque, très présentes sur le continent américain. Plusieurs États voyaient alors l'autonomie de la volonté comme une menace à leur souveraineté et comme un facteur qui pourrait porter préjudice à leurs ressortissants dans les relations contractuelles avec des parties ressortissantes des pays plus développés et plus puissants économiquement.

En résumé, malgré les divergences à ce sujet, le premier Traité de Montevideo de 1889 n'a pas accueilli l'autonomie de la volonté d'un point de vue conflictuel. Lors de la reprise des discussions pour réviser le Traité, en 1940, les mêmes solutions furent adoptées. De ce fait, ni le Traité de droit civil international de 1889 ni celui de 1940 n'ont accueilli le principe de l'autonomie de la volonté des parties. Cependant, une certaine flexibilité fut introduite avec l'approbation du Protocole additionnel, approuvé en 1940. L'article 5 du Protocole additionnel admet finalement l'autonomie de la volonté dans sa version conflictuelle. Les parties peuvent ainsi faire un choix de la loi applicable, mais seulement dans la mesure où la loi objectivement applicable les y autorise.

[986] V. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* p. 18 et s.

Le Code Bustamante fut adopté en 1928, soit un peu plus de dix ans avant la révision du Traité de Montevideo, qui fut menée en 1939-1940. À la différence des Traités de Montevideo, le Code fait référence à la volonté des parties, mais sans être clair sur la façon dont le juge doit interpréter cette volonté ni sur son étendue. Là encore, lors de l'approbation du Code, une solution de compromis a été cherchée et des divergences d'interprétation se sont fait jour. Toutefois, en faisant une interprétation historique, systématique et téléologique du Code Bustamante, et en considérant les commentaires de Bustamante lui-même comme une véritable interprétation authentique du texte, nous avons affirmé que le Code met en œuvre le principe de l'autonomie de la volonté. Cependant, le principe de l'autonomie de la volonté, comme nous l'avons longuement analysé, n'était pas conçu de la même manière qu'il est interprété aujourd'hui, par les doctrines et les instruments conventionnels les plus modernes.

En conclusion, l'autonomie dans la doctrine de Bustamante reste bien encadrée. En effet, en raison de la séparation tripartite des lois faite par Bustamante (et transposée à l'article 3 du Code), cette autonomie était limitée aux normes « d'ordre privé » et, corrélativement, sans portée dans le champ des normes « d'ordre public interne » et « d'ordre public international ». Comme nous l'avons affirmé, c'est en fin de compte l'idée de l'autonomie de la volonté considérée comme une solution des conflits de lois supplétives. Une telle conviction rencontre, néanmoins, de nombreuses difficultés dans son application pratique, de sorte que la liberté des parties reste exceptionnelle dans le système de Bustamante. Cela est également confirmé par la longue liste de matières d'auto-classification considérées par le Code comme d'ordre public ainsi que par la possibilité laissée aux États d'ajouter d'autres lois dans ces deux catégories (cf. art. 6 du Code).

En définitive, comme pour les Traités de Montevideo, la portée et l'application de l'autonomie de la volonté dans le Code Bustamante demeurent soumises à l'interprétation individuelle des juges. Par conséquent, avant l'adoption de la Convention de Mexico, les parties contractantes étaient susceptibles de rencontrer des incertitudes et des divergences d'interprétation, susceptibles de compromettre la certitude que la loi choisie pour régir leur contrat serait pleinement respectée.

D'un point de vue conventionnel et régional, cette insécurité et ces divergences ne seront surmontées qu'en 1994, avec l'adoption de la Convention de Mexico. Cet instrument innove et accueille, pour la première fois, de manière expresse et très étendue, le principe de l'autonomie de la volonté, dans sa conception moderne et conflictuelle. Si la Convention n'a pas atteint un nombre satisfaisant de ratifications, son importance n'est pas négligeable pour autant. La Convention apporta de précieuses contributions au développement du droit des contrats dans la région latino-américaine. Après son adoption, elle est devenue une source d'inspiration pour plusieurs États, qui ont modifié leur législation interne, notamment en adoptant le principe de l'autonomie des parties[987]. D'autre part, elle peut

[987] V. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

être utilisée comme source de droit souple dans la résolution des conflits par les juges, comme recommandé récemment par le Guide de l'OEA sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux. Cependant, malgré cette évolution positive, des défis subsistent. La portée de l'autonomie de la volonté demeure limitée par des conceptions nationales, qui peuvent varier selon les législations de chaque État.

En l'absence d'un choix valable (ou de la possibilité de faire un choix), il convient de vérifier les rattachements objectifs prévus par les conventions régionales.

CHAPITRE II — LE DROIT APPLICABLE EN L'ABSENCE DE CHOIX

168. Lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable, ou lorsque ce choix n'est pas réalisable ou qu'il est inopérant[988], il devient essentiel de déterminer les critères à prendre en considération pour désigner la loi applicable. Dans un tel cas, le défi posé par les contrats, en matière de résolution des conflits de lois, réside dans la conciliation entre, d'une part, la spécificité et la singularité de chaque relation contractuelle, et, d'autre part, la demande très prononcée dans ce domaine de prévisibilité de la loi applicable, ce qui favorise la standardisation des critères de rattachement[989].

Rappelons que, à l'origine, les statutistes ne faisaient pas de distinction entre la forme et le fond des actes juridiques ; les deux étaient régis par la loi du lieu où l'acte était conclu, conformément au principe *locus regit actum*[990]. À partir du XVI[e] siècle, cette règle a été restreinte aux questions de forme, tandis que la loi de l'autonomie a commencé à déterminer l'applicabilité des règles de fond[991]. En Amérique latine, les sources conventionnelles en matière de conflits de lois conservent cette traditionnelle distinction entre les règles relatives à la forme (Section 1) et celles portant sur le fond des contrats (Section 2).

[988] Pour mémoire, l'autonomie de la volonté n'est pas expressément reconnue dans les Traités de Montevideo et dans le Code Bustamante, comme profondément étudiée lors du Chapitre précédent. V. *supra* n° 91.

[989] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 203.

[990] V. A. Lainé, *op. cit.*, p. 118 et 121 ; sur le *locus regit actum*, v., en particulier, R. Genin-Meric, *La maxime « locus regit actum, » nature et fondement*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976 ; et G. Legier, *La règle « locus regit actum » et les conflits de lois en matière de forme des actes*, *op. cit.*, p. 13 et s.

[991] Cf. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 957. Sur le caractère facultatif de la maxime, v. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale*, *op. cit.*, p. 442.

Section 1 — Le droit applicable à la forme des contrats

169. Les sources conventionnelles actuellement en vigueur en Amérique latine proposent divers critères de rattachement pour régir la forme des contrats. Le lieu d'exécution constitue le critère privilégié par les Traités de Montevideo, bien que ces derniers présentent toutefois certaines différences (§1). Par ailleurs, le Code Bustamante et la Convention de Mexico optent pour un cumul de critères de rattachement applicables à la forme des contrats, tout en affichant également des divergences quant aux rattachements retenus (§2).

§1 — Les Traités de Montevideo : *lex loci executionis*

170. Les Traités de Montevideo privilégient le critère du lieu d'exécution du contrat pour régir la forme. Toutefois, alors que le Traité de 1889 prévoit un régime spécifique pour la forme des actes authentiques (A), le Traité de 1940 opère une simplification en unifiant le régime applicable à la forme des actes authentiques et des actes sous seing privé (B).

A. Traité de Montevideo de 1889

171. Les directives relatives à la forme des contrats dans le Traité de Montevideo de 1889 sont décrites dans les articles 32 et 39 du Traité de 1889, rédigés de la manière suivante :

> « Article 32 — La loi du lieu où les contrats doivent être exécutés déterminera s'il est nécessaire de les conclure par écrit et la qualité des actes en quoi ils consistent. »
>
> Article 39 — Les formes des instruments publics sont régies par la loi du lieu où ils sont passés. Les instruments privés, par la loi du lieu d'exécution du contrat respectif. »[992]

Selon ces articles, la loi du lieu d'exécution, en plus de régir les questions de fond[993], s'applique également aux questions de forme du contrat, à l'exception des instruments publics, qui relèvent de la loi du lieu de conclusion (art. 39). Mais, de manière assez surprenante, l'article 32 prévoit que la loi du lieu d'exécution détermine si les contrats doivent être rédigés par écrit, ainsi que la forme requise, qu'elle soit authentique ou susceptible d'être conclue par un acte sous seing privé.

En suivant les idées des rédacteurs du projet de la majorité, le Traité de 1889 établit une distinction claire entre les régimes applicables à la forme des actes authentiques et des

[992] Traduction libre de l'espagnol.

[993] V. *infra* n° 183.

actes sous seing privé[994]. Les actes sous seing privé sont soumis à la loi du lieu d'exécution du contrat, tandis que les actes authentiques sont soumis à la loi du lieu où ils ont été conclus.

Cette distinction repose sur le principe selon lequel les exigences et formalités entourant les actes authentiques relèvent de l'ordre public du pays où ils ont été établis, afin de maintenir la confiance du public envers les autorités étatiques. Les actes sous seing privé, en revanche, sont considérés comme des moyens de preuve de l'existence du contrat et sont donc soumis à la loi qui régit ce dernier (loi du lieu d'exécution comme présomption générale), favorisant ainsi la production de preuves en cas de litige[995]. De plus, selon Quintana, l'un des rédacteurs du projet approuvé lors du Congrès, à la différence des actes sous seing privé, les actes authentiques ne sont pas des contrats en tant que tels, « mais des documents qui les enregistrent afin de préétablir la preuve de leur existence, des droits qu'ils confèrent et des obligations qu'ils imposent pour prévenir ou résoudre les contestations liées à leur exécution »[996]. Ces arguments justifieraient donc l'instauration d'un régime spécifique pour les actes authentiques.

B. Traité de Montevideo de 1940

172. En ce qui concerne la forme du contrat, le Traité de 1940 innove par rapport à son prédécesseur. Pour rappel, une distinction était établie par le Traité de 1889 : tandis que la forme des actes authentiques était soumise à la loi du lieu de leur conclusion, celle des actes sous seing privé demeurait subordonnée à la règle générale de rattachement au lieu d'exécution (en suivant la règle générale de la loi applicable au fond des contrats).

Dans un objectif de simplification, le nouveau Traité de 1940 énonça dans un seul article — l'article 36 — les règles relatives à la loi applicable à la forme des contrats. Selon cet article, la loi du lieu d'exécution détermine si un contrat doit revêtir un caractère solennel ou non. Toutefois, curieusement, il revient à la loi du lieu de conclusion de décider des

[994] Au cours des discussions tenues au Congrès, Belisario Prats, rédacteur du projet de la minorité, critique la solution choisie par le projet de la majorité du lieu d'exécution, qui, selon lui, poserait de nombreux inconvénients d'ordre pratique et représenterait une véritable entrave aux relations commerciales. Parmi les principales difficultés soulevées, Prats relève la question de la forme des actes publics et privés, qui devraient impérativement, selon lui, suivre la loi du lieu de conclusion, et le fait que les parties ignoreraient le plus souvent les lois auxquelles elles doivent conformer leurs contrats, ce qui leur imposerait « des désagréments et des dépenses qui n'ont aucune raison d'être ». Néanmoins, le projet élaboré par Prats n'a pas obtenu le soutien de la majorité des délégués du Congrès et fut rejeté. Cf. Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, México, 1889, p. 437 (traduction libre de l'espagnol).

[995] V. J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 106 ; v. aussi le discours de Belisario Prats lors du Congrès de 1889 *in* Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, Mexico, 1889, p. 431 et s.

[996] *Ibid*, p. 414 (traduction libre de l'espagnol).

« formes et solennités » à respecter. Enfin, cet article dispose que « les modes de publicité » sont régis par la loi de chaque État. L'article 36 est ainsi rédigé :

> « La loi qui régit les actes juridiques détermine la qualité des actes en quoi ils consistent. Les formes et solennités des actes juridiques sont régies par la loi du lieu où ils sont contractés ou passés. Les modes de publicité, par la loi de chaque État. »[997]

173. Les raisons du changement. Comme cela a déjà été exposé, la doctrine de 1889 reposait sur le principe selon lequel la forme des actes authentiques relevait de l'ordre public ; cependant, lorsque les actes sous seing privé servent simplement de moyens de preuve de l'existence de l'acte, leur forme n'est pas une condition essentielle de leur validité et ne compromet pas l'ordre public des États[998]. Lors des discussions de 1940, deux raisons fondamentales ont été prises en compte pour modifier ce raisonnement et soumettre la forme des actes privés à la loi du lieu de conclusion (et non plus à celle du lieu d'exécution). Tout d'abord, les délégués ont estimé que l'on simplifierait considérablement la matière en adoptant le principe du *locus regit instrumentum* et en soumettant ainsi à la même loi la forme de tous les types d'actes, notariés ou non. De plus, les délégués ont également décidé, comme l'a souligné le délégué péruvien Bustamante Rivero lors du Congrès, qu'il serait plus facile et plus sûr de donner à l'acte privé la forme prescrite par la loi locale, qui est généralement bien connue des parties, plutôt que de les obliger à vérifier les exigences formelles d'une loi étrangère souvent ignorée d'elles[999]. L'adoption du principe *locus regit instrumentum* était alors perçue comme un moyen de sécurité juridique permettant d'assurer au mieux l'efficacité des conventions.

En ce qui concerne le nouvel aspect introduit par l'article 36, à savoir la publicité des actes juridiques, celui-ci visait principalement à garantir les droits des tiers et à prévenir la fraude. Comme l'a remarqué Bustamante I. Rivero, à l'époque des discussions du Traité, de nombreux registres venaient d'être instaurés dans différents pays, tels que les registres fonciers et commerciaux, les registres de l'état civil, entre autres. Selon lui, ces moyens de publicité légale revêtent un caractère d'ordre public, car ils représentent des mesures de sécurité mises en place par l'État pour protéger « l'ordre juridique de la société »[1000]. Ainsi, la conclusion de la dernière partie de l'article 36 apparaissait comme une conséquence logique : la loi de chaque pays doit déterminer les formes que ces moyens de publicité doivent revêtir sur son territoire[1001]. Pour le reste, les dispositions du Traité de 1889 sont maintenues sans modification substantielle.

174. Application jurisprudentielle. L'arrêt *Méndez Valles c. Pescio* rendu par la Cour Suprême d'Argentine le 26 février 1995 porte sur l'application de la loi régissant le fond

---

997 Traduction cf. *JDI*, 1956, p. 482-509.

998 V. *supra* n° 171.

999 J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 106-107.

1000 *Ibid*, p. 107.

1001 *Ibidem.*

et la forme des contrats dans le cadre du Traité de Montevideo de 1940[1002]. En l'espèce, un contrat de cession de créances relatif à la location d'un bien immobilier en Argentine avait été conclu en Uruguay par acte sous seing privé, puis authentifié par un notaire dans le même pays. Le cessionnaire, M. Méndez Valles, avait engagé une action en recouvrement de loyers contre la société A. M. Pescio S.C.A, propriétaire du bien, qui contestait l'action en excipant de la nullité de la cession. Selon la société défenderesse, la cession des droits litigieux ne respectait pas les formes requises par le droit argentin, notamment l'obligation d'un acte notarié réalisé en Argentine ou d'un acte judiciaire.

La Cour d'appel de Buenos Aires, en confirmant la décision de première instance, accueillit l'exception de nullité soulevée par la société défenderesse, considérant que, dans ce cas précis, les exigences formelles du Code civil argentin devaient être respectées, notamment en vertu de l'interprétation des normes du Traité de droit civil international de Montevideo de 1940. En réaction à cette décision, la demanderesse forma un recours devant la Cour suprême argentine. La haute juridiction appliqua le Traité de Montevideo de 1940 et estima qu'en l'absence de choix de loi applicable effectué par les parties, il convenait d'appliquer les règles objectives désignées par le Traité, à savoir les articles 36 et 37.

Premièrement, en ce qui concerne la forme des actes juridiques, une contradiction apparente existe au sein de l'article 36, selon la Cour suprême. D'abord, cet article renvoie à la loi qui régit le fond (« La loi qui régit les actes juridiques détermine la qualité des actes en quoi ils consistent »), mais, par la suite, il est fait référence à la loi du lieu de conclusion (« Les formes et solennités des actes juridiques sont régies par la loi du lieu où ils sont contractés ou passés »). Cependant, bien que cette éventuelle incohérence puisse être présente, la Cour fut d'avis que rien ne permet de conclure que le législateur a voulu diviser le droit applicable aux actes juridiques en désignant une loi pour la forme et une autre pour le fond. En se fondant sur les discussions des délégués au Congrès de 1940, la Cour constata que ces débats n'apportaient pas beaucoup de clarté quant à l'interprétation de cet article. Elle décida donc d'opter pour « une règle d'interprétation conciliatrice » pour traiter cette question[1003].

En s'appuyant sur cette méthode, la Cour rappela les enseignements de Goldschmidt, qui distinguait entre « le droit qui impose la forme ou qui en dispense » et le « droit qui réglemente l'accomplissement de la forme imposée ». Appliquant cette doctrine, la haute juridiction conclut que :

> « Conformément aux principes généralement admis du droit international privé, fondés sur le concept du caractère raisonnable […] la loi régissant le fond de l'opération est également la loi applicable à la forme, en ce qui concerne sa nécessité et les effets de son absence. En revanche, les exigences réglementaires de la formalité requise par la loi

[1002] Argentine, CSJN, *Méndez Valles c. Pescio*, 26 décembre 1995.

[1003] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

régissant le fond sont soumises à la règle “locus regit actum”, c’est-à-dire à la loi du lieu de conclusion de l’acte. »[1004]

Selon la Cour suprême argentine, cela est justifié, car la règle *locus regit actum* facilite aux parties un meilleur accomplissement de l’acte juridique. Selon la Cour, la réalisation de l’acte serait inutilement compliquée si la réglementation des solennités était soumise à une loi étrangère. À la lumière de l’analyse effectuée, le contrat de cession de créances conclu en Uruguay, dont l’objet et les effets sont localisés en Argentine, est régi par le droit argentin en ce qui concerne la détermination de la « qualité de la forme qu’elle doit revêtir », tel que décidé par la Cour d’appel dans le jugement contesté[1005].

Par la suite, la Haute Cour examina la loi régissant le fond du contrat faisant l’objet du litige. Elle se fonda sur l’article 37 du traité de 1940 pour appliquer la loi argentine du lieu d’exécution du contrat[1006]. Ainsi, la décision contestée fut maintenue, et la législation argentine s’appliqua non seulement au contenu, mais aussi à la forme du contrat de cession de créances issues d’un accord concernant un bien immobilier situé en Argentine. En accordant la primauté à la loi du lieu d’exécution du contrat en tant que loi unique applicable à celui-ci, la Cour chercha à renforcer la stabilité des relations internationales privées et à assurer la protection des droits des parties concernées.

§2 — Le Code Bustamante et la Convention de Mexico : diversité de critères de rattachements

175. Tant le Code Bustamante (A) que la Convention de Mexico (B) prévoient des critères de rattachement multiples pour régir la forme des contrats, bien que les critères retenus diffèrent entre ces deux textes.

A. Le Code Bustamante

176. Forme. Dans le Code Bustamante, la question des contrats internationaux est abordée dans le Titre IV du Livre I, intitulé *Les obligations et les contrats*. Les Chapitres I et II de ce Titre (arts. 164 à 186) contiennent des règles générales concernant les obligations en général et les contrats. Il est également pertinent de souligner l’article 244 du Code, qui énonce que les mêmes normes générales établies pour les contrats civils seront applicables aux contrats commerciaux[1007].

[1004] *Ibidem* (traduction libre de l’espagnol).

[1005] *Ibidem* (traduction libre de l’espagnol).

[1006] Les fondements et motifs de la Cour concernant la loi applicable au fond seront étudiés ci-après, dans la partie dédiée à ce sujet. V. *infra* n° 200.

[1007] « Art. 244 — S’appliqueront aux contrats commerciaux les règles générales établies pour les contrats civils au chapitre II, titre IV, livre I du présent Code ». Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223.

Quant à la forme des contrats, l'article 180 du Code Bustamante dispose que la nécessité de faire le contrat dans une forme publique ou par écrit, est déterminée à la fois par la loi applicable au fond du contrat *et* par la loi du lieu d'exécution. Cet article est ainsi rédigé : « La loi du lieu du contrat et celle de son exécution s'appliqueront simultanément à la nécessité de passer un acte public pour les effets des conventions déterminées à celle de les rédiger par écrit »[1008]. Un double élément de rattachement s'applique alors aux conditions de forme des contrats, ce qui peut poser des difficultés d'ordre pratique lorsque les deux lois donnent des solutions ou ont des exigences diverses.

177. Qualité de commerçant et actes de commerce. D'autre part, le Code pose une norme spéciale concernant la qualité de commerçant et des actes de commerce (Chapitre II du Code). Effectivement, l'article 240 du Code Bustamante dispose que « la forme des contrats et des actes de commerce est soumise à la loi territoriale »[1009], synonyme de loi d'ordre public international dans la qualification tripartite faite par le Code. Toutefois, à cet égard, Bustamante précisa lui-même que, dans ce contexte, la « loi territoriale » doit être entendue comme la loi du lieu où l'acte a été accompli, adoptant ainsi le principe *locus regit actum*[1010].

B. La Convention de Mexico

178. Forme. Pour ce qui touche à la forme, la Convention de Mexico adopte un rattachement de caractère multiple. À ce sujet, deux règles existent : une pour les contrats conclus par des personnes qui se trouvent dans le même État au moment de la conclusion du contrat ; et une autre pour ceux conclus par des personnes qui se trouvent dans des États différents à ce moment. Conformément à l'article 13 de la Convention :

> « Un contrat conclu entre des parties qui se trouvent dans le même État est valide quant à la forme, s'il répond aux exigences de la loi régissant le contrat en vertu de la présente Convention, ou à celles de la loi de l'État dans lequel le contrat est conclu ou de la loi du lieu de son exécution.
>
> Lorsque les personnes se trouvent dans des États différents au moment de la conclusion du contrat, celui-ci sera valide quant à la forme s'il respecte les conditions prévues par la loi qui régit, selon la présente Convention, le fond du contrat ou elles *(sic)* de la loi de l'un des états dans lequel le contrat est conclu au *(sic)* de la loi du lieu de son exécution. »[1011]

[1008] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit., p. 144-223.

[1009] *Ibidem.*

[1010] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 292.

[1011] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s. (original sans italiques).

Contrairement au Code Bustamante, les critères de rattachement ici ne sont pas cumulatifs, mais alternatifs. Par conséquent, en application de la Convention de Mexico, le contrat entre présents sera valable s'il respecte l'une des trois lois établies par la convention interaméricaine : la loi régissant le fond du contrat, la loi du lieu de sa conclusion ou la loi du lieu de son exécution. De même, en ce qui concerne les accords conclus entre personnes absentes, la validité du contrat sera favorisée en appréciant différentes lois de manière alternative : la loi applicable ou fond, les lois des États de conclusion (vu qu'il y en a plus d'un) ou encore la loi du lieu d'exécution.

Ce critère mixte est justifié, car la Convention envisage tous types de contrats, avec la possibilité que certains types de contrats requièrent des formalités spéciales conformément à la loi applicable[1012]. Ainsi, cette norme peut être interprétée comme une règle de conflit à coloration matérielle, permettant ainsi l'application de la règle reconnaissant la validité du contrat plutôt que celle prononçant sa nullité (principe du *favor negotii*)[1013].

179. Publicité. La publicité, à son tour, est régie par l'article 16, qui dispose : « La loi de l'État dans lequel doivent être inscrits ou publiés les contrats internationaux régit toutes les questions relatives à la publicité de ceux-ci »[1014]. Cet article applique ainsi, en matière de publicité, le principe traditionnel du *locus regit actum*.

L'Argentine et les États-Unis ont exprimé, dans une « annexe » au rapport, leur interprétation de l'article « en ce sens qu'il s'applique aux situations rencontrées dans certains contrats internationaux qui, en vertu des usages et coutumes du commerce international qui leur sont applicables, nécessitent une inscription pour leur donner publicité au niveau international »[1015]. Dès 1994, la nécessité de réglementer la question

[1012] V. L. Pereznieto Castro, « Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *Contratación Internacional*: *Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 212.

[1013] R.B. Santos Belandro, *Derecho Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 174. Sur les règles de conflit à coloration matérielle, v., en particulier, P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 57 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 228 ; et Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé », *op. cit.*, p. 240 et s.

[1014] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[1015] Dans un document interprétatif, l'Argentine et les États-Unis ont ajouté : « Ils reconnaissent également que la création de registres électroniques régionaux ou hémisphériques pour l'inscription des obligations contractuelles, tout comme des droits réels, est une réalité imminente pour les zones de libre-échange et les marchés communs. Beaucoup de ces registres naissent de formes de contractualisation caractéristiques du commerce international. Ces usages et coutumes se reflètent dans la loi de l'État ou des États dans lesquels ces registres sont établis. Ainsi, la loi de ces États redéfinit la signification de concepts, tels que l'écrit, la signature, l'authentification et l'inscription. Elle pourvoit également à des effets de publicité garantissant aux tiers un accès aisé à l'information du registre. Le texte de l'article 16 facilite la création imminente de ces registres sans nécessité d'adopter préalablement des traités ou conventions, indépendamment du fait qu'une adoption future soit conseillée ». Cf. G. Parra-Aranguren, « La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP-V, México, 1994 », *op. cit.*, p. 218, spéc. n° 100 (traduction libre de l'espagnol).

des registres internationaux était déjà reconnue ; préoccupation qui demeure très actuelle, comme en témoignent la Convention du Cap et ses protocoles[1016].

La Convention de Mexico et le Règlement Rome I adoptent des approches similaires pour renforcer la validité des accords. En comparant les dispositions de la Convention interaméricaine à l'article 11 du Règlement Rome I, l'on observe que la première va plus loin dans la reconnaissance de la validité des contrats. Pour les contrats conclus entre parties présentes, elle prend en compte non seulement la loi régissant le fond ou celle du lieu de conclusion (prévues par les deux instruments), mais aussi les exigences de la loi du lieu d'exécution des obligations contractuelles. Pour les contrats entre absents, la protection offerte par ces deux instruments est similaire. L'instrument interaméricain se réfère à la loi du lieu d'exécution, tandis que le règlement européen évoque la loi de la résidence habituelle des parties au moment de la conclusion de l'accord (en plus de la loi régissant le fond et les lieux de conclusion, prévus par les deux instruments).

Section 2 — Le droit applicable au fond des contrats

180. Pour faire face à la question de la loi applicable au fond des contrats, plusieurs approches ont été adoptées en droit comparé. En Europe, au cours du XX^{e} siècle, une première méthode consistait à se conformer à des critères préétablis et fixes. Par exemple, en Italie, en complément de quelques rattachements spéciaux, le recours à la loi nationale commune de la doctrine de Mancini a été maintenu pendant longtemps et, en l'absence de nationalité commune, le rattachement à la loi du lieu où le contrat a été conclu. Dans d'autres pays, une approche casuistique a été suivie. Bien que leurs solutions ne soient pas parfaitement équivalentes, la France, l'Angleterre et l'Allemagne ont adopté des approches similaires. La France s'est basée sur la théorie batiffolienne de la localisation objective, l'Angleterre a recherché la loi applicable la plus pertinente (la « *proper law* ») et l'Allemagne a identifié une volonté hypothétique des parties afin d'éviter le précepte de Savigny désignant la loi du pays où les obligations contractuelles sont exécutées[1017].

En Amérique latine, s'inspirant des doctrines européennes, les Traités de Montevideo de 1889 et 1940 et le Code Bustamante, ont retenu des critères de rattachement objectifs et préétablis fondés sur une présomption, bien que ces critères diffèrent selon l'instrument (§ 1). En revanche, s'inspirant de la Convention de Rome, la Convention de Mexico introduit pour la première fois en Amérique latine un système subsidiaire souple fondé sur la proximité pour déterminer la loi applicable en l'absence de choix des parties ; elle s'écarte toutefois de son modèle européen en refusant tout recours à des présomptions préétablies (§ 2).

[1016] UNIDROIT, *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*, 16 novembre 2001. Cette Convention et son Protocole aéronautique ont été ratifiés par de nombreux États latino-américains, à savoir l'Argentine, le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, Cuba, le Mexique, le Panama et le Paraguay, et compte à ce jour 86 États signataires, en plus de l'Union européenne, qui l'a ratifiée en 2009.

[1017] *Ibid,* p. 204.

§1 — L'adoption de critères rigides par les Traités de Montevideo et le Code Bustamante

181. En suivant une approche territorialiste, les premiers instruments de droit international privé en Amérique latine ont opté pour des critères de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux rigides et préétablis, bien que fondés sur des présomptions. Toutefois, ces premiers instruments n'ont pas adopté les mêmes éléments de rattachement. Ainsi, le continent s'est scindé en deux[1018] : d'un côté, le bloc des pays qui ont signé les Traités de Montevideo et qui ont adopté le principe général du rattachement au lieu d'exécution, complété par des présomptions (A) ; et de l'autre côté, le bloc des États parties au Code Bustamante qui, suivant le modèle italien mancinien, ont choisi comme principaux critères de rattachement, la nationalité commune des parties et, à défaut, le lieu de conclusion du contrat (B).

A. Les Traités de Montevideo

182. Comme cela a déjà été analysé[1019], ni le Traité de droit civil international de 1889, ni celui de 1940, n'ont accueilli le principe de l'autonomie de la volonté. L'acceptation implicite de ce principe a été très débattue, sans qu'un consensus doctrinal et jurisprudentiel se dégage à ce sujet. Si le Traité de 1889 est complètement silencieux à cet égard, celui de 1940 laisse à la *lex causae* la tâche de dire si le choix de la loi applicable effectué est ou non valable. En pratique, dans les États où le Traité de 1940 est en vigueur (l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay), le principe sera accepté si le droit international privé interne du pays dont la loi objectivement applicable accepte l'autonomie de la volonté. De plus, dans les États où le Traité de 1889 est toujours en vigueur (la Bolivie, le Pérou et la Colombie), l'acceptation de la loi choisie par les parties resterait à la discrétion du tribunal saisi. Ce dernier pourrait la refuser, s'il est partisan de la thèse d'interprétation logique et textuelle, ou bien lui donner effet, s'il retient une interprétation plus large de l'accueil tacite de la liberté de choix.

Dans les cas où les parties n'ont pas fait de choix, si le juge du for considère ce choix possible, ou encore, dans les cas où le juge du for interprète les Traités comme n'admettant pas le principe de l'autonomie de la volonté, la loi applicable sera désignée selon des critères objectifs préétablis par ces instruments. Tant le Traité de Montevideo de 1889 (1) que celui de 1940 (2) adoptent comme règle générale, pour la détermination de la loi applicable aux contrats, le rattachement du lieu d'exécution, complétée par des présomptions spécifiques à certaines catégories de contrats.

[1018] V. plan *supra* n° 60.

[1019] V. *supra* n° 98.

1. Traité de Montevideo de 1889

183. Comme pour l'autonomie de la volonté, pour bien comprendre les solutions proposées par le Traité de Montevideo de 1889 en ce qui concerne la loi désignée objectivement, il est crucial de saisir les controverses qui les entourent. Un aperçu des projets antérieurs et des débats lors de son approbation offre un contexte essentiel à sa formulation finale et à ses interprétations variées. Cette analyse des discussions précédentes et des enjeux actuels clarifie les décisions et compromis réalisés, ainsi que les arguments des diverses parties. Une compréhension approfondie du processus d'élaboration du traité est donc indispensable pour apprécier pleinement la solution adoptée sur ce sujet et son application. Ainsi, nous examinerons d'abord les débats des Congrès de Montevideo de 1889 qui montrent l'évolution doctrinale vers le rattachement au lieu d'exécution (a), puis nous évaluerons la solution adoptée par le Traité de cette même année (b).

(a) L'évolution doctrinale vers le rattachement au lieu d'exécution dans le Traité de Montevideo de 1889

184. Lors du Premier Congrès de Montevideo en 1889, deux projets s'opposaient concernant le rattachement applicable aux obligations contractuelles. Le projet de la minorité, défendu par Belisario Prats (Chili), privilégiait le principe *locus regit actum* (loi du lieu de conclusion). Le projet de la majorité, porté par Manuel Quintana (Argentine) et Santiago Vaca-Guzmán (Bolivie), consacrait quant à lui le lieu d'exécution comme rattachement principal. C'est ce dernier qui l'emporta finalement.

Cette victoire s'inscrit dans une évolution doctrinale majeure. L'avant-projet de Gonzalo Ramírez, inspiré de Savigny, avait déjà critiqué le rattachement au lieu de conclusion, le qualifiant de « fictif » et « irrationnel »[1020]. Pour Ramírez, le lieu d'exécution devrait être considéré comme une règle générale, plutôt que comme une exception[1021]. Ramírez proposait, en effet, d'ériger le lieu d'exécution en principe directeur, applicable à tous les aspects du contrat. Son article 7 prévoyait qu'en l'absence de déclaration expresse, on « présume » que les parties se soumettent à la loi du lieu d'exécution, couvrant tant le fond que la forme du contrat[1022].

[1020] Cf. G. Ramírez, *op. cit.*, p. 116 (traduction libre de l'espagnol).

[1021] Selon Ramírez, tout contrat possède systématiquement un lieu spécifique d'exécution, justifiant ainsi que le rattachement de la loi du lieu d'exécution devrait être considéré comme une règle générale. En plus de Savigny, Ramírez fait souvent référence aux travaux de Story, Foelix et Fiore, tout en apportant une « extension » au sens de ce rattachement tel que défini par ces auteurs, qui le considéraient plutôt comme un principe d'exception. Cf. G. Ramírez, *op. cit.*, p. 115 et s.

[1022] Pour justifier ce choix, Ramírez s'appuie sur le principe fondamental de souveraineté et soutient que l'État détient un intérêt légitime dans les actes qui ont un impact sur les biens et les personnes situés sur son territoire. Toutefois, selon lui, cet intérêt perd de sa pertinence lorsque les obligations contractuelles doivent produire leurs effets dans un autre territoire. Cf. G. Ramírez, *op. cit.*, p. 117-118.

Manuel Quintana radicalisa cette approche en adoptant une théorie néo-territorialiste fondée sur le principe de souveraineté. Quintana défendit également l'idée d'un rattachement unique et exclusif[1023]. Il dénonça avec véhémence le lieu de conclusion comme un attribut « accidentel et éphémère », une « création anonyme » générant « confusion, insécurité et anarchie »[1024]. À l'inverse, l'exécution appartenait selon lui à l'essence même de l'obligation : « ce qui est nécessaire et certain est précisément l'exécution de l'obligation et c'est sur elle que se concentre l'attention des parties ». Le lieu d'exécution devait donc constituer le « siège juridique » de l'obligation[1025]. Cette position s'inscrivait dans un mouvement doctrinal plus large, observable en Europe (Dumoulin, Huber, Savigny) et aux États-Unis (Story)[1026].

En fin de compte, le Traité de Montevideo de 1889 consacre une évolution doctrinale, transformant ce qui était traditionnellement une exception (le lieu d'exécution) en règle fondamentale et exclusive, au détriment du principe classique du lieu de conclusion[1027].

(b) La solution retenue par le Traité de Montevideo de 1889 : le principe lex loci executionis

185. L'élaboration des règles sur la détermination de la loi applicable aux contrats pendant les négociations du Traité de Montevideo de 1889 a été un processus complexe, marqué par des approches divergentes lors de la présentation des deux projets étudiés. Cela a abouti à un compromis reflété dans la formulation du Titre X du Traité de droit civil international de 1889, intitulé « Actes juridiques » (arts. 32 à 39), et plus particulièrement dans les articles 34 et suivants de cet instrument. Ces articles suivent l'approche du projet de la majorité (et dès lors de la doctrine de Quintana, à son tour, fondée sur la doctrine de Ramírez), et se composent de deux séquences dont l'articulation demeure problématique jusqu'à ce jour.

[1023] Selon lui, « tout acte est indivisible du point de vue de la loi qui doit le régir ; que sa forme soit inséparable de son fond ; et que, tant quant à l'un que quant à l'autre aspect, il soit exclusivement régi par une seule et même loi ». *Ibid*, p. 413 (traduction libre de l'espagnol).

[1024] Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, México, 1889, p. 414 (traduction libre de l'espagnol).

[1025] *Ibid*, p. 413 (Traduction libre de l'espagnol).

[1026] V. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002, p. 147-149.

[1027] L'article 30 du projet disposait que : « La loi du lieu où les contrats doivent être exécutés régit : (a) leurs formes et leurs solennités ; (b) leur existence et leur nature ; (c) leur validité et leur subsistance ; (d) leurs effets et leurs conséquences ; (e) Leur exécution et leur extinction ; (f) En bref, tout ce qui les concerne, à quelque titre que ce soit ». Les articles suivants précisaient les lieux d'exécution pour différents types de contrats, utilisant le verbe « devoir » pour renforcer le caractère impératif de ces règles. P. ex., selon ce projet, les contrats portant sur des choses précises et individualisées « doivent être exécutés » conformément à la loi du lieu où ils existaient au moment de leur conclusion (art. 32) ; et les contrats portant sur des choses déterminées par leur genre « doivent être exécutés » conformément à la loi du lieu de résidence du débiteur au moment de leur conclusion. Cf. Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, México, 1889, p. 120 et s. (traduction libre de l'espagnol).

Initialement, le Traité énonce un principe général fondé sur le lieu d'exécution du contrat (arts. 32 et 33), suivi de « présomptions légales », qui, par leur nature, s'apparentent davantage à de vraies règles de conflit de lois pour certains types spécifiques de contrats (arts. 34 à 37). Ce sont, à dire vrai, pour emprunter le terme du professeur Antoine Kassis, de véritables « règles-présomptions », une combinaison de règle et de présomption[1028].

186. Le lieu d'exécution comme rattachement unique à la forme et au fond. Dans le Traité de droit civil international de 1889, la règle principale concernant les contrats est établie par l'article 33, qui reprend les termes de l'article 30 du projet de la majorité. Cet article énonce la législation régissant les accords, en précisant son domaine d'application. Selon l'article 33, le rattachement du *lieu d'exécution* du contrat s'applique pour toutes les questions de fond du contrat, telles que l'existence, la nature, la validité, les effets, les conséquences, l'exécution des contrats et, en somme, tout ce qui concerne les contrats. L'article est ainsi rédigé :

> « La même loi *[loi du lieu d'exécution]* régit :
>
> a) leur existence ;
> b) leur nature ;
> c) leur validité ;
> d) leurs effets ;
> e) leurs conséquences ;
> f) leur exécution ;
> g) en résumé, tout ce qui concerne les contrats, sous quelque aspect que ce soit. »[1029]

187. « Présomptions légales » du lieu d'exécution. L'article 34 du Traité de Montevideo de 1889 indique que, « en conséquence » (de l'article 33 précédent, qui utilise le lieu d'exécution du contrat comme critère général de rattachement pour les questions de fond), certains types de contrats seront soumis à des critères de rattachement spécifiques. Cela signifie que l'article 34 instaure un véritable système de « présomptions », ou de « règles-présomptions » visant à déterminer le lieu d'exécution typique du contrat. Mais, en réalité, dans une rédaction ambiguë, cet article énonce directement les critères à prendre en compte pour déterminer la loi applicable à certains types spécifiques de contrats, à savoir : les contrats portant « sur des choses certaines et individualisées », ceux portant « sur des choses déterminées en nature », ceux portant « sur des choses fongibles », et les contrats de « fourniture de services ».

L'analyse des solutions adoptées par ces dispositions révèle une préférence pour le *domicile du débiteur*. En effet, la loi de l'État où le débiteur a son domicile s'applique à la

[1028] A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, p. 289, n° 256. L'auteur utilise cette expression lorsqu'il commente les règles de désignation de la loi applicable en l'absence de choix de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

[1029] Traduction libre de l'espagnol.

plupart des contrats énumérés à l'article 34, notamment ceux portant sur des choses déterminées en nature ou les choses fongibles, ainsi que ceux portant sur une fourniture de services en général. Pour les autres cas mentionnés dans l'article, à savoir les contrats portant sur des choses certaines et individualisées, ainsi que les contrats de fourniture de services qui ont trait à des choses, la loi du lieu où ces biens sont localisés s'appliquera. En outre, le lieu de l'exécution, ou, plus précisément, celui où les « effets » se produisent est priorisé pour les contrats de prestation de services dont l'efficacité « a trait à un endroit déterminé ».

L'article 34 énonce ce qui suit :

> « En conséquence, les contrats qui portent sur des choses certaines et individualisées, sont régis par la loi du lieu où elles se trouvent lors de leur conclusion.
>
> Ceux qui portent sur des choses déterminées en nature, sont régis par la loi du lieu du domicile du débiteur à l'époque où ils sont passés.
>
> Ceux qui portent sur des choses fongibles, par la loi du lieu du domicile du débiteur à l'époque où ils sont passés.
>
> Ceux qui portent sur une fourniture de services :
>
> a) s'ils ont trait à des choses, par la loi du lieu où celles-ci se trouvaient lors de la conclusion du contrat ;
> b) si leur efficacité a trait à un endroit déterminé, par la loi du lieu où ils doivent produire effet ;
> c) en dehors de ces cas, par le lieu du domicile du débiteur à l'époque de la conclusion du contrat. »[1030]

Comme l'explique la professeure Fresnedo de Aguirre, l'article 34 établit des « fictions juridiques » qui permettent d'attribuer à tout contrat un lieu d'exécution unique sur le plan juridique. Cette approche s'inscrit ainsi, d'après l'auteure uruguayenne, dans « la nature savignienne des règles du Traité », qui entendait localiser les relations juridiques sur le territoire d'un seul État en identifiant le siège du rapport de droit[1031]. Toutefois, comme on peut l'observer, le Traité s'écarte de la conception savignienne en retenant, pour certaines catégories contractuelles, une localisation distincte du lieu d'exécution réel (par exemple, le domicile du débiteur pour les ventes de choses fongibles).

L'article 34 procède en fait à une « classification » ou « catégorisation » des contrats selon leur objet : d'une part, les contrats portant sur des choses et, d'autre part, ceux ayant pour objet une prestation de services. Pour chaque catégorie, il détermine de façon abstraite et

[1030] Traduction libre de l'espagnol.

[1031] V. C. Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado*, t. III, 1re éd., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2022, p. 290 (traduction libre de l'espagnol).

ab initio la loi applicable, sans égard aux circonstances concrètes ni à l'exécution effective du contrat. L'objectif était vraisemblablement d'éviter les difficultés liées à la pluralité des lieux d'exécution : grâce aux fictions prévues par la règle, il devient possible d'identifier un lieu d'exécution unique et, par conséquent, une loi unique régissant le contrat. Le professeur Alfonsín l'a d'ailleurs justement souligné :

> « […] le système de la *lex loci solutionis* ne peut pas s'appliquer automatiquement à tous les contrats ; pour connaître le lieu de l'exécution, il est nécessaire, en effet, de pénétrer la *nature juridique* de chaque type de contrats afin de discerner l'*obligation typique* de chacun d'eux.
>
> Ce travail ne peut pas, par ailleurs, être accompli librement, mais seulement à l'aide d'une liste de présomptions qui nous indique de façon impérative le lieu d'exécution de chaque type de contrats. Il va de soi que cette liste, associée au principe général, est celle qui, en définitive, "localise" chaque contrat et qui, en définitive, désigne la loi applicable dans chaque cas. »[1032]

Nous reviendrons sur le caractère obligatoire ou non de ces présomptions[1033]. À ce stade, il convient simplement de souligner que le Traité de Montevideo adoptait, dès 1889, une approche comparable à celle de la Convention de Rome. Dans un souci de prévisibilité et de sécurité juridique, le Traité désignait, pour différents types de contrats, la loi qui leur était applicable. De manière particulièrement novatrice pour l'époque, il recourait très fréquemment au critère du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, concept qui devait par la suite se développer et s'ancrer dans le système européen, par l'influence notamment de la doctrine suisse[1034]. La moitié des rattachements prévus par le Traité repose d'ailleurs sur ce critère. Toutefois, comme le reconnaît le professeur Alfonsín, « il est évident que, dans ces exemples, la *lex domicilii debitoris*, même lorsqu'elle est appliquée en tant que *lex loci solutionis*, n'est pas la loi du lieu où l'obligation typique est effectivement exécutée »[1035]. Cela ne l'empêche pas de conclure que, « Quoi qu'il en soit, les inconvénients sont de faible importance si on les compare à l'utilité satisfaisante du Traité, qui, pendant soixante ans, a rempli sans heurts sa fonction normative »[1036].

Ainsi, un contrat de vente internationale portant sur des oranges, des automobiles de série, des matériaux électriques (choses déterminées en nature ou fongibles) sera, selon les présomptions du Traité, régi par la loi du domicile du débiteur, c'est-à-dire celui qui doit livrer la chose. En revanche, pour les prestations de services, le Traité retient d'autres

---

[1032] Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, p. 85 (traduction libre de l'espagnol).

[1033] V. *infra* n° 189.

[1034] V. *infra* n° 192 et 561.

[1035] Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, p. 106 (traduction libre de l'espagnol). L'auteur mentionne une citation de Batiffol, dans le Bulletin de la Société de législation comparée, 1948, p. 863, selon laquelle : « "Je crois que cette position (du Traité de Montevideo), rarement consacrée avec une telle netteté, correspond à ce que l'observation des faits montre comme souhaitable si l'on veut appliquer aux contrats la loi du lieu avec lequel les intérêts des parties entretiennent les liens les plus substantiels." » (*Ibid*, note de bas de page n° 36).

[1036] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

solutions, le critère du domicile du débiteur n'intervenant qu'à titre subsidiaire. Ainsi, un contrat de remise en état d'un immeuble (qui a trait à des choses, alinéa « a ») sera régi par la loi du lieu de situation de celui-ci ; un contrat de transport de marchandises (fourniture de services liée à un endroit déterminé, alinéa « b ») sera soumis à la loi du lieu de livraison (lieu où les services doivent produire effet) ; enfin, un contrat de tournée artistique devant être exécuté dans plusieurs États (en dehors de ces cas, par exemple, alinéa « c ») sera soumis à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, soit l'artiste, au moment de la conclusion du contrat[1037].

188. Règles spéciales. Par la suite, sans reprendre l'expression « en conséquence », l'article 35 pose une règle spéciale pour les contrats d'échange de biens situés dans des lieux différents et « soumis à des lois divergentes ». Ce contrat sera régi par la loi du domicile commun des parties, et subsidiairement, par la loi du lieu de conclusion du contrat, comme dispose l'article 35 :

> « Le contrat d'échange de biens situés dans des lieux différents, soumis à des lois divergentes, est régi par la loi du domicile des contractants s'il était commun au moment de la conclusion de l'échange et par la loi du lieu où l'échange a été conclu si le domicile était différent. »[1038]

De même, l'article 36 énonce une norme spécifique concernant les contrats accessoires, lesquels sont régis par la loi applicable à l'obligation principale dont ils sont l'accessoire (« à laquelle ils se réfèrent »)[1039]. Enfin, l'article 37 dispose que la « perfection » des contrats conclus entre absents, c'est-à-dire ceux conclus par correspondance ou par l'intermédiaire d'un mandataire, est régie par le « lieu d'où émane l'offre » (art. 37)[1040].

S'agissant de la « perfection » des contrats conclus à distance, une partie de la doctrine uruguayenne considère que les dispositions du Code civil, bien qu'adoptées avant l'avènement des technologies numériques, demeurent applicables aux contrats internationaux conclus par voie électronique. Selon cette approche, le texte original de 1889, ainsi que sa version révisée de 1940, peuvent être interprétés de manière « évolutive » afin de répondre aux défis posés par les communications électroniques. Dans cette perspective, il a été proposé de s'appuyer sur la Loi type de la CNUDCI sur le

---

[1037] Les exemples sont ceux donnés par la professeure C. Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado*, t. III, *op. cit.*, p. 292.

[1038] Traduction libre de l'espagnol.

[1039] Traduction libre de l'espagnol.

[1040] Traduction libre de l'espagnol. Il convient de noter que la doctrine uruguayenne comprend que la « perfection » se réfère exclusivement au consentement et à sa validité (p. ex., le moment où le consentement est considéré comme donné et si cette manifestation de volonté nécessite ou non une réception, ainsi que le moment où un éventuel retrait de la volonté contractuelle pourrait se produire, entre autres aspects). En ce sens, v. C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2021, p. 191-192.

commerce électronique (1996), notamment son article 3, pour interpréter de ces règles « anciennes ou insuffisantes » des traités de Montevideo[1041].

189. Controverses sur la notion de « présomption » : nature « réfragable »[1042]. À l'instar de l'article 4, § 2, de la Convention de Rome, les « présomptions légales » établies par l'article 34 du Traité de droit civil international de 1889 ont engendré des débats passionnés dans la région. Alors qu'une partie de la doctrine considère ces « présomptions » comme de simples « indications » pouvant être écartées par la volonté contraire des parties, une autre partie soutient, au contraire, leur caractère « impératif », les imposant obligatoirement aux parties sans leur laisser aucune marge de discrétion[1043].

D'un côté, il a été considéré que les indications de la loi applicable à certains types de contrats ne constituaient que des présomptions réfragables, c'est-à-dire qui ne jouent pas lorsqu'est rapportée la preuve contraire à ce qu'elles édictent. C'est bien en ce sens que certains auteurs ont lu l'article 34 du Traité de Montevideo de 1889, comme les professeures María Mercedes Albornoz et Nadia de Araujo. Selon la première, les indications relatives à la loi applicable de l'article 34 fonctionnent comme « des présomptions *juris tantum*, sauf preuve contraire de la volonté des parties »[1044], ce qui veut dire que les « parties peuvent désigner le lieu d'exécution qu'elles préfèrent pour leur contrat »[1045]. En d'autres termes, selon la professeure Albornoz, il s'agit de présomptions énoncées dans le traité lui-même, mais qui peuvent être remises en question par la volonté des parties. Par conséquent, celles-ci sont libres de s'affranchir de ces présomptions et de désigner un lieu d'exécution différent.

C'est également l'avis de la professeure Nadia de Araujo, qui affirme que « le Traité ne reconnaît pas l'autonomie de la volonté parmi ses règles, mais seulement la liberté des parties de choisir le lieu d'exécution, garantissant ainsi indirectement l'application de la loi souhaitée »[1046]. Cette opinion semble également avoir été celle de Quintana lors de

---

[1041] Cela est l'avis de la professeure C. Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado*, t. III, *op. cit.*, p. 294, s'appuyant sur la l'avis du professeur G. Lorenzo Idiarte, *Derecho Internacional Privado Uruguayo Codificado*, Civil-Comercial-Procesal, 4e éd., Montevideo, FCU, 2020, p. 351. Selon l'article 3 cité : « 1. Pour l'interprétation de la présente loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi. 2. Les questions concernant les matières régies par la présente loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire. »

[1042] Il convient de noter que les présomptions légales sont qualifiées de « simples », *juris tantum*, ou « réfragables » lorsqu'elles peuvent être combattues par la preuve contraire, c'est-à-dire une preuve qui contredit la présomption et donc aura l'effet inverse à la présomption (celui de tenir pour établi un certain fait). Elles diffèrent ainsi des présomptions dites « irréfragables » ou « absolues », appelées également *juris et de jure*, qui ne peuvent pas être renversées.

[1043] Pour les discussions sur les présomptions de l'article 4, § 2 de la Convention de Rome, v. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, p. 331-333. Selon l'auteure, malgré les opinions contraires, la notion de présomption du paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention de Rome est ambiguë et se réfère à une véritable règle de conflit de lois et non à une présomption au sens probatoire du terme.

[1044] M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 261.

[1045] *Ibidem.*

[1046] N. de Araujo, *Contratos Internacionais*, *op. cit.*, p. 164 (traduction libre du portugais).

l'élaboration du projet de la majorité (approuvé, avec quelques modifications, comme texte final) ; ainsi, lorsqu'il affirmait que le système du Traité serait complété par la désignation du lieu où les conventions doivent être exécutées, « à condition que les parties n'aient pas elles-mêmes désigné ce lieu, dans les limites permises par leur autonomie »[1047]. Ainsi, selon cette partie de la doctrine, les parties seraient finalement autorisées à choisir indirectement la loi applicable en fonction de leur choix du lieu d'exécution du contrat.

190. Nature « absolue » des présomptions[1048]. Toutefois, l'idée d'un choix indirect au moyen de l'indication du lieu d'exécution dans le système de Montevideo n'a pas suscité un consensus unanime. La doctrine uruguayenne, notamment avec Quintín Alfonsín au XX^{e} siècle et, aujourd'hui, avec le professeur Ruben Santos Belandro, plus conservatrice, était diamétralement opposée à cette interprétation libérale. Selon Alfonsín, les parties peuvent indiquer un lieu d'exécution dans leurs contrats, mais ce lieu conventionnel d'exécution ne peut pas être pris en compte pour déterminer quelle loi doit régir le contrat, car « soumettre le contrat à la loi du lieu choisi par les parties revient à leur permettre indirectement de choisir la loi qui leur convient »[1049]. Et il ajoutait : « si l'on nie l'autonomie des parties, il faut également nier qu'elles puissent choisir un lieu d'exécution par lequel le contrat sera régi »[1050]. En faisant référence à l'article 34 du Traité de 1889, le professeur Belandro expliquait que les présomptions du Traité constituent une véritable « substitution » à la volonté des parties. Ces présomptions, d'après l'auteur, revêtent un caractère « irréfragable » et « absolu », ou *juris et de jure*[1051]. En d'autres termes, elles ne souffrent aucune preuve contraire. Par conséquent, le choix du lieu d'exécution et, à travers lui, de la loi applicable doit nécessairement être déterminé en fonction des « présomptions » préétablies énoncées dans le Traité. Comme l'explique le professeur uruguayen :

> « Il a été estimé que cette tâche ne pouvait être accomplie librement, mais que — en excluant l'exercice de l'autonomie de la volonté des individus — elle devait être appuyée sur une liste de présomptions dont la tâche serait d'indiquer le lieu d'exécution de chaque type de contrat de manière obligatoire. C'est cette liste, associée au principe général, qui, en définitive, "localise" chaque contrat et désigne la loi applicable dans chaque cas. »[1052]

Cela est également l'avis de la professeure Cecilia Fresnedo de Aguirre, qui affirme que l'article 34 cité établit des « fictions ou présomptions juridiques » qui définissent *ab initio* la « loi unique et adéquate pour régir le contrat », en tenant compte fondamentalement de sa « nature juridique intrinsèque ». Selon l'auteure, ce lieu est déterminé au moment de la

---

[1047] Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, México, 1889, p. 412 (traduction libre de l'espagnol).

[1048] V. définition *supra*, note de bas de page n° 1041.

[1049] Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos, op. cit*., p. 82.

[1050] *Ibidem.*

[1051] R.B. Santos Belandro*, Derecho Comercial Internacional*, *op. cit.,* p. 61 (traduction libre de l'espagnol).

[1052] *Ibid*, p. 60-61 (traduction libre de l'espagnol).

conclusion du contrat, voire avant cela (de manière abstraite et *a priori*), et ne peut ensuite être modifié[1053].

À dire vrai, selon l'interprétation de la doctrine uruguayenne, les présomptions du Traité de Montevideo de 1889 se transforment en véritables règles de conflit de lois, prédéterminées et obligatoires pour les parties, en écartant totalement le rôle de la volonté des parties, des « règles-présomptions ». Le système est donc, dans son essence, rigide : il se caractérise, comme l'ont soulevé les professeurs Ronald Herbert et Cecilia Fresnedo de Aguirre, par une « interprétation mécanique », laissant peu de marge à l'appréciation judiciaire[1054].

191. Analogie avec la Convention de Rome. La discussion sur le caractère impératif des présomptions légales établies par le Traité de Montevideo peut être comparée aux controverses qui ont eu lieu au sein de la Communauté économique européenne lors de l'interprétation et de l'application de la Convention de Rome, plus précisément des dispositions de son article 4.2[1055]. Pour mémoire, l'article 4 cité comporte trois normes principales, dont l'articulation demeure incertaine jusqu'au Règlement Rome I. Il énonce un principe général de proximité, attribuant compétence à la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (art. 4.1). Par la suite, il ajoute une présomption générale désignant la loi du pays de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat (art. 4.2), ainsi que des présomptions spécifiques à certaines catégories de contrats (art. 4.3 et 4.4). Enfin, il permet aux juges d'écarter les présomptions lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays (art. 4.5).

Différentes interprétations de l'article 4 de la Convention de Rome ont émergé parmi les juridictions nationales européennes, reflétant un débat entre la souplesse et la prévisibilité dans la détermination de la loi applicable. Comme le soulignent les professeurs Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier et Malik Laazouzi, les partisans d'une libre recherche judiciaire de la *lex contractus* ont alors été tentés de conférer aux présomptions un « rôle anecdotique », « d'en faire un passage obligé pour le juge, mais sans lui reconnaître de force décisive »[1056]. En revanche, ceux qui privilégiaient la prévisibilité ont réduit l'importance du principe de proximité. Dans cette perspective, les présomptions jouaient

[1053] V. C. Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado*o, *op. cit.*, p. 290-291 (traduction libre de l'espagnol).

[1054] Cette rigidité ne fait toutefois pas obstacle à certaines évolutions jurisprudentielles, rendues nécessaires par les développements modernes du droit international privé, notamment sous l'influence croissante des droits fondamentaux et des exigences d'adaptation aux nouvelles réalités sociales et technologiques. Cf. C. Fresnedo de Aguirre, R. Herbert, « Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano », *op. cit.*, p. 70.

[1055] Le paragraphe controversé est ainsi rédigé : « Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale ».

[1056] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 205-206.

un rôle prépondérant et ne pouvaient être remises en question que dans des circonstances exceptionnelles[1057].

D'ailleurs, la contradiction doctrinale a également émergé devant les juridictions nationales européennes. Par exemple, aux Pays-Bas, la loi désignée par un rattachement présomptif n'était rejetée que si ce rattachement était dépourvu de valeur dans le cas spécifique[1058]. En Angleterre, du moins dans un premier temps, la présomption liée à la résidence habituelle de la partie débitrice de la prestation caractéristique était considérée comme « très faible »[1059], tandis qu'en France, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a tenté de trouver une position intermédiaire en exigeant des juges du fond qu'ils justifient pourquoi les rattachements présomptifs étaient écartés[1060].

192. La doctrine de la prestation caractéristique « en germe ». Il a, en outre, été soutenu que les présomptions de l'article 34 du Traité de Montevideo de 1889 étaient un précurseur de la doctrine de la « prestation caractéristique », qui serait apparue quelques années plus tard[1061]. C'était en Suisse, dans les années 1940, qu'avait pris forme l'idée de soumettre les contrats internationaux à une loi déterminée en fonction de la « prestation caractéristique » du contrat. À cette époque, les normes de droit international privé conduisaient généralement à faire une distinction entre différents aspects du contrat et à soumettre chacun de ces aspects à une loi distincte. En effet, la jurisprudence suisse a d'abord opéré une division entre les différentes lois régissant les divers effets du contrat, selon le principe dit de la « petite coupure » (*kleine Spaltung*). Par la suite, elle a adopté une distinction plus marquée, dite de la « grande coupure » (*große Spaltung*), qui différencie la « conclusion » du contrat, soumise à la loi du lieu de sa conclusion, et les « effets » du contrat, lesquels restent, quant à eux, gouvernés par la volonté des parties, même présumée et localisée dans les différents lieux d'exécution des obligations des parties[1062]. Cette approche a perduré jusqu'à l'arrêt *Chevalley* du Tribunal fédéral du 12 février 1952, qui a consacré la prise en compte de la notion de prestation caractéristique en faveur de l'unité du contrat[1063].

[1057] *Ibidem.*

[1058] Pays-Bas, Cour suprême, 25 septembre 1992, *Société Nouvelle des Papeteries de l'Aa* c. *Machinefa-briek*, 1992, cité par M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 205-206.

[1059] V. les arrêts cités par M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 205-206.

[1060] Com. 19 déc. 2006, n° 05-19.723, Bull. civ.IV, n° 701, D. 2007. 1755, obs. P. Courbe ; RDC 2007. 467, obs. P. Deumier ; LPA 2007, n° 151, p. 27, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2007. 592 (1re esp.), note préc. P. Lagarde ; RTD com. 2007. 628, obs. Ph. Delebecque, cités par M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 205-206.

[1061] Sur la doctrine de la prestation caractéristique, notamment en droit suisse, v. A.F. Schnitzer, « Les contrats en droit international privé suisse », *RCADI*, vol. 123, 1968, p. 562 ; sur le rôle de cette notion au sein de la Convention de Rome et son rayonnement en dehors de celle-ci, v. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit*.

[1062] V. A.F. Schnitzer, « Les contrats en droit international privé suisse », *op. cit.*, p. 553-557.

[1063] Suisse, Tribunal fédéral, *Chevalley*, 12 février 1952 ; v. à ce sujet, M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 35 et 243 ; v. aussi A. Schnitzer, « Les contrats en droit international privé suisse », *op. cit.*, p. 571-577.

La multiplicité de lois applicables au contrat avait suscité des critiques de la doctrine, qui estimait qu'il fallait soumettre à une loi unique l'ensemble des questions relatives au fond du contrat. En Suisse, le professeur Adolf F. Schnitzer est le premier auteur à avoir systématisé un fondement théorique à l'application d'une loi unique régissant le contrat au moyen de la notion de « prestation caractéristique »[1064]. L'auteur suisse a inspiré plusieurs législations et conventions, notamment la Convention de Rome de 1980, qui adopte effectivement la notion de prestation caractéristique dans la détermination de la loi applicable en l'absence de choix. Selon le professeur Schnitzer, quand il s'agit de contrats bilatéraux par lesquels les deux contractants se chargent de prestations mutuelles, il est nécessaire de constater quelle est la « prestation caractéristique »[1065]. Il abandonne les rattachements fixes du lieu de la conclusion ou de l'exécution du contrat, et également le rattachement à une volonté présumée des parties qui, pour lui n'existe pas. Il remplace alors ces rattachements « qui n'ont rien à faire avec la nature de l'obligation » par la recherche de « la prestation qui caractérise le contrat »[1066]. Ainsi, « le rattachement du rapport ne dépend plus d'éléments extérieurs à la vraie nature de l'obligation et se base sur l'élément qui caractérise chaque catégorie de contrats »[1067].

Cette perspective est soutenue par la thèse de la professeure Marie-Élodie Ancel, qui explore en profondeur l'évolution de cette doctrine[1068]. Elle propose que le lieu d'exécution d'un contrat soit déterminé en fonction de la « prestation réelle » qui le caractérise, c'est-à-dire « celle qui est apte à donner leur mesure et leur sens aux autres prestations impliquées par le type de contrat considéré »[1069]. En d'autres termes, cette localisation de la prestation caractéristique procède d'une interprétation *objective* fondée sur la nature même du contrat, indépendamment de toute considération relative à une éventuelle rencontre des volontés des parties[1070].

Dans le contexte latino-américain, des similitudes peuvent être relevées la doctrine de la prestation caractéristique, la doctrine antérieure de Ramírez et les discussions préliminaires du Traité de Montevideo de 1889. Le professeur uruguayen Quintín Alfonsín écrivait en 1950 que « Tout contrat doit avoir juridiquement un seul lieu d'exécution »[1071]. De ce fait, lorsque le contrat est synallagmatique et que les obligations des deux parties

---

[1064] V., en particulier, les œuvres du professeur A.F. Schnitzer : *Handbuch des Internationalen Handels-, Wechsel- und Checkrechts,* 1938 ; « La loi applicable au contrat », *Rev. crit. DIP*, 1955 ; et « Les contrats en droit international privé suisse », *RCADI*, vol. 123, 1968 ; v. aussi, à propos de la doctrine de Schnitzer, M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat, op. cit.,* n° 212 et s. L'auteure rappelle, néanmoins, que d'autres auteurs avaient déjà utilisés des notions telles que « l'obligation essentielle », « principale » ou « fondamentale » (*Ibid*, n° 150-151).

[1065] V. A.F. Schnitzer, « Les contrats en droit international privé suisse », *op. cit.*, p. 562.

[1066] *Ibidem.*

[1067] *Ibidem.*

[1068] M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat, op. cit.,* p. 145 et s.

[1069] *Ibid*, n° 271.

[1070] Nous allons approfondir la doctrine de la prestation caractéristique lors de la proposition des normes harmonisées pour le système latino-américain. V. *infra* n° 561.

[1071] Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, p. 79 (traduction libre de l'espagnol).

doivent être exécutées dans des États distincts, on considère « comme lieu unique d'exécution du contrat » celui où doit être exécutée son « obligation typique ». Pour le professeur Alfonsín, cette obligation est « l'obligation caractéristique », celle qui confère au contrat sa « physionomie juridique ». Ainsi, il explique que, « dans le contrat de vente, il suffit de comparer le paiement du prix avec la livraison du bien pour comprendre que cette dernière est l'obligation typique autour de laquelle s'articule l'opération »[1072].

En s'appuyant sur le raisonnement du professeur Alfonsín[1073], le professeur Belandro suggère que les participants au Congrès de 1889 ont considéré que chaque contrat devrait avoir, « juridiquement », un seul lieu d'exécution ; et que ce lieu d'exécution devrait être désigné par le droit objectif et non par la volonté des parties. Ainsi, pour les contrats synallagmatiques avec des obligations multiples, le lieu d'exécution « juridiquement » situé doit être le lieu de l'obligation « typique » ou caractéristique du contrat, désignée suivant les règles objectives du Traité[1074]. Ainsi, les auteurs uruguayens affirment que, bien qu'implicitement, Ramírez et l'article 34 du Traité de Montevideo de 1889 ont, d'une certaine manière, préfiguré la théorie de la prestation caractéristique, plusieurs années avant Schnitzer.

Cette thèse est également appuyée par la professeure argentine María Blanca Noodt Taquela, qui affirme que les règles du projet de Gonzalo Ramírez et celles du Traité de droit civil international de 1889 permettent de régler les litiges liés aux contrats internationaux de manière similaire à la théorie de la prestation caractéristique. Elle souligne que Ramírez avait conçu une plus grande spécialisation par types de contrats, mais que le Traité de 1889 recherchait la loi applicable aux contrats par une ample abstraction, presque sans mentionner certains types de contrats, mais en traçant la ligne de démarcation principale entre les contrats portant sur des choses et ceux portant sur des services[1075].

193. Une véritable règle de conflit. Toutefois, il faut observer que le texte même du Traité n'est pas clair quant au choix du lieu de l'obligation caractéristique en cas d'obligations multiples. À dire vrai, la rédaction de l'article 34 présente une ambiguïté, notamment dans son utilisation de l'expression « en conséquence ». Quelle est la véritable

---

[1072] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1073] Plus tard dans son œuvre, Alfonsín explique que, selon le raisonnement de Ramírez, le contrat doit toujours être régi par une seule loi. Il explique que, dans les cas de contrats ayant plusieurs obligations, « le contrat ne peut pas être régi par les deux lois correspondant aux deux lieux d'exécution des obligations ; il est donc nécessaire, pour éviter toute division, que le contrat n'ait qu'un seul lieu d'exécution ; mais pour cela il faut opter pour le lieu d'exécution d'une des obligations découlant du contrat, et, dans cette alternative, on opte pour le lieu d'exécution de l'obligation typique, puisque l'État où cette obligation est exécutée est celui qui est le plus concerné par le contrat ». Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, p. 80.

[1074] Cf. R.B. Santos Belandro, *Derecho Comercial Internacional, op. cit.,* p. 61-62.

[1075] M.B. Noodt Taquela, « La prestación característica vislumbrada como criterio para regir los contratos internacionales en el Tratado de Montevideo de 1889 » *Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889, 1re éd., 2019, p. 185.

fonction de cette expression ? Il nous semble que la disposition relève davantage d'une règle de conflit de lois que d'une simple présomption de l'endroit où se trouve le lieu d'exécution.

Or, si l'on remonte aux origines du texte, l'avant-projet de Ramírez proposait qu'en l'absence d'une déclaration expresse, il soit « présumé » que les parties se soumettent à la loi du lieu d'exécution. Ce principe était accompagné d'une norme complémentaire qui adoptait une rédaction similaire au texte de l'article 34 : « ainsi » certains types de contrat (tels que la donation, la vente, le bail, etc.) « sont régis » par la loi du pays où se trouvent les biens spécifiques et individualisés auxquels ces contrats se rapportent[1076]. Ce texte a été repris par le projet de la majorité, avec quelques modifications. Le mot « ainsi » a été supprimé, et le texte a opté pour la désignation de lieux d'exécution précis pour certains contrats. C'est ainsi que les contrats portant sur des biens précis et individualisés « doivent être exécutés » conformément à la loi du lieu où ils existaient au moment de leur conclusion[1077].

En se référant à l'exemple européen et en examinant la présomption prévue à l'article 4.2, de la Convention de Rome, comme l'explique la professeure Marie-Élodie Ancel, « dans son sens technique originel, la présomption renvoie au registre probatoire et, précisément, à la technique consistant à induire un fait inconnu d'un fait connu, en se fondant sur un rapport de vraisemblance »[1078]. La professeure Ancel explique que si une règle de preuve est nécessaire, c'est parce qu'un problème de preuve se pose, c'est-à-dire que les faits à prouver peuvent laisser place au doute et ne se présentent pas de manière évidente. Dans le contexte de la loi applicable au contrat, cela implique que la présomption ne devrait jouer un rôle que lorsque les magistrats ont des doutes quant au droit auquel le contrat litigieux doit être soumis[1079]. Dans ses conclusions, elle affirme qu'au sein du système de la Convention de Rome, il n'existe pas de présomption au sens probatoire traditionnel, mais plutôt une véritable règle de conflit de lois[1080].

Cette interprétation peut être transposée au contexte de Montevideo. En effet, malgré l'opinion contraire exprimée par Quintana pendant le Congrès, lors de la prise de décision et de l'approbation finale du Traité de 1889, les délégués n'ont pas, délibérément, accordé aux parties une liberté indirecte de désigner la loi applicable en fonction du choix du lieu d'exécution. Si tel avait été leur raisonnement, l'article 34 aurait été rédigé de manière plus explicite, conformément aux modèles de projets présentés antérieurement. Cette conclusion est également confirmée par la décision prise par les délégués de ne pas inclure la notion d'autonomie de la volonté dans l'article 34 (référence à « déclaration expresse »

[1076] G. Ramírez, *op. cit.*, p. 26-28 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1077] *Ibid*, p. 115 et s.

[1078] M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat, op. cit.,* p. 331.

[1079] *Ibid*, p. 331-332.

[1080] *Ibid*, p. 332.

de l'avant-projet de Ramirez)[1081], mais plutôt d'utiliser l'expression impérative « sont régis ».

En outre, une interprétation littérale et combinée des articles 32 à 34 conduit à la conclusion que les contrats sont soumis à des critères objectivement établis par ces mêmes articles, ou selon une interprétation plus large, à des « présomptions légales » établies pour déterminer le lieu d'exécution et, par conséquent, la loi applicable. Par exemple, la disposition mentionnée à l'alinéa 2 de l'article 34, interprétée conjointement avec les articles 32 et 33, conduit à la règle de conflit de lois suivante : « En conséquence de la loi du lieu d'exécution régissant le contrat, les contrats portant sur des biens précis et individualisés sont régis par la loi du lieu où ils existaient au moment de leur conclusion ». La seconde partie de cette phrase ne semble pas être une véritable conséquence de la première (et n'a pas beaucoup de sens), c'est-à-dire que l'application de la loi du lieu où les biens se trouvent ne semble pas découler *directement* de l'application de la loi du lieu d'exécution. En réalité, cela revient à faire un choix explicite d'une règle de conflit de lois spécifique, en l'occurrence l'application de la *lex rei sitae*. Cependant, si l'on adopte une interprétation plus large et que l'on cherche absolument à y trouver une « trace de présomption » (pour reprendre les termes de la professeure Marie-Élodie Ancel)[1082], il semble que les rédacteurs du Traité de Montevideo de 1889 aient souhaité favoriser la sécurité juridique en « présumant » que certains contrats ont le plus souvent (ou doivent avoir) certains lieux spécifiques d'exécution. En fin de compte, cette approche favorise généralement le domicile du débiteur.

À notre sens, une telle interprétation se justifierait car elle met en évidence la volonté des congressistes de garantir une certaine uniformité et cohérence dans la détermination du lieu d'exécution des contrats. Cette approche repose sur l'objectif d'éviter l'incertitude et la possibilité de manipulations dans le choix du lieu d'exécution, et vise ainsi à assurer la sécurité juridique et la prévisibilité des relations contractuelles, principes favorisés lors de l'approbation du Traité de 1889.

194. L'application des « présomptions légales » par les juridictions étatiques. Contrairement à ce qu'il s'est passé avec la Convention de Rome, les cas d'application des Traités de Montevideo sont rares dans la plupart des États qui y sont parties, ce qui empêche d'identifier une véritable jurisprudence régionale sur le sujet. En revanche, en

[1081] V. *supra* n° 105 et s.

[1082] La professeure Marie-Élodie Ancel affirme dans son analyse de l'art. 4 § 2 de la Convention de Rome que « si l'on voulait trouver absolument une trace d'une présomption dans cette règle, ce serait une présomption en un sens très large, qui tiendrait au caractère essentiellement approximatif de la règle de droit par rapport à la réalité du "*construit*" par rapport au "*donné*", de la "*technique"* par rapport à la "*science*" ». Cf. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, p. 333.

Uruguay, où le droit interne fait directement référence aux Traités de Montevideo[1083], l'on trouve une abondante jurisprudence.

En *Uruguay*, malgré quelques exceptions, conformément à l'approche rigoureuse de la doctrine nationale, les tribunaux appliquent, de manière systématique, les « présomptions légales » énoncées dans l'article 34 du Traité de 1889, sans laisser aucune marge de manœuvre à la volonté des parties, même si ces « présomptions » ont été considérées par les tribunaux comme des « règles interprétatives » destinées à « clarifier » la règle générale du lieu d'exécution[1084]. Cette approche rejoint la thèse selon laquelle ces présomptions sont « absolues » et « irréfragables », transformant ainsi cette notion en une véritable règle de conflit de lois dans la pratique du pays.

Adoptant une approche qui diverge des arrêts plus récents, un arrêt rendu par le *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno* du 14 juin 2000[1085] — qui a fait l'objet de critiques de la doctrine — a interprété l'article 34, alinéa 2, du Traité de Montevideo de 1889 (lequel établit la présomption du domicile du débiteur comme lieu d'exécution pour les contrats portant sur des choses déterminées en nature) comme désignant le lieu de livraison effective des marchandises, à savoir le Brésil, plutôt que le lieu du domicile du débiteur (et de paiement), fabricant des marchandises, établi en Uruguay. Pour justifier sa décision, la Cour s'est fondée sur une interprétation qu'elle a donnée de la doctrine du professeur Alfonsín, interprétation que la professeure Fresnedo de Aguirre, dans son commentaire de l'arrêt, estime erronée. En fait, dans l'extrait de la doctrine reproduit dans l'arrêt, le professeur uruguayen soutient que la règle de la *lex loci solutionis* ne peut s'appliquer de manière automatique à tous les contrats, et qu'il convient, au contraire, d'examiner la nature juridique propre à chaque contrat afin d'en identifier l'obligation caractéristique et, par conséquent, son lieu d'exécution. Comparant les deux obligations du contrat (livraison de marchandises et paiement), le tribunal a estimé, en l'espèce, que l'obligation typique était celle de la livraison, et en a conclu que le lieu d'exécution devait être situé en ce lieu, au Brésil.

[1083] L'ancien Code civil uruguayen, abrogé par la Loi n° 19 920/2020, mettait en avant l'importance du Traité de Montevideo de 1889 dans la détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente dans les relations juridiques internationales. En effet, l'ancien article 2399 du Code civil uruguayen stipulait que les actes juridiques sont régis, pour ce qui concerne leur existence, leur nature, leur validité et leurs effets, par la loi du lieu où ils sont réalisés, conformément aux règles d'interprétation contenues dans les articles 34 à 38 du Traité de Droit civil de 1889. Puis, l'article 2401 du même Code établissait une équivalence entre la loi applicable et la juridiction compétente. Selon cet article, les juges de l'État dont la loi régit les relations juridiques internationales sont compétents pour connaître des actions découlant de ces relations. De ce fait, en Uruguay, de nombreux litiges soumis au droit interne ou portant sur la compétence juridictionnelle appliquent les dispositions du Traité de Montevideo sur la loi applicable aux contrats internationaux. Cf. Uruguay, Loi n° 16 603 du 19 octobre 1994.

[1084] V., en particulier, Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Quarto Turno, arrêt n° 111/2009, *Mediterranean Shipping Company Uruguay S.A. y otros c. Frigorifico Casablanca S.A*, 20 mai 2009 ; et Trib. de Ap. en lo Civil de Quinto Turno, arrêt n° 492/2012, 8 août 2012.

[1085] Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Segundo Turno, arrêt n° 74/200, *S.A. Cristalerías del Uruguay c. Telestar S.A.*, 14 juin 2000.

Comme l'a relevé la professeure Fresnedo de Aguirre[1086], la Cour a toutefois omis de prendre en compte la seconde partie du raisonnement du professeur Alfonsín, selon lequel les règles d'interprétation des Traités sont impératives et reposent sur des présomptions obligatoires, en sorte que le juge ne dispose pas d'une liberté d'appréciation absolue. Son office doit s'exercer à la lumière de ces présomptions, lesquelles désignent de manière obligatoire le lieu d'exécution correspondant à chaque type de contrat et déterminent, en définitive, la loi applicable. Malgré les critiques qu'une telle application stricte peut susciter, la professeure Fresnedo de Aguirre soutient qu'il convient d'appliquer obligatoirement les présomptions du Traité, même si elles ne conduisent pas toujours au lieu effectif d'exécution de l'obligation caractéristique : « c'est ce qu'établissent les normes elles-mêmes »[1087]. Alors, selon elle, la Cour aurait dû appliquer strictement les présomptions du Traité et considérer que le lieu d'exécution se situait en Uruguay, correspondant au domicile du débiteur de l'obligation caractéristique (art. 34, alinéa 2 du Traité de Montevideo de 1889) — en l'occurrence, celui chargé de livrer la marchandise.

C'est sur cette voie que s'est engagée une cour d'appel, le *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quarto Turno*, lorsqu'elle a appliqué, dans un arrêt rendu le 20 mai 2009, la solution de l'article 34, alinéa 4, b, du Traité de droit civil international de 1889 à un contrat international de transport de marchandises[1088]. Selon cet article, si l'efficacité d'un contrat qui porte sur une fourniture de services « a trait à un endroit déterminé », il sera régi par la loi du lieu où il doit produire effet. Dans cette affaire, la Cour jugea que le contrat international de transport de marchandises, qualifié comme une « fourniture de services », était soumis à la loi étrangère du lieu de destination convenu, en l'occurrence la loi grecque. Selon la Cour, étant donné que le contrat de transport implique une obligation de résultat consistant à livrer la marchandise à l'endroit convenu, « son efficacité a trait à un endroit déterminé », à savoir « celui convenu pour la livraison des marchandises transportées ». Cependant, la Cour précisa que, bien que le contrat de transport concerne des marchandises à transporter, cela n'entraîne pas l'application de l'hypothèse prévue à l'article 34, alinéa 4, a, qui désigne la loi du lieu où celles-ci se trouvaient lors de la conclusion du contrat pour régir les contrats de fourniture de services qui « ont trait à des choses ». La Cour uruguayenne s'appuya sur la doctrine de la professeure Cecilia Fresnedo de Aguirre pour étayer cette décision et expliqua que l'article 34 du Traité de Montevideo de 1889 « ne présente que des critères *interprétatifs* visant à *clarifier* la norme des articles 32 et 33 », qui font référence à la loi d'exécution. Selon la Cour, cette interprétation est « généralement consolidée en *règle générale* dans ce domaine, en particulier lorsque l'efficacité du contrat de transport est inévitablement liée au lieu de destination convenu »[1089].

[1086] C. Fresnedo de Aguirre, « Jurisprudencia uruguaya en materia de contratos internacionales », *in* D.P. Fernández Arroyo, A. Dreyzin de Klor (dir.), *Contratos internacionales*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 243-245.

[1087] *Ibid*, p. 245 (traduction libre de l'espagnol).

[1088] Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Quarto Turno, arrêt n° 111/2009, *Mediterranean Shipping Company Uruguay S.A. y otros c. Frigorifico Casablanca S.A.*, 20 mai 2009, op. cit.

[1089] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

Cette décision fut renforcée par un arrêt du 8 août 2012, rendu par une autre cour d'appel, le *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Quinto Turno*, concernant également un contrat international de transport de marchandises[1090]. Cet arrêt confirma l'arrêt précédent et adopta un raisonnement qui s'approche de la théorie de la prestation caractéristique. Dans cette affaire, il fut affirmé que les contrats de transport rentrent dans le champ d'application de l'article 34, alinéa 4, b, du Traité de 1889 et, par conséquent, « ils doivent être régis par la loi du lieu où la marchandise doit être livrée, cette obligation étant typique du contrat »[1091]. Le tribunal renforça ainsi le caractère « interprétatif », mais « nécessaire » de l'article 34, en soulignant que « les contrats sont régis par la loi du lieu de leur exécution, et pour déterminer où se situe cet élément de rattachement, il est *nécessaire* de recourir aux *règles d'interprétation* des articles 34 à 38 du Traité »[1092].

Le caractère impératif des présomptions légales fut confirmé par la Cour suprême de justice de l'Uruguay. Dans un arrêt rendu le 20 juillet 2012, la Cour réaffirma l'application obligatoire des dispositions de l'article 34 du Traité de Montevideo de 1889, écartant ainsi la loi étrangère choisie par les parties. Le litige portait sur un contrat « d'exclusivité et de rémunération » concernant l'acquisition potentielle de la banque uruguayenne Nuevo Banco Comercial, conclu en Argentine entre deux sociétés nord-américaines. Selon ledit contrat, la société PV Capital s'engageait à coopérer avec la société Advent International Corporation dans le processus d'acquisition de la banque uruguayenne, en contrepartie d'un paiement d'une commission en cas d'acquisition réussie[1093]. Un différend apparut entre les deux contractants à la suite du refus de la société Advent de payer la commission convenue. Le tribunal de première instance uruguayen condamna la société Advent, qui contesta la compétence de ce tribunal. La Cour d'appel accepta l'exception d'incompétence soulevée et annula le jugement de première instance. La société PV Capital forma alors un pourvoi en cassation devant la Cour suprême de justice de l'Uruguay, plaidant l'application de la loi uruguayenne, conformément à l'article 38 du Traité de Montevideo de 1940 (ancien art. 34 du Traité de 1889)[1094]. Malgré des opinions dissidentes, la Cour suprême, à la majorité des votes, décida d'appliquer la loi nord-américaine au contrat, confirmant ainsi l'incompétence de la juridiction uruguayenne[1095].

Pour résoudre le litige, la Cour suprême appliqua directement l'ancien Code civil uruguayen, qui renvoyait au Traité de Montevideo de 1889 pour la détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente dans les relations juridiques internationales (ancien art. 2399), sans se pencher, cependant, sur la question de la source de droit

[1090] Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Quinto Turno, arrêt n° 492/2012, 8 août 2012.

[1091] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1092] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1093] Uruguay, SCJ, arrêt n° 680/2012, 20 juillet 2012.

[1094] *Ibidem.*

[1095] L'art. 2401 de l'ancien Code civil uruguayen, abrogé par la Loi n° 19 920/2020, établissait une équivalence entre la loi applicable et la juridiction compétente. Selon cet article, les juges de l'État dont la loi régit les relations juridiques internationales sont compétents pour connaître des actions découlant de ces relations.

international privé applicable (l'un des Traités de Montevideo ou le droit international privé de source interne). De plus, la Cour fit mention de l'ancien article 2401 du Code civil uruguayen, qui établissait une corrélation entre la loi applicable et la juridiction compétente. Ce texte disposait que les tribunaux de l'État, dont la loi régit les relations juridiques internationales, avaient compétence pour trancher des litiges issus de ces relations[1096].

Dans sa motivation, la haute Cour cita expressément l'avis de la professeure Cecilia Fresnedo de Aguirre, transcrit dans l'arrêt, selon lequel l'article 34, alinéa 4, du Traité de Montevideo de 1889 a une fonction interprétative et s'applique aux contrats de prestation de services suivant trois critères distincts, dont deux à titre principal (art. 34, a et b) et un à titre résiduel (art. 34, c)[1097]. En appliquant cette doctrine, la Cour confirma que le contrat en question n'a pas trait à des choses et écarte l'application de l'alinéa 4, a, relatif aux contrats de prestation de services qui ont trait à des choses. Par la suite, la Cour semble faire référence à l'alinéa 4, b, de l'article 34, qui concerne les prestations de services dont l'efficacité a trait à un droit déterminé. Elle souligna que, concernant « l'efficacité des services », elle doit être analysée en fonction de « l'objet du contrat »[1098]. Elle ajouta qu'en l'espèce, l'efficacité du service n'était pas liée à l'acquisition réelle des actions, mais plutôt aux informations fournies, qui devaient être collectées en Uruguay et transmises soit aux États-Unis, soit en Argentine, mais en aucun cas en Uruguay, où la société qui avait souhaité conclure l'achat des actions n'avait ni de succursale ni de représentation permanente[1099]. La haute juridiction rappela ensuite l'avis du professeur Ruben Santos Belandro, également consulté dans l'affaire, selon lequel « la finalité de ces informations, ou "les effets" de ces informations, pour utiliser le terme employé dans les traités de Montevideo, consistait à influencer la volonté de la société Advent en ce qui concerne l'achat des actions ». Il ne faisait donc, selon l'auteur mentionné par l'arrêt, « aucun doute

[1096] Cf. Uruguay, Loi n° 16 603 du 19 octobre 1994, abrogé par la Loi n° 19 920/2020. La nouvelle législation reprend cette disposition à l'art. 57(c), qui dispose : « Art. 57 — (Normes générales) : Sans préjudice des règles contenues dans les conventions internationales, ou en l'absence de telles règles, les tribunaux de la République sont compétents dans le domaine international : c) lorsque la matière qui constitue l'objet de la demande déduite est régie par la loi uruguayenne, conformément aux règles de conflit de lois de la République. » (Traduction libre de l'espagnol). Cette norme s'applique désormais en l'absence d'élection faite par les parties, conformément à l'article 60 du même instrument, qui s'applique en matière contractuelle. Cf. Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[1097] La consultation de la professeure Fresnedo de Aguirre, reproduite dans l'arrêt, souligne que les contrats de service font partie de la catégorie générale des actes juridiques et, selon « les règles d'interprétation du critère de rattachement au lieu d'exécution du contrat énoncées aux articles 34 à 38 du Traité de droit civil de 1889 », ces modalités contractuelles relèvent de la sous-catégorie désignée par le législateur international comme étant la « prestation de services », mentionnée dans le quatrième alinéa de l'article 34. Il est rappelé également que cet alinéa prévoit « deux possibilités fondamentales » d'interprétation aux alinéas 4(a) et 4(b), respectivement applicables lorsque le service concerne des biens ou lorsque l'efficacité du service est liée à un lieu spécial, ainsi qu'un « critère d'interprétation résiduel » s'appliquant aux contrats ne relevant d'aucune de ces deux hypothèses, auquel cas la loi du lieu du domicile du débiteur au moment de la conclusion du contrat s'applique (art. 34(c)). Cf. Uruguay, SCJ, arrêt n° 680/2012, 20 juillet 2012 (traduction libre de l'espagnol).

[1098] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1099] *Ibidem.*

que les effets du contrat s'étaient produits à l'endroit où cette société prenait cette décision, c'est-à-dire aux États-Unis d'Amérique »[1100].

Néanmoins, subséquemment, la Cour Suprême semble exclure l'application de l'alinéa 4, b, de l'article 34 et préfère appliquer l'alinéa 4, c, à la place, norme résiduelle selon laquelle, en dehors des hypothèses décrites aux alinéas a et b, le contrat sera régi par la loi du lieu du domicile du débiteur à l'époque de la conclusion du contrat[1101]. La Cour insista sur le principe de l'« effet utile » des décisions et rappela que « l'orientation dégagée par les conférences spécialisées de droit international privé est qu'en matière d'actions procédurales de nature patrimoniale, prévaut le domicile ou la résidence habituelle (pour les personnes physiques) ou l'établissement principal (pour les personnes morales ou les sociétés civiles ou commerciales) »[1102]. Par conséquent, de manière quelque peu nébuleuse, la haute Cour en vint, en majorité, à conclure à l'incompétence de la juridiction uruguayenne dans cette affaire, en raison du domicile du débiteur localisé aux États-Unis.

Il convient de noter que, même si certains magistrats ont émis des objections en faveur de l'application de l'alinéa b[1103] de l'article 34, alinéa 4, en fait, quelle que soit la norme appliquée (alinéa b ou c du même article), la logique suivie par la Cour conduisait à rendre la loi étrangère applicable. Or, selon la Cour, le lieu de production des effets du contrat était en dehors de l'Uruguay (soit aux États-Unis, soit en Argentine), de même que le lieu de domicile du débiteur (aux États-Unis). Ainsi, quel que soit le fondement invoqué, le résultat aurait été l'incompétence des tribunaux uruguayens en raison de la non-application de la loi uruguayenne.

Un dernier arrêt, plus récent, mérite d'être mentionné : l'arrêt du *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primero Turno*, du 5 février 2020, portant sur un contrat international de vente de marchandises[1104]. Selon le contrat en question, la société Laboratorio Libra S.A., dont le siège était en Uruguay, devait livrer des médicaments à la République bolivarienne

---

[1100] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1101] Ce qui est confirmé par le vote dissident des deux magistrats, selon lesquels : « Les expressions susmentionnées de la Chambre montrent l'erreur de droit qu'elle a commise en soumettant la situation juridique connexe à l'article 34(c) du Traité de Montevideo de 1940, et non à l'article 34(b), qui est celui qui devrait être appliqué en l'espèce ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1102] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1103] Selon le vote dissident, la Haute Cour n'avait pas tiré les conséquences légales de l'application de l'art. 38 du Traité de Montevideo de 1940 (qui reprend les termes de l'art.34 de la version de 1889). Selon cette opinion, l'alinéa 4(b) de l'art. 34 aurait dû être appliqué, mais la conclusion serait que les « effets » du contrat se sont produits en Uruguay et non à l'étranger, ce qui aurait impliqué l'application de la loi uruguayenne et la compétence conséquente des tribunaux nationaux. Ce vote dissident est basé sur la théorie de la prestation caractéristique et conclu qu'en l'espèce, l'obligation caractéristique du contrat était d'organiser des réunions entre les deux sociétés en vue de l'acquisition de la banque uruguayenne. Par conséquent, selon ce raisonnement, il ressortait clair que « les effets du contrat se produiraient dans notre pays », ce qui « rendrait applicable en termes de juridiction l'art. 38, littéralement b) du Traité, au lieu de l'article c), une règle résiduelle qui ne s'appliquerait qu'en l'absence d'un lieu spécifique pour l'acquisition des actions de Nuevo Banco Comercial ». Le lieu spécifique de cette acquisition était alors en Uruguay, selon cette opinion minoritaire des magistrats. Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1104] Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Primero Turno, arrêt n° 5/2020, *Laboratorio Libra S.A. c. Estado de la República Bolivariana de Venezuela*, 5 février 2020.

du Venezuela. Le contrat stipulait encore que tout litige découlant de l'accord serait régi par le droit vénézuélien. Un différend survint entre les parties et la question de la compétence des tribunaux uruguayens (et donc de la loi applicable en raison de la corrélation prévue par le droit interne) se posa devant les tribunaux uruguayens. Le Tribunal considéra l'article 2399 de l'ancien Code civil uruguayen, qui renvoyait aux articles 34 à 38 du Traité de Droit civil international de Montevideo de 1889, comme étant « d'ordre public » et écarta le choix fait par les parties de la loi applicable. Selon le Tribunal d'appel, ces articles contenaient une « règle d'interprétation », et, du fait que la « prestation caractéristique du contrat » était de fournir des choses déterminées en nature, en l'occurrence des médicaments, l'article 34, alinéa 2, du Traité devait s'appliquer[1105]. Selon cet article, les contrats relatifs aux choses déterminées en nature « sont régis » par la loi du lieu du domicile du débiteur à l'époque de la conclusion du contrat. Ainsi, le Tribunal conclut que le lieu d'exécution était le domicile du débiteur, en l'occurrence celui de la société Laboratorios Libra S.A., et donc, l'Uruguay. Par conséquent, la loi uruguayenne devait s'appliquer au contrat, ce qui confirmait la compétence de la juridiction nationale. De manière approximative et sans construire soigneusement son chemin rationnel, la Cour ajouta également qu'une telle solution était « en harmonie avec la Convention de Vienne de 1980 », en vigueur en Uruguay[1106].

Cet arrêt revêt un intérêt particulier pour plusieurs motifs. Tout d'abord, son caractère récent témoigne de l'évolution du droit national et souligne l'actualité de l'interprétation retenue. En outre, il rejette explicitement la possibilité pour les parties de désigner la loi applicable aux contrats en appliquant le rattachement général et impératif du système de Montevideo du lieu d'exécution. De plus, il confirme le caractère « interprétatif », mais « impératif » de l'article 34 du Traité, en retenant le caractère « absolu » de la présomption posée par cet article, ce qui renforce l'idée que l'article 34 devient, dans la pratique, selon cette conception, une véritable règle de conflit de lois à titre principal. Enfin, il interprète l'article 34 du Traité de Montevideo à la lumière d'une conception contemporaine de la « prestation caractéristique » du contrat, tout en l'associant, étrangement, à la solution de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. À part la confusion avec la Convention de Vienne, qui ne contient pas de règles de conflit de lois et ne pourrait donc pas être utilisée par la Cour pour justifier sa décision, l'arrêt montre le développement du droit international privé en la matière en reconnaissant l'application obligatoire des présomptions du Traité de Montevideo de 1889. Ce raisonnement rejoint, dans une certaine mesure, la solution consacrée par l'article 4.1 du Règlement Rome I, qui désigne la résidence habituelle du vendeur comme critère de rattachement pour les contrats de vente de biens.

En résumé, de l'analyse des arrêts étudiés, il est possible d'affirmer que la jurisprudence de l'Uruguay adopte une position conservatrice en appliquant de manière contraignante les solutions de l'article 34 du Traité de Montevideo, même en considérant qu'il s'agit d'une

[1105] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1106] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

« interprétation » du rattachement au lieu d'exécution, norme générale et impérative. En somme, le lieu d'exécution est déterminé conformément aux « normes interprétatives » de l'article 34, sans laisser place à la volonté des parties de désigner un lieu différent de celui stipulé par le Traité. Ces présomptions deviennent, comme déjà souligné, de véritables règles de conflit de lois spécifiques et applicables à certains types de contrats, listés par le même article. Cela revient en réalité à une *interprétation obligatoire*, ce qui équivaut, sous une forme plus atténuée, à accorder une marge d'interprétation tout en l'encadrant strictement : « vous pouvez interpréter, mais je vous le dis exactement comment ». En outre, il peut être observé, surtout dans les décisions plus récentes des tribunaux uruguayens, une grande influence de la théorie de la prestation caractéristique dans l'application du Traité.

*
* *

195. En conclusion, en raison des contradictions doctrinales existantes et de l'absence d'une véritable jurisprudence consolidée (en particulier dans les pays signataires du Traité autres que l'Uruguay), la possibilité pour les parties d'échapper aux indications sur la loi applicable aux contrats de l'article 34 du Traité de Montevideo sera laissée à l'appréciation du juge du for dans un cas concret. De plus, des incertitudes demeurent, même si l'on envisage la possibilité de sélectionner indirectement la loi applicable par le choix du lieu d'exécution. Par exemple, le Traité ne résout pas la question de la loi applicable aux contrats synallagmatiques ou aux contrats contenant plus d'une obligation, ce qui a amené la jurisprudence uruguayenne à s'appuyer sur la thèse de la prestation caractéristique. Par ailleurs, même les catégories de contrats décrites dans l'article 34 soulèvent des problèmes de qualification, comme il a été observé par la jurisprudence uruguayenne en matière de contrats de prestation de services et de contrats de transport de marchandises. Ainsi, la sécurité recherchée lors du Congrès de Montevideo avec l'adoption d'une loi unique pour régir l'ensemble du contrat s'est transformée plutôt en une source d'insécurité et de complexité — à l'instar, par ailleurs, de ce que l'expérience européenne de la Convention de Rome a également démontré. Comme l'a souligné le professeur Belandro, la simplicité de l'application d'une loi unique à l'ensemble du contrat, comme proposé par le système du Traité de 1889, est à la fois « une vertu et un inconvénient »[1107].

C'est pour ces raisons, d'ailleurs, que ces « présomptions légales » ont été vivement critiquées lors du Deuxième Congrès de Montevideo, qui a approuvé la version révisée du Traité en 1940.

[1107] R.B. Santos Belandro, *Derecho Comercial Internacional, op. cit.,* p. 61.

2. Le Traité de Montevideo de 1940

196. Le maintien des principes généraux : la *lex loci executionis*. Le Congrès de 1939-1940, comme celui de 1888-1889, fut marqué par des divergences d'opinions, notamment entre les délégations de l'Argentine et de l'Uruguay. L'Argentine souhaitait réformer les solutions issues du Traité de 1889, alors que l'Uruguay plaidait pour leur maintien. Finalement, le texte définitif du Traité approuvé en 1940 reprit en substance les solutions posées par son prédécesseur, avec quelques adaptations.

En ce qui a trait au fond des contrats, la loi du lieu d'exécution demeure le rattachement général dans le Traité de 1940 et son champ d'application reste le même, mais avec quelques ajustements. Comme lors du congrès précédent, deux projets concurrents ont été soumis avant que la version définitive ne soit approuvée.

197. L'opposition des deux projets présentés : divergences sur l'acceptation de l'autonomie de la volonté et le rôle des « présomptions légales ». Des deux projets discutés lors du deuxième Congrès, il est intéressant de noter que le projet argentin a conservé les termes de l'article 33 du Traité de 1889, tout en introduisant un nouveau facteur : la volonté des parties. De son côté, le projet uruguayen a maintenu les dispositions de l'instrument ancien, en s'opposant absolument à toute référence à l'autonomie de la volonté d'un point de vue conflictuel. En plus de discussions houleuses concernant l'autonomie de la volonté, les deux délégations n'étaient pas non plus d'accord sur la nécessité et l'adéquation des nombreuses présomptions fixées par l'article 33 de l'ancien instrument.

La divergence concernant l'adoption des présomptions légales était évidente. D'un côté, la délégation de l'Argentine considérait les présomptions adoptées par le Traité de 1889 comme un de ses défauts majeurs. Selon les délégués argentins, ces présomptions entraînaient l'application de solutions multiples, complexes et inappropriées, compromettant ainsi la sécurité juridique et le principe d'unité de la loi du lieu d'exécution, principe fondateur du Traité[1108]. D'autre côté, les délégations de l'Uruguay et du Pérou estimaient que les présomptions étaient, au contraire, une conséquence interprétative de l'application de la règle principale, et non pas une source de diversité de solutions comme

[1108] Tel comme souligné par Hugo Repetto Salazar, délégué de l'Argentine lors du deuxième Congrès de Montevideo, les arts. 33, 34 et 35 du Traité de 1889 établit cinq solutions différentes pour déterminer la loi applicable à la substance des actes juridiques : la loi du lieu d'exécution comme règle générale (art. 33) ; la loi du lieu où la chose est située au moment de la conclusion du contrat pour les contrats portant sur des choses certaines et individualisées et pour les contrats de service portant sur des choses (art. 34) ; la loi du domicile du débiteur au moment de la conclusion du contrat, dans les obligations portant sur des choses déterminées par leur genre ou fongibles ou sur des services à caractère personnel (art. 34) ; la loi du domicile commun des parties dans les contrats ayant plusieurs lieux d'exécution (art. 35, partie 1) ; et dans le même cas, la loi du lieu de conclusion si les parties n'ont pas de domicile commun (art. 35, partie 2). Selon Repetto Salazar « cette multiplicité de solutions est un défaut, car elle porte atteinte au principe de l'unité juridique du contrat et à la certitude qui doit exister au moment de la conclusion quant à la loi applicable afin de garantir la validité ultérieure du contrat ». Cité par J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 111.

le prétendaient les partisans argentins. Ces deux délégations soutenaient que les présomptions instaurées par le Traité de 1889 ne constituaient nullement une faiblesse, mais, au contraire, une véritable source de solidité normative. Selon cette interprétation, ces présomptions viennent renforcer le principe général de la *lex loci executionis*, dans la mesure où elles facilitent la détermination du lieu d'exécution du contrat, notamment lorsque celui-ci n'est pas clairement défini[1109]. Dans le même sens, Bustamante I. Rivero, représentant du Pérou au Deuxième Congrès de Montevideo, estimait que les dispositions de l'article 34 ne compromettaient en rien l'unité de la loi, cet article ne constituant, selon ses propres termes, qu'une « conséquence » ou une « application pratique » du principe général énoncé à l'article 33. Il affirmait que l'article 34 détermine exclusivement, par « présomption légale », le lieu d'exécution, règle générale et unique établie par le Traité de 1889[1110]. Et, après avoir exposé les raisons logiques derrière chacune de ces présomptions légales[1111], il conclut :

> « La conclusion à tirer de ces considérations est que l'affirmation selon laquelle le traité de 89 prévoit des solutions multiples et variées pour déterminer la loi applicable en matière contractuelle n'est pas correcte en ce qui concerne son interprétation ; et qu'en réalité, les articles 33 et 34 soumettent tous les contrats à la loi du lieu d'exécution, la *lex solutionis,* en admettant comme seule exception celle prévue à l'art. 35 pour le cas des contrats à plusieurs lieux soumis à des lois contradictoires, qui seraient soumis par la loi du domicile commun des parties contractantes, et, à défaut de domicile commun, par la loi du lieu de conclusion. »[1112]

De plus, les discussions ont été marquées par un autre désaccord entre les délégations de l'Uruguay et de l'Argentine. L'Argentine souhaitait étendre le champ d'application de la loi du lieu de conclusion aux cas dans lesquels le lieu d'exécution n'était pas expressément déterminé dans les contrats, ou soulevait des incertitudes[1113]. L'Uruguay était, quant à lui,

---

[1109] J.L. Bustamante I. Rivero, *op. cit.*, p. 112-113.

[1110] *Ibid*, p. 112.

[1111] P. ex., Bustamante I. Rivero explique que, pour les contrats portant sur les choses certaines et déterminées, il a été pris en considération que de telles choses sont soumises à la loi du lieu où elles se trouvent ; et, comme il est logique que le contrat dans lequel il est convenu que la livraison de choses physiquement présentes en ce lieu soit exécutée en ce lieu, il en résulte que le lieu de situation et le lieu d'exécution du contrat se confondent ou coïncident. D'autre part, les contrats portant sur des choses génériques ou non déterminées en nature ne sont pas des contrats réels, mais des contrats personnels, et, comme les obligations personnelles ne peuvent être exécutées qu'au domicile du débiteur de la prestation, le lieu d'exécution et le domicile sont également confondus dans ce cas. Puis, comme les choses fongibles se consument ou disparaissent avec le premier usage, après leur utilisation, il ne reste dans le contrat que l'obligation personnelle du débiteur de livrer au créancier une autre chose de même nature ou qualité ; la règle est donc la même que dans le cas précédent. Mais, dans les contrats de prestation de services portant sur une chose déterminée (p. ex., une construction civile), l'aspect réel prédomine, et, pourtant, le lieu de situation de la chose est le lieu où le contrat doit être exécuté. *Ibid*, p. 112-113.

[1112] *Ibid*, p. 113 (traduction libre de l'espagnol).

[1113] L'art. 35 du Traité de 1889 prévoyait déjà que « le contrat d'échange de biens situés dans des lieux différents, soumis à des lois divergentes, est régi par la loi du domicile des contractants s'il était commun au moment de la conclusion de l'échange et par la loi du lieu où l'échange a été conclu si le domicile était différent ». Puis, la deuxième partie de l'art. 36 du projet argentin établissait que : « En cas de lieux d'exécution soumis à des lois différentes, [les contrats] sont régis par la loi du lieu où ils sont conclus ». OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Congresos*

opposé à une telle inclusion, car il y voyait une extension considérable de la loi du lieu de conclusion, alors que ce critère aurait dû être restreint à une règle résiduelle et exceptionnelle[1114].

198. Les solutions adoptées lors du Congrès : le maintien de la *lex loci executionis*. En raison de ces divergences, le Congrès de 1940 devait décider s'il fallait maintenir la formule de 1889 ou adopter celle proposée par l'Argentine. Le débat au sein de la commission sur les points de désaccord fut long et laborieux. Afin de faciliter un accord, une sous-commission fut nommée, composée des délégués de l'Uruguay (Alvaro Vargas Guillemette), du Brésil (Hahnemann Guimarães) et de l'Argentine (Hugo Repetto Salazar). Étant donné l'irréductibilité des positions opposées, le débat fut clos et les délégations procédèrent au vote[1115].

Toutes les délégations, sauf celles du Brésil et du Pérou, approuvèrent l'adage *lex loci executionis* (ancien art. 33, nouvel art. 37). Ensuite, contre le vote de l'Argentine et avec les abstentions du Brésil et du Pérou, l'ancien article 34 sur les présomptions légales fut adopté par la majorité et inclus dans le nouveau Traité (nouvel article 38). En ce qui concerne les présomptions, il fut clairement établi à la suite des discussions que cette disposition ne créait pas de règles distinctes et inédites, en contradiction avec le principe général énoncé dans l'article précédent. Au contraire, elle apportait une explication supplémentaire et nécessaire[1116]. Les articles approuvés adoptèrent presque littéralement la rédaction du Traité de 1889 (arts. 33 et 34 d'origine) :

> « Article 37 — La loi du lieu d'exécution des contrats régit :
>
> a) leur existence ;
> b) leur nature ;
> c) leur validité ;
> d) leurs effets ;
> e) leurs conséquences ;
> f) leur exécution ;
> g) en résumé, tout ce qui concerne les contrats, sous quelque aspect que ce soit.
>
> Article 38 — En conséquence, les contrats qui portent sur des choses certaines et individualisées, sont régis par la loi du lieu où elles se trouvent lors de leur conclusion.
>
> Ceux qui portent sur des choses déterminées en nature par celle du lieu du domicile du débiteur à l'époque où ils sont passés.

Sudamericanos de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940): actas y documentos selecionados, Rio de Janeiro, 1974 (traduction libre de l'espagnol).

[1114] J.L. Bustamante I Rivero, *op. cit.*, p. 114.

[1115] *Ibid*, p. 114-115.

[1116] *Ibid*, p. 115.

Ceux qui portent sur des choses fongibles, par la loi du lieu du domicile du débiteur à l'époque où ils sont passés.

Ceux qui portent sur une fourniture de services :

a) s'ils ont trait à des choses, par la loi du lieu où celles-ci se trouvaient lors de la conclusion du contrat ;
b) si leur efficacité a trait à un endroit déterminé, par la loi du lieu où ils doivent produire effet ;
c) en dehors de ces cas, par la loi du domicile du débiteur à l'époque de la conclusion du contrat. »[1117]

199. L'inclusion d'une nouvelle solution avec l'article 40 : le lieu de conclusion comme rattachement subsidiaire. En outre, un changement important eut lieu avec l'insertion de l'article 40 dans le texte du Traité de 1940 (ancien art. 35 du Traité de 1889)[1118]. L'article 40 introduit une règle nouvelle et dispose que : « Sont régis par la loi du lieu de leur conclusion, les actes et contrats pour lesquels il est impossible de déterminer lors de cette conclusion, le lieu où ils devraient être accomplis en vertu des règles qui précèdent »[1119]. Le critère de rattachement fondé sur le lieu de conclusion du contrat retrouve une place dans ce système, quoique de manière subsidiaire.

Avec l'introduction de l'article 40, la référence spécifique et limitée au contrat d'échange de l'ancien article 35 fut supprimée[1120]. De ce fait, l'utilisation de la loi du lieu de conclusion du contrat est étendue à tout type de contrats. Cet ajout permet également une simplification des normes applicables aux contrats. Par conséquent, lorsque la loi du lieu d'exécution n'est pas déterminée ou qu'il est impossible de la déterminer en appliquant les présomptions légales établies, la loi du lieu de conclusion s'appliquera. Toutefois, l'intention de cet article, comme l'explique Bustamante I. Rivero, est de maintenir le caractère exceptionnel du principe de la loi du lieu de conclusion, qui ne s'appliquera que dans l'impossibilité matérielle de faire appliquer les règles prévues aux articles 37 et 38 du Traité de 1940[1121].

Malgré les révisions apportées, les difficultés déjà mises en évidence dans la première version, notamment celles relatives aux présomptions légales et à la « localisation » du

[1117] Traduction cf. *JDI*, 1956, p. 482-509.

[1118] L'art. 35 du Traité de 1889 établissait que : « Le contrat d'échange de biens situés dans des lieux différents, soumis à des lois divergentes, est régi par la loi du domicile des contractants s'il était commun au moment de la conclusion de l'échange et par la loi du lieu où l'échange a été conclu si le domicile était différent. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1119] Traduction cf. *JDI*, 1956, p. 482-509.

[1120] L'art. 35 était ainsi rédigé : « Le contrat d'échange de biens situés dans des lieux différents, soumis à des lois divergentes, est régi par la loi du domicile des parties contractantes s'il était commun au moment de la conclusion de l'échange, et par la loi du lieu où l'échange a été conclu si le domicile était différent. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1121] J.L. Bustamante I Rivero, *op. cit.*, p. 115-116.

contrat qui en découle, n'ont pas été surmontées. C'est pourquoi le professeur José Antonio Moreno Rodríguez a pu affirmer que « le régime des Traités de Montevideo se révèle hautement insatisfaisant »[1122]. En effet, ces traités n'admettent pas clairement la sécurité juridique que confère l'autonomie de la volonté quant à la désignation du droit applicable ; ils demeurent ambigus quant aux critères de rattachement retenus, souvent difficiles à interpréter, et ne laissent guère de marge d'appréciation au juge pour identifier d'éventuels liens plus étroits que ceux préétablis par le législateur. Comme le souligne encore l'auteur, « il n'est donc pas surprenant que ceux qui ont étudié ces traités en profondeur se soient plaints des graves incohérences de leurs solutions »[1123]. Cette critique se trouve, comme nous le verrons, confirmée par l'analyse de la jurisprudence postérieure à l'adoption du texte révisé, laquelle perpétue les controverses antérieures et entretient d'importantes zones d'ombre.

200. Persistance de la controverse jurisprudentielle. La jurisprudence sur ce sujet est plutôt rare ou pratiquement inexistante dans les pays signataires, à savoir l'Uruguay, l'Argentine et le Paraguay. En Uruguay, la jurisprudence a continué à appliquer de façon impérative les règles de l'article 38 (ancien art. 34)[1124]. Cependant, en adoptant une approche composite et plus libérale que celle de son voisin, en Argentine, la Cour suprême a appliqué le rattachement du lieu d'exécution établi par le Traité de Montevideo de 1940 à l'article 37, sans considérer l'application obligatoire des « présomptions » de l'article 38.

En *Argentine*, dans un arrêt déjà mentionné lors de l'étude de la loi applicable à la forme[1125] — l'arrêt *Méndez Valles c. Pescio* du 26 février 1995[1126] —, portant sur un contrat international de cession de créances, la Cour suprême argentine s'est également penchée sur la question de la loi applicable à la cession. Sur ce point, la Cour appliqua l'article 37 du Traité de 1940, désignant la loi du lieu d'exécution du contrat. Selon la Cour, bien que la loi applicable à l'opposabilité de la cession de créances au débiteur cédé ne soit pas spécifiquement couverte par le Traité de Montevideo de 1940, puisque celui-ci ne contient que des règles sur des catégories générales de contrats, la question ne peut être considérée comme totalement étrangère à ses règles. En fait, la Cour souligna que l'expression de l'article 37 de ce Traité « tout ce qui concerne les contrats » inclut « sans aucun doute l'opposabilité, dans le cas de la cession de créances »[1127].

Pour étayer son raisonnement, la haute juridiction argentine se référa à la doctrine internationale faisant une distinction entre la loi régissant le contrat de cession et celle

[1122] J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.*, p. 302 (traduction libre de l'espagnol).

[1123] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1124] V., p. ex., Uruguay, SCJ, arrêt n° 680/2012, 20 juillet 2012, sans différencier les deux Traités.

[1125] V. *supra* n° 174.

[1126] Argentine, CSJN, *Méndez Valles c. Pescio*, 26 décembre 1995, précité n° 174.

[1127] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

régissant la créance cédée, qui peuvent coïncider ou non[1128]. La Cour rappela que cette approche avait été intégrée à l'article 12 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles[1129]. Elle l'utilisa par analogie pour compléter les dispositions du Traité de Montevideo de 1940, qu'elle considéra comme « anciennes » et « imprécises ». En adoptant cette approche, la Cour conclut :

> « Cette doctrine a été consacrée par l'article 12 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, à laquelle on peut recourir par analogie pour compléter les dispositions du Traité de Montevideo qui, en raison de son ancienneté, manquent de la précision nécessaire. Selon cette doctrine, c'est la loi qui régit à l'origine la créance cédée — et non la loi du contrat de cession — qui détermine les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur. S'agissant ici d'une créance résultant de la location d'un bien immobilier situé en Argentine, dont le montant faisait l'objet d'un litige au moment de la cession dans une procédure judiciaire en cours dans ce pays, il ne fait aucun doute que cette créance est régie par le droit argentin, qui détermine donc les conditions d'opposabilité de sa cession au débiteur. Ce qui, en outre, est conforme au principe selon lequel les parties au contrat de cession ne peuvent, par leur convention, aggraver la situation du débiteur cédé (Batiffol, "Les conflits de lois en matière de contrats", Paris 1938, n° 528, p. 427 ; Batiffol-Lagarde "Droit international Privé", Paris 1983, n° 611, p. 339). Cela pourrait se produire si l'opposabilité du contrat du débiteur était régie par la loi du contrat de cession, car les parties — en exerçant l'une des autonomies évoquées au considérant 12 ou en concluant le contrat à l'étranger,

[1128] Pour une analyse de la doctrine contemporaine sur ce sujet, v. L. d'Avout, « La loi applicable à la cession de créance ou de contrat après l'ordonnance du 10 février 2016, Premières analyses de droit des conflits de lois en perspective française », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 457 ; et L. d'Avout, « L'efficacité envers les tiers d'une cession de créance ne relève pas (plus ?) du règlement Rome I (à propos d'un considérant escamoté par la Cour de justice), *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 359-368. V. aussi, dans une perspective de droit comparé, C. Larroumet, *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains: actes du Congrès de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains à Santiago du Chili, les 3 et 4 septembre 2014*, Éditions Panthéon-Assas, Colloques, 2016, et spéc. l'article du professeur d'Avout, L. d'Avout, « L'efficacité internationale des garanties mobilières » (*Ibid*, p. 111-133). Selon ce dernier, l'évolution actuelle liée à l'objet diversifié et à la technique des garanties et sûretés « ne bouleverse pas les solutions du droit international privé, mais en infléchit la mise en œuvre » ; ainsi, la *lex rei sitae*, qui se combinait hier avec d'autres lois (la loi du contrat, la loi de la faillite), laisse désormais place à d'autres rattachements, comme la loi du compte ou loi du registre, tenant lieu de loi de situation fictive de certains actifs incorporels, ou encore la loi du pays d'établissement du constituant de la sûreté, s'agissant de certaines suretés constituées dans un contexte d'affaires. À cela s'ajoute aussi des règles matérielles uniformes, comme les conventions conclues sous les auspices d'Unidroit, en particulier celle du Cap. (*Ibid*, n° 3).

[1129] « Art. 12 — Cession de créances : 1. Les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente convention, s'applique au contrat qui les lie. 2. La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur ». Actuellement, c'est l'article 14 du Règlement Rome I qui règlement ce sujet. Sur l'interprétation jurisprudentielle de cet article, v., en particulier, l'arrêt de la CJUE, *BGL BNP Paribas SA c. TeamBank AG Nürnberg* (CJUE, 1re ch., 9 oct. 2019, aff. C-548/18, D. 2019. 1944). Selon cet arrêt : « L'article 14 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) doit être interprété en ce sens qu'il ne désigne pas, de manière directe ou par analogie, la loi applicable concernant l'opposabilité aux tiers d'une cession de créance en cas de cessions multiples d'une créance par le même créancier à des cessionnaires successifs ». Pour une analyse critique de cet arrêt, v. L. d'Avout, « L'efficacité envers les tiers d'une cession de créance ne relève pas (plus ?) du règlement Rome I (à propos d'un considérant escamoté par la Cour de justice), *op. cit.*, p. 359-368.

comme cela s'est produit dans le cas d'espèce — pourraient choisir un droit qui, en raison de ses exigences formelles moindres, pourrait porter préjudice à ce dernier. »[1130]

Ainsi, la Cour suprême argentine donna une interprétation extensive de l'article 37 du Traité de Montevideo en s'appuyant, par analogie, sur la Convention de Rome, ainsi qu'en se référant à la doctrine étrangère pour combler les lacunes de ce Traité. Cette approche lui a permis d'appliquer le droit argentin, loi régissant la créance cédée, à l'opposabilité d'une cession de créances conclue en Uruguay à l'égard d'un débiteur domicilié en Argentine.

Il convient également de mentionner un arrêt de la Troisième chambre de la Cour d'appel de Rosario, rendu le 7 décembre 2006[1131], portant sur la loi applicable à une caution liée à un contrat de prêt. En l'espèce, la Cour d'appel appliqua le rattachement du lieu d'exécution établi par le Traité de Montevideo de 1940 (art. 37), sans considérer l'application obligatoire des « présomptions » de l'article 38, tout en reconnaissant la possibilité aux parties de déterminer ce lieu par accord contractuel[1132]. Dans ce litige opposant une banque uruguayenne à une société argentine, la banque invoquait la loi uruguayenne en tant que loi du lieu d'exécution de la caution, alors que la société soutenait l'application de la loi argentine, en s'appuyant sur l'article 38 du même Traité : pour les obligations relatives à des biens fongibles, la loi du domicile du débiteur, situé en Argentine, devait selon elle s'appliquer.

La Cour d'appel trancha en faveur de la loi uruguayenne, considérée comme lieu d'exécution de l'obligation. Pour justifier l'application de ce rattachement, la Cour adopta un raisonnement long et imbriqué. Elle commença par rappeler, en citant les doctrines des professeurs Boggiano et de Goldschmidt, que les articles 38 et 39 du Traité de 1940 ne traitent pas des obligations monétaires. En effet, la Cour reconnut que, conformément au Traité de droit civil de Montevideo de 1940, le contrat en question devait se conformer à la loi du domicile du débiteur, qui était en Argentine. Cependant, elle souligna aussi que, selon l'article 41, les contrats accessoires doivent être régis par la loi du contrat principal. Or, la caution constitue un accessoire au contrat de prêt, selon la Cour, et doit, de ce fait, être régie par la loi qui régit le contrat principal.

[1130] La Cour ajouta par la suite que : « Ce qui, en outre, est conforme au principe selon lequel les parties au contrat de cession ne peuvent, par leur convention, aggraver la situation du débiteur cédé (Batiffol, "Les conflits de lois en matière de contrats", Paris 1938, n° 528, p. 427 ; Batiffol-Lagarde "Droit international Privé", Paris 1983, n° 611, p. 339). Cela pourrait se produire si l'opposabilité du contrat du débiteur était régie par la loi du contrat de cession, car les parties — en exerçant l'une des autonomies évoquées au considérant 12 ou en concluant le contrat à l'étranger, comme cela s'est produit dans le cas d'espèce — pourraient choisir un droit qui, en raison de ses exigences formelles moindres, pourrait porter préjudice à ce dernier ». Cf. Argentine, CSJN, *Méndez Valles c. Pescio*, 26 décembre 1995, précité n° 174 (traduction libre de l'espagnol).

[1131] Argentine, CCiv.y Com., Sala Tercera, Rosario, *Editorial Diario La Capital S.A.*, 7 décembre 2006.

[1132] Selon la Cour : « la détermination du lieu de paiement dans le contrat de prêt implique, sauf définition expresse contraire, la détermination du lieu d'exécution de l'obligation du garant ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

Pour déterminer la loi applicable au contrat principal, la Cour privilégia la loi du domicile de la banque, s'appuyant sur des doctrines nationales et internationales qui recommandent ce rattachement pour les contrats bancaires afin de garantir l'unité, l'équilibre et l'efficacité, tout en soulignant la force des lois de police du siège bancaire[1133]. La Cour renvoya également à l'article 7 du Traité de droit commercial terrestre international de Montevideo de 1940, selon lequel toute relation d'une société avec des tiers relève de la loi du domicile social. Elle précisa que le contrat accessoire (caution) ne peut être régi par une loi différente, sauf stipulation expresse. Elle fit enfin une analogie avec la Convention interaméricaine sur les lettres de change (1975), qui privilégiait la loi du lieu d'émission ou de paiement, également en Uruguay. Après avoir mentionné toutes ces sources internationales, contraignantes ou non, ainsi que plusieurs passages doctrinaux, la Cour d'appel de Rosario conclut : « En résumé, dans tous les cas, la loi étrangère est applicable à l'affaire », et « il n'y a pas de motifs justifiant l'adoption d'une autre solution »[1134]. La loi uruguayenne, du lieu de l'exécution de l'obligation principale et du siège de la banque, trouve alors application.

En revanche, en *Uruguay*, suivant un raisonnement différent, et considérant que les articles 38 et 39 du Traité de 1940 portent sur les obligations monétaires, une cour d'appel jugea que la loi argentine était applicable à un contrat d'hypothèque d'un bien situé en Uruguay, lequel avait été grevé en garantie d'un crédit préexistant représentant le solde du prix d'un contrat de vente d'actions conclu entre deux sociétés anonymes ayant leur domicile en Argentine[1135].

Dans cette affaire, le *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Primero Turno* estima que, bien que la garantie réelle ait été constituée en Uruguay sur un bien situé sur le territoire national, elle accédait à une créance étrangère contractée en Argentine et devait y être exécutée, et qu'en l'absence de stipulation expresse fixant un autre lieu d'exécution, il devait être soumis à la loi du domicile du débiteur. Dans ces conditions, les dispositions du Traité de Montevideo de 1940 étaient applicables, notamment son article 41, aux termes duquel les contrats accessoires sont régis par la loi du contrat principal. Ce dernier ayant pour objet une obligation de donner une chose fongible — en l'espèce, de l'argent — devait donc être régi par la loi du domicile du débiteur au moment de la conclusion du contrat.

[1133] Cela est également l'avis de la professeure Marie-Élodie Ancel, selon laquelle le contrat de compte bancaire ressortit « ou, en tout cas, devrait ressortir plus clairement » à la catégorie des contrats de prestation de services […], rémunération étant due, à condition d'être intelligible, à la banque. Par conséquent, la prestation caractéristique du contrat de compte bancaire serait donc celle de l'établissement bancaire, en tant que dépositaire ou en tant que prestataire de services financiers ». M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002, n° 163, p. 116.

[1134] L'art. 7 applicable aux sociétés dispose : « […] le contenu du contrat social ; les relations juridiques entre les associés ; entre ces derniers et la société ; et entre celle-ci et les tiers, sont régies par la loi de l'État où la société a son siège social. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1135] Uruguay, *Ejecución de hipoteca, fica* 290-237/2002, *Sentencia interlocutoria* n° 2676/2002, *H.D. c. E.P. y otra*, 24 juin 2003, cité par C. Fresnedo de Aguirre, « Jurisprudencia uruguaya en materia de contratos internacionales », *op. cit.*, p. 241-242. L'auteure mentionne cependant que la question de la loi applicable aux garanties réelles, et si elles rentrent dans le champ de l'application de l'art. 41 du Traité de Montevideo de 1940, n'est pas pacifiée en doctrine.

Ainsi, la Cour appliqua de façon stricte les présomptions du Traité de Montevideo et considéra que, même si l'hypothèque avait été constituée en Uruguay, la créance qu'elle garantissait relevait du droit argentin.

201. Bilan. En somme, il ressort des décisions de justice uruguayennes et argentines que le débat jurisprudentiel a persisté avec le Traité de Montevideo de 1940 sur la question de la force contraignante des présomptions légales pour déterminer le lieu d'exécution des contrats. La jurisprudence uruguayenne a continué d'appliquer strictement les présomptions, alors que les tribunaux argentins ont fait preuve d'une approche plus souple et créative dans la détermination du lieu d'exécution. Ces derniers ne se limitent pas aux présomptions posées par le traité, mais exercent une liberté interprétative plus étendue, allant jusqu'à recourir à des analogies avec des instruments dépourvus de caractère contraignant. Cette divergence d'interprétation démontre que la réforme du Traité de Montevideo n'a pas atteint l'objectif de sécurité juridique initialement recherché.

B. Le Code Bustamante

202. Comme déjà analysé[1136], le Code Bustamante adopte le principe de l'autonomie de la volonté en relation aux normes dites « volontaires » ou d'« ordre privé ». Cela signifie que les parties ont la liberté de choisir la loi applicable dans les domaines où elles peuvent exercer une telle autonomie. Cependant, que se passe-t-il en l'absence d'un tel choix ? Les articles 184 à 186 établissent des règles subsidiaires que le tribunal doit prendre en compte si les parties n'ont pas fait de choix ou s'ils ont fait un choix invalide ou douteux. Selon ces articles :

> « Article 184 — Les contrats doivent être interprétés, en règle générale, conformément à la loi qui les régit. Cependant, quand cette loi est discutée et qu'elle doit résulter de la volonté tacite des parties, la législation déterminée pour ce cas par les articles 185 et 186 sera appliquée comme présomption, même si cette solution amenait à appliquer au contrat une loi distincte comme résultat de l'interprétation de la volonté.
>
> Article 185 — En dehors des règles déjà établies et celles qui, à l'avenir, seront fixées pour des cas spéciaux dans les contrats d'adhésion, est présumée acceptée, à défaut de volonté expresse ou tacite, la loi de celui qui les offre ou prépare.
>
> Article 186 — Dans les autres contrats et pour le cas prévu dans l'article précédent, on appliquera en premier lieu la loi personnelle commune aux contractants et, à défaut, la loi du lieu où ils ont été conclus. »[1137]

203. Des critères objectivement définis comme des « présomptions » de la loi choisie. Conformément à l'article 184 du Code Bustamante, lorsqu'une loi n'est pas clairement

[1136] V. *supra* n° 129 et s.

[1137] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.*, p. 144-223.

choisie par les parties, ou qu'elle doit découler de leur volonté tacite, les critères objectifs de rattachement définis aux articles 185 et 186 du même Code doivent être appliqués[1138]. Ces critères objectifs, considérés comme des « présomptions » de la loi choisie par les parties, doivent s'appliquer « même si cela aboutit à l'application d'une loi différente pour le contrat en raison de l'interprétation de la volonté »[1139]. La dernière partie de l'article peut prêter à confusion, mais il semble qu'elle confirme que les critères de rattachement subsidiaires prescrits par le Code doivent *toujours* prévaloir, même si, dans un cas donné, le juge interprète la volonté tacite des parties différemment. Autrement dit, en l'absence de choix exprès, même si le juge estime que les parties auraient préféré indiquer une autre loi que celle désignée par ces critères de rattachement objectifs, ces derniers prévaudront. Ainsi, ils perdent en quelque sorte leur caractère subsidiaire pour devenir la règle de principe.

Tout comme Mancini, Bustamante fonde les critères de rattachement subsidiaires sur la volonté présumée des parties. Cependant, pour Bustamante, cela ne signifie pas une véritable recherche subjective de la volonté des parties, mais plutôt une justification objective et logique visant à simplifier la détermination de la loi applicable. Par conséquent, dans le Code Bustamante, la volonté « réelle » des parties n'est pas prioritaire ; au contraire, ce sont les présomptions légales établies par le Code qui prévaudront en l'absence de choix exprès[1140]. Ces critères de rattachement subsidiaires sont, pour les contrats en général : d'abord, la loi personnelle commune des parties contractantes et, à défaut, la loi du lieu de conclusion du contrat (art. 185). Puis, pour les contrats d'adhésion, c'est la loi de la partie qui « propose » ou « prépare » le contrat qui s'applique (art. 186)[1141].

Le choix des règles subsidiaires pour définir la volonté tacite des parties, comme prévu par le Code, a été vivement critiqué par la doctrine en raison de son critère assez abstrait et fictif, qui ne reflétait pas la volonté véritable des parties concernées. Selon le professeur Samtleben, l'application de ces rattachements subsidiaires repose uniquement sur les lois personnelles ou territoriales, et non sur une véritable volonté des parties[1142]. Le professeur Gilberto Boutin a formulé une critique à l'égard de l'article 186, qu'il juge « concis et quelque peu obsolète »[1143]. Selon lui, d'une part, le recours à la loi commune aux parties

---

[1138] Il convient de rappeler la doctrine de Bustamante, qui distinguait entre la volonté *tacite* et *présumée*, avec des conséquences variées : la volonté tacite, selon Bustamante, était une simple question de fait, à rechercher par une interprétation fondée sur des éléments personnels, tandis que la volonté présumée devait être désignée par des présomptions légales obligatoires. Dans le Code, il semble que cette distinction faite par son auteur n'ait pas été conservée lorsque le Code utilise expressément l'expression « volonté tacite » (*voluntad tácita*, en espagnol). Sur la doctrine de Bustamante, v. *supra* n° 135.

[1139] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

[1140] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 229.

[1141] Pour les raisons des rattachements choisis par Bustamante, v. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 228-229.

[1142] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.*, p. 229.

[1143] G.I. Boutin, *Codigo de Bustamante y normas internas de derecho internacional privado*, 2e éd., Panama, 1991, p. 75 (traduction libre de l'espagnol).

risquerait de neutraliser la dimension internationale du conflit de lois ; et, d'autre part, la loi du lieu de conclusion constitue un rattachement fortuit, dépourvu de lien substantiel avec le contrat, dans la mesure où elle « n'est pas le centre de gravité d'une relation contractuelle de nature internationale »[1144]. De plus, l'absence de précisions quant au choix de la législation applicable et à sa mise en œuvre a entraîné, en pratique, une importance accrue des liens objectifs prévus par le Code Bustamante. En d'autres termes, le critère du lieu de conclusion devient prééminent en pratique, étant donné que les parties auront rarement une loi personnelle commune.

204. Contrats spéciaux. La détermination des éléments de rattachement subsidiaires se révèle encore plus complexe à partir du Chapitre IV du Code, où il régit certains types de contrats spéciaux, en combinant des normes bilatérales avec des règles strictement statutistes, c'est-à-dire des règles classificatoires de lois, ce qui rend leur application pratique plus difficile[1145].

À titre d'exemple, l'article 196 du Code relatif au contrat de louage de choses énonce qu'« En matière de louage de choses, la loi territoriale doit s'appliquer aux mesures prises pour réserver les droits des tiers et aux droits et devoirs de l'acheteur de l'immeuble loué »[1146]. Cette disposition se trouve ainsi qualifiée de « territoriale » — terme qui, dans le Code Bustamante, s'identifie à la notion d'« ordre public international » conformément à l'article 3 — sans pour autant comporter de facteur de rattachement déterminé susceptible d'identifier le droit applicable[1147]. L'article 197 suit la même logique en établissant : « Est d'ordre public international, en matière de louage de services, la règle qui empêche de s'engager pour toute la vie ou pour plus d'un temps déterminé »[1148]. Il s'agit encore une fois d'une règle classificatoire et, comme l'a souligné le professeur Giménez Corte, « selon une terminologie plus contemporaine, pourrait être considérée comme une règle d'application immédiate, ou une norme impérative de droit international privé, de source conventionnelle »[1149], en d'autres termes, une loi de police.

S'agissant du contrat de prêt, l'article 205 prévoit que « la loi locale », également synonyme d'ordre public international dans le Code Bustamante, « s'applique à la nécessité d'une convention expresse d'intérêts et à leur taux » ; et concernant le contrat de dépôt, l'article 206 établit que « les dispositions relatives au dépôt nécessaire et au séquestre sont territoriales »[1150]. Ces dispositions sont ainsi classées d'ordre public

[1144] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1145] C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 237.

[1146] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.*, p. 144-223.

[1147] Pour la qualification de lois faite par Bustamante, v. *supra* n° 133.

[1148] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.*, p. 144-223.

[1149] C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 237 (traduction libre de l'espagnol).

[1150] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

international par le Code, conformément à la tripartition de lois proposée par Bustamante[1151]. Cependant, il n'est pas clairement établi comment ces normes se combinent avec les règles générales de conflit de lois énoncées à l'article 186 du Code.

D'autres règles revêtent également ce caractère « classificatoire » dans divers domaines contractuels, notamment pour les contrats aléatoires (Chapitre X), la transaction et le compromis (Chapitre XI), le cautionnement (Chapitre XII), le gage, l'antichrèse et l'hypothèque (Chapitre XIII), les quasi-contrats (Chapitre XIV), le concours et la priorité des créances (Chapitre XV), ainsi que la prescription (Chapitre XVI).

En outre, le Livre II du Code Bustamante, consacré au droit commercial international, comprend un Chapitre V (arts. 244 à 246) traitant des « dispositions générales sur les contrats commerciaux ». L'article 244 renvoie aux règles générales édictées pour les contrats civils en précisant que : « S'appliqueront aux contrats commerciaux les règles générales établies pour les contrats civils au Chapitre I, Titre IV, Livre I, du présent Code »[1152].

L'article 245 suivant est relatif aux contrats par correspondance et dispose qu'ils « ne sont parfaits que par la réalisation des conditions prescrites à cet effet par la législation de tous les contractants ». Mais, quelle serait précisément cette « législation de tous les contractants » ? Il demeure incertain si cette expression renvoie à la « loi personnelle commune aux contractants », principe de rattachement prévu à l'article 186 du Code, que chaque État peut interpréter différemment, en retenant tantôt la loi du domicile, tantôt celle de la nationalité des parties, ou encore à une combinaison des lois personnelles respectives de chacun des cocontractants, lesquelles peuvent différer entre elles. De plus, le concept de « perfection », qui évoque généralement le moment où le contrat est considéré comme formé et juridiquement valable, peut également soulever des questions, notamment s'il relève de la forme ou plutôt du fond du contrat. Enfin, l'article 246 qualifie d'ordre public international « les dispositions relatives aux contrats illicites et aux délais de grâce, de courtoisie et autres analogues »[1153].

Le Titre II du Code traite de certains contrats spéciaux du commerce, désignant des critères de rattachements spéciaux ou en opérant une classification de certaines situations, notamment pour les contrats de dépôt et de prêt commerciaux (Chapitre III, arts. 256 à 258), de transport terrestre (Chapitre IV, arts. 259 et 260), pour les contrats d'assurance (Chapitre V, arts. 261 et 262), la lettre de change (Chapitre VI, arts. 263 à 271). Puis, le Titre III est consacré au commerce maritime et aérien, qui inclut des règles spéciales pour les contrats de ces domaines (Chapitre II, arts. 285 à 294). À titre d'exemple, l'article 259 relatif au transport terrestre prévoit que « Dans le cas de transport international, il n'y a

[1151] V. *supra* n° 133.

[1152] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

[1153] *Ibidem.*

qu'un contrat, régi par la loi qui convient suivant sa nature »[1154]. Il subsiste un doute sur la loi qui est sous-entendue par cette expression « suivant sa nature ». Il semble s'agir d'un élément de rattachement flexible, car, finalement, c'est au juge qu'il reviendra de déterminer la loi applicable « qui convient » en fonction de la nature du contrat[1155].

À cet égard, le professeur Samtleben a relevé que, dans le système du Code Bustamante, la primauté revient aux rattachements à la loi personnelle commune et au lieu de conclusion, lesquels sont associés à d'autres critères subsidiaires. Cette configuration peut conduire, dans certains cas, à ce que « la même règle implique l'application à la fois du droit impératif et du droit supplétif, en établissant pour l'un et l'autre le même élément de rattachement » ; de ce fait, « les limites entre les différentes catégories de lois » tendent à « s'effacer complètement » dans le système de Bustamante[1156]. Selon lui, cette complexité trouve son origine dans la propre logique néo-statutiste du droit international privé inspirée par Bustamante, qui peut recevoir les mêmes critiques qu'a reçu la doctrine statutiste. Dans cette perspective, ainsi que le souligne le professeur Samtleben :

> « Par la distribution des lois en trois classes, le champ d'application n'est en aucun cas fixé clairement. Pour définir plus précisément ce champ d'application dans les trois classes, il est encore nécessaire d'établir concrètement l'élément décisif de rattachement. La variété des éléments de rattachement utilisés ici, en particulier concernant les lois territoriales, conduit également à la dissolution des différentes classes de lois et à de nombreuses confusions. »[1157]

En réalité, comme l'a aussi souligné le professeur Samtleben, la notion de lois territoriales dans le Code Bustamante englobe toutes les rattachements territoriaux, de sorte que, dans un cas donné, elle peut être comprise comme incluant la *lex rei sitae*, la *lex loci actus*, la loi de la résidence, la loi du domicile, le lieu d'exécution ou même la *lex fori*[1158]. Bien que certaines dispositions du Code Bustamante identifient spécifiquement le facteur de rattachement, le Code se limite généralement à catégoriser certaines lois comme étant des règles d'« ordre public international » ou à les qualifier de « lois territoriales ». Dans ce contexte, il n'est souvent pas clairement précisé quelle loi doit s'appliquer. En pratique, c'est généralement la *lex fori* qui est visée, et les dispositions du Code reçoivent habituellement cette interprétation lorsqu'une ambiguïté subsiste.

Cette difficulté à articuler l'autodésignation (ou l'auto-qualification) des lois avec la règle bilatérale applicable à un contrat donné, a généré des complications pratiques que l'application du Code par les juridictions des États parties n'a pu surmonter.

[1154] *Ibidem.*

[1155] C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 238.

[1156] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 229 (traduction libre de l'espagnol).

[1157] *Ibid*, p. 231 (traduction libre de l'espagnol).

[1158] J. Samtleben, *Internationales Privat- und Prozessrecht in Lateinamerika: Tradition und Reform, Band 1: Rechtsordnungen, op. cit.*, p. 756.

205. L'application des rattachements objectifs du Code Bustamante par les tribunaux étatiques. Dans le chapitre précédent, nous avons examiné la jurisprudence concernant l'autonomie de la volonté et constaté que peu de décisions ont été prises par les tribunaux latino-américains. Il en va de même pour les règles objectives applicables en l'absence de choix. Dans la plupart des pays parties au Code, la jurisprudence est quasi inexistante ou superficielle, incapable de résoudre les difficultés liées à l'interprétation de celui-ci, notamment en ce qui concerne les difficultés pratiques résultant de l'interaction entre les normes bilatérales applicables aux contrats en général et la classification tripartite des lois.

Au *Chili*, dans un arrêt daté du 16 juin 2005 de la Cour d'appel de Santiago, qui a déjà été analysé dans le cadre de l'autonomie de la volonté, la Cour précisa qu'en l'absence de choix clair quant à la loi applicable à un contrat commercial international, les articles 184, 186 et 240 du Code Bustamante doivent *nécessairement* s'appliquer[1159]. Selon cet arrêt, « lorsqu'il n'existe pas de clarté quant à la loi régissant ce type de contrat, il convient d'appliquer la législation du lieu de conclusion et, *en tout état de cause* [*en todo caso*], s'agissant de contrats commerciaux, la loi territoriale »[1160]. La Cour affirma ainsi que la « loi territoriale », qu'elle interprète comme renvoyant à la loi chilienne, devait s'appliquer « *en todo caso* », sans toutefois préciser à quel aspect du contrat cette application se rapportait. Il apparaît néanmoins que ce renvoi vise l'article 240 du Code de commerce chilien, également mentionné dans l'arrêt, lequel soumet la forme des contrats et des actes commerciaux à la « loi territoriale ». En outre, la Cour souligna qu'en l'absence de loi personnelle commune des contractants (conformément à la règle énoncée par l'article 186), il est inévitable de se référer à celle du lieu de conclusion de l'acte. Dans ce contexte, étant donné que « les parties sont liées entre elles au Chili, puisque le fournisseur allemand BASF AG est intervenu par l'intermédiaire de sa branche dans ce pays », la loi chilienne du lieu de la conclusion doit s'appliquer[1161].

Ces difficultés ont également été constatées au *Brésil*. Dans un arrêt du 3 juillet 2023, le Tribunal supérieur de justice se prononça sur un litige relatif à un contrat international de cession de parts sociales, conclu à Stockholm entre des parties domiciliées en Suède et au Royaume-Uni. Pour fonder l'application de la loi suédoise au litige, la Cour s'appuya sur la doctrine du professeur André de Carvalho Ramos[1162], qu'elle reproduisit textuellement : « le Code Bustamante, dans son article 164, suit la même orientation que l'article 9 de la Loi d'introduction aux normes de droit brésilien (LINDB), en disposant que le "concept et la classification des obligations sont subordonnés à la loi territoriale", ce qui implique

[1159] Chili, CA, Sala Séptima, Apelacion incidente n° 4275-2005, *Laboratorio Chile SA c. Basf Chile SA*, 16 juin 2005, *op. cit., supra* n° 145.

[1160] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1161] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1162] A. de Carvalho Ramos, *Curso de direito internacional privado*, 2 ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2021, p. 450-452, cité *ipsis litteris* par l'arrêt.

l'application de la loi du lieu de leur constitution »[1163]. En se fondant sur cet avis, la Cour conclut pour l'application de la loi suédoise du lieu de conclusion, en affirmant : « On constate donc que l'éventuelle interprétation des dispositions contractuelles, ainsi que les effets juridiques découlant d'une obligation contractuelle établie dans un contrat conclu à l'étranger, doivent être appréciés par le juge national sur la base du droit du lieu où l'accord a été conclu »[1164]. Par conséquent, la préqualification en tant que « loi territoriale », synonyme d'ordre public international dans le système de Bustamante, opérée par le Code Bustamante, a été interprétée comme désignant le rattachement adopté par la législation interne de droit international privé — la LINDB — conduisant à l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat, dans une claire confusion entre, d'une part, les lois internationalement impératives (synonyme de « territorial » dans le Code) qui gouvernent la « nature » et le « classement » du contrat au sens de l'article 164 (c'est-à-dire la catégorie de contrat) et, d'autre part, la règle de conflit de lois destinée à déterminer le droit applicable à ce même contrat[1165].

Dans un autre arrêt relatif à un contrat international de consommation, la confusion dans l'application des critères de rattachement prévus par le Code Bustamante, a également été mise en évidence. En fait, la Cour d'appel considéra, en citant le Code Bustamante, que, pour un contrat conclu à l'étranger, « la nationalité des parties n'est pas déterminante » et la loi applicable serait « celle du lieu de conclusion du contrat *ou* du lieu d'exécution de l'obligation »[1166]. La Cour fit ainsi référence au Code Bustamante et sous-entend, à tort, qu'il adopte trois critères de rattachement : nationalité, lieu de conclusion ou lieu d'exécution. Elle écarta ainsi, sans motivation, le rattachement fondé sur la nationalité, qui pourrait pourtant constituer le rattachement principal selon la « loi personnelle commune » des parties, et affirma que s'appliquent les rattachements du lieu de conclusion *ou* du lieu d'exécution, ce dernier n'étant pas celui prévu par le Code Bustamante.

La difficulté apparaît de manière encore plus marquée en matière de contrats de travail. En effet, la jurisprudence à ce sujet est abondante au Brésil et retient de manière constante que la référence à la « loi territoriale » mentionnée à l'article 198 du Code Bustamante correspond à l'application du rattachement bilatéral fondé sur le lieu d'exécution des

[1163] Brésil, STJ, AgInt no REsp n° 1 627 970, DJe 3 juillet 2023 (traduction libre du portugais).

[1164] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1165] Par ailleurs, le professeur Gilberto Boutin critique une interprétation de cet article comme renvoyant à la *lex fori*, en soulignant qu'elle est « quelque peu simpliste ». Selon lui : « S'il s'agit d'une obligation typiquement étrangère, il me semble que la loi territoriale ne peut pas être la loi du for (*Lex Fori*), mais bien la loi de la cause (*Lex Causae*) ». Cf. G.I. Boutin, *Codigo de Bustamante y normas internas de derecho internacional privado*, 2e éd., Panama, 1991, p. 73 (traduction libre de l'espagnol).

[1166] Selon cette décision : « Dans le cas d'un contrat conclu à La Havane, Cuba, en dehors du territoire national, sans aucun lien avec le Brésil, si ce n'est la nationalité des contractants — laquelle n'est pas un critère absolu pour l'application de la loi brésilienne —, la loi applicable sera celle du pays où le contrat a été conclu ou du pays d'exécution de l'obligation, en rappelant la vigueur du Code Bustamante ». Brésil, TJDFT, *8ª Turma Cível*, 07128711720218070001, 1 625 186, 4 octobre 2022, DJe 16 novembre 2022 (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

travaux[1167]. Par exemple, le Tribunal supérieur du travail brésilien a constaté que « le consensus jurisprudentiel est fondé sur le décret n° 18 871/1929, qui a promulgué la Convention de droit international privé de La Havane, dont l'article 198 impose la primauté de la législation du lieu de la prestation de services au détriment de celle du lieu où le contrat de travail a simplement été conclu : *lex loci executionis* »[1168].

Il a par ailleurs été confirmé qu'« En principe, l'élément de rattachement adopté comme règle générale pour déterminer la législation applicable est le lieu de la prestation de services, conformément à l'article 198 du Code de Bustamante, en vigueur au Brésil depuis sa ratification par le décret n° 18 871 du 13 août 1929 »[1169]. Il a également été précisé qu'« Il est certain qu'en vertu du critère de territorialité (*lex loci executionis*), reconnu par la Convention de droit international privé de La Havane, ratifiée par le Brésil (Code de Bustamante, 1928), la relation juridique de travail serait régie par les lois en vigueur dans le pays de la prestation de services, et non par celles du lieu de l'embauche »[1170]. Par ailleurs, il a été réitéré que « […] l'article 198 du Code de Bustamante prévoit, en règle générale, que la norme juridique applicable à la relation d'emploi est celle du lieu d'exécution des services »[1171].

206. Bilan. L'analyse de la jurisprudence et de la doctrine révèle un décalage significatif entre l'ambition systématique du Code Bustamante et sa mise en œuvre pratique. Si la doctrine s'accorde pour critiquer le caractère abstrait et fictif des présomptions légales établies par les articles 184 à 186, les tribunaux étatiques, qui le considèrent comme de véritables règles de conflit (et non une présomption), peinent à articuler de manière cohérente ses règles bilatérales générales avec la classification tripartite des lois opérée par le Code, notamment certaines dispositions qualifiées de « territoriales » ou d'« ordre public international », qui ne précisent pas le facteur de rattachement applicable. En effet, si une convergence se dégage quant à la primauté du lieu de conclusion du contrat en l'absence de loi personnelle commune — critère rarement réuni en pratique —, les divergences demeurent importantes s'agissant de l'articulation entre les règles bilatérales générales et les dispositions préclassificatoires du Code.

Cela est notamment illustré par la jurisprudence des tribunaux brésiliens, qui l'interprètent tantôt comme renvoyant au lieu de conclusion (en matière d'obligations générales), tantôt au lieu d'exécution (en matière de contrats de travail), voire confondent les différents rattachements possibles (en matière de consommation). Cette tendance, bien qu'elle simplifie l'application du Code, s'éloigne paradoxalement de la sophistication théorique voulue par Bustamante et confirme les critiques formulées par le professeur Samtleben

[1167] Pour la jurisprudence brésilienne au sujet de la loi applicable aux contrats de travail v. *infra* n° 244.

[1168] Brésil, TST, RR-107121/2003-900-04-00, DJU 13/2/2009 (traduction libre du portugais). Dans le même sens : TST, AIRR-102800-86.2009.5.04.0024, 5ª Turma, DEJT 09/12/2016.

[1169] Brésil, TST, AIRR-990-61.2012.5.09.0012, 6ª Turma, DEJT 12/09/2019 (traduction libre du portugais).

[1170] Brésil, TST, RR-194000-45.2009.5.10.0013, 7ª Turma, DEJT 06/12/2019 (traduction libre du portugais).

[1171] Brésil, TST, AIRR-1103-13.2015.5.02.0074, 2ª Turma, DEJT 07/05/2021 (traduction libre du portugais).

quant à la dissolution des différentes classes de lois dans le système néo-statutiste adopté par le Code. En définitive, la complexité du Code Bustamante, loin de garantir la prévisibilité recherchée, a engendré, lors de ses rares applications, des interprétations divergentes de ses dispositions par les juridictions latino-américaines.

§2 — L'adoption de critères flexibles par la Convention de Mexico

207. Au milieu du XX[e] siècle, de nouvelles théories nord-américaines ont remis partiellement en question le processus traditionnel de résolution des conflits de lois, suscitant ce que certains auteurs qualifièrent de « crise des conflits de lois »[1172]. Les débats furent marqués par des mouvements révolutionnaires, remettant en question les méthodes établies, notamment par le juriste nord-américain David Cavers, qui proposa des principes de préférence pour guider les choix de la loi applicable dans les litiges[1173]. Centrée sur l'évaluation des liens des lois en présence avec la situation litigieuse, la méthode de Cavers, influença le développement du droit des conflits de lois, notamment aux États-Unis, dans le second *Restatement* des conflits de lois (1971). Ce dernier prôna la prise en compte de la loi présentant « le lien le plus significatif » avec les faits et la question soulevée[1174].

Cette évolution a également touché les domaines contractuels, avec la consécration du principe des liens les plus étroits, favorisant une approche contextualisée dans la détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles internationales. Ces changements se sont reflétés tant dans les législations nationales que dans les conventions internationales, notamment en Europe, à travers la Convention de Rome de 1991, et en Amérique latine, lors de l'élaboration, dans le cadre continental de l'OEA, de la Convention de Mexico en 1994. Étant donné que les États-Unis font également partie de cette organisation, il paraît logique que les discussions sur l'harmonisation du droit international dans une perspective interaméricaine dépassent le seul cadre latino-américain, afin d'intégrer les nouvelles doctrines nord-américaines.

208. La loi régissant le fond : la méthode flexible des liens les plus étroits. En s'inspirant de la tendance de flexibilité, et notamment de l'exemple de l'Europe au début des années 1990, la Convention de Mexico adopte pour la première fois en Amérique latine

---

[1172] V. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 89. Ce mouvement a été également appelé la « révolution » américaine. Comme l'explique le professeur Bernard Audit : « Le terme de "révolution" est celui couramment employé aux États-Unis pour décrire les mouvements qui ont agité depuis une trentaine d'années la théorie et, à un moindre degré, la pratique des conflits de lois. Sous une forme concise, on peut dire qu'à la désignation d'un ordre juridique par une règle de conflit, on tend à substituer une évaluation des règles de fond en présence, en vue d'une réglementation satisfaisante de la situation concrète ». Cf. B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois) », *RCADI,* 1984, vol. 186, p. 242.

[1173] Pour la doctrine de Cavers, v. D.F. Cavers, « Contemporary Conflicts Law in American Perspective », *RCADI*, 1970, vol. 131.

[1174] V. *Ibid,* p. 106 et s. ; pour une synthèse et l'influence dans le contexte sud-américain, v. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 187 et s.

un système souple pour déterminer la loi applicable aux contrats internationaux. Elle va toutefois plus loin que son modèle européen — la Convention de Rome — en consacrant directement le rattachement flexible des liens les plus étroits sans recours à aucune présomption, accomplissant ainsi ce que le professeur Diego P. Fernández Arroyo a joliment résumé en disant que « certains chemins conduisent au-delà de Rome »[1175].

Ce système se trouve à l'article 9 de la Convention, ainsi rédigé :

> « Lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable ou lorsque leur choix s'avère inefficace, le contrat est régi par la loi de l'État avec lequel il est en rapport plus étroit.
>
> Le tribunal tient compte de tous les facteurs objectifs et subjectifs inhérents au contrat en vue de déterminer la loi de l'État avec lequel il est en rapport plus étroit. Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales.
>
> Néanmoins, lorsqu'une partie du contrat peut être séparée du reste du contrat et qu'elle est plus étroitement liée à un autre État, à titre exceptionnel, la loi de cet État peut s'appliquer à cette partie du contrat. »[1176]

La question était déjà l'objet de débats lors des réunions préparatoires de la CIDIP-V et notamment lors de la réunion d'experts de Tucson en 1993, qui discuta l'avant-projet de la Convention interaméricaine[1177]. Lors de la session plénière de la CIDIP-V en 1994, dans un document qui circulait de manière informelle, le professeur Friedrich K. Juenger a soutenu que le critère de la prestation caractéristique, qui avait été suggéré pour indiquer la loi ayant les liens plus étroits (suivant le modèle de la Convention de Rome) ne peut garantir ni la sécurité juridique ni des résultats justes[1178]. En commentant la Convention interaméricaine lors d'un article ultérieur, le professeur nord-américain Juenger a continué à critiquer le critère de la prestation caractéristique, qui, selon lui, en plus de la difficulté conceptuelle, peut être critiqué, d'un point de vue de politique et juridique, lors que cette dernière confère un privilège « capricieux » aux entreprises qui exercent de manière régulière une activité de fourniture de biens ou de services à l'échelle internationale, qui sont, en règle générale, mieux équipés que leurs clients occasionnels pour évaluer les risques des opérations internationales et pour s'en prémunir au moyen de clauses de choix de loi, de juridiction ou d'arbitrage[1179].

[1175] D.P. Fernández Arroyo, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, p. 178-186.

[1176] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[1177] G. Parra-Aranguren, « La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP-V, México, 1994 », *op. cit.*, p. 195 et s., spéc. p. 213-214.

[1178] *Ibid*, p. 214, note de bas de page n° 78 (traduction libre de l'espagnol).

[1179] F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *op. cit.*, p. 385 : « Apart from this conceptual difficulty, the characteristic

Une partie de la doctrine a salué, la solution adoptée par la Convention, considérant qu'elle apportait une réponse plus équitable[1180]. Selon le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, la formule flexible retenue « écarte d'autres notions controversées » et présente un intérêt particulier, notamment « pour les cas où les parties n'ont pas bénéficié de conseils juridiques avisés ou se sont méprises sur la portée du droit choisi, ce qui facilite la recherche du droit le mieux adapté aux objectifs poursuivis par les contractants »[1181]. Il précise aussi que cette formule sert à valider le contrat si le choix du droit devait conduire à son inefficacité, évitant ainsi l'invalidité totale de l'accord[1182]. Toutefois, une autre partie de la doctrine, qui s'est ainsi manifestée lors de la CIDIP-V, a insisté sur le manque de prévisibilité qu'elle implique en raison de la grande marge de subjectivité qu'elle laisse au juge[1183]. Comme souligné par les professeurs Didier Opertti Badán et Cecilia Fresnedo de Aguirre, cette subjectivité est « un facteur bien plus important dans les systèmes de tradition latine, où la jurisprudence n'est pas contraignante »[1184].

Il convient de noter que la notion de « prestation caractéristique », largement adoptée comme rattachement directeur dans le modèle européen, fut délibérément écartée de la Convention interaméricaine, malgré sa présence antérieure dans les projets discutés. Cette omission découle de la position défendue par la délégation nord-américaine. Certains États latino-américains appuyèrent également cette suppression, arguant que le critère de la prestation caractéristique était désavantageux pour les pays en développement[1185]. Il fut estimé que ce concept favorisait de manière arbitraire l'application de la loi de ceux qui détenaient une position dominante dans la fourniture de biens et de services. En définitive,

---

performance test can be faulted from a policy point of view for capriciously conferring a choice-of-law privilege upon enterprises that engage in a consistent course of conduct to supply goods or services internationally ».

[1180] V., en particulier, F.K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas, *op. cit.*, p. 203 et s. ; J.A. Moreno Rodríguez , « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.,* p. 327 ; E. Hernández-Bretón, « Venezuela », *in* C. Esplugues Mota, D. Hargain, G. Palao Moreno (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid, Edisofer, Serie Europa - América, 2008, p. 799.

[1181] J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya : ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.*, p. 327 (traduction libre de l'espagnol).

[1182] Cette formule, ajoute-t-il, « peut également jouer le rôle d'une règle de validation dans les situations où le choix du droit entraînerait l'inefficacité du contrat, pouvant difficilement supposer que les parties aient souhaité priver l'accord de toute validité ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1183] V., en particulier, D. Opertti Badán, C. Fresnedo de Aguirre*, Contratos Comerciales Internacionales: Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 35 ; D.P. Fernández Arroyo, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit*., n° 6 ; F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 361.

[1184] D. Opertti Badán, C. Fresnedo de Aguirre*, Contratos Comerciales Internacionales, op. cit.,* p. 35. Selon les auteurs : « Cette formule donne des résultats difficilement prévisibles, car elle laisse une très grande marge à la subjectivité du tribunal saisi de l'affaire, cette subjectivité est un facteur bien plus important dans les systèmes de tradition latine, où la jurisprudence n'est pas contraignante. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1185] M.B. Noodt Taquela, « Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable A Los Contratos Internacionales (México, 1994) », *op. cit.*, p. 12 et s.

le rapporteur exclut la référence à la prestation caractéristique en tant que présomption, la jugeant « superflue »[1186].

L'influence du principe de proximité se reflète dans les directives données au juge par l'article 9, qui se limitent à une formule générale des facteurs objectifs et subjectifs. Cette formule est complétée par une référence aux principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales, qui feront l'objet d'une analyse distincte lors de l'examen du rôle du droit étatique dans la Convention[1187]. Toutefois, à la différence du texte européen, la Convention de Mexico ne spécifie pas quels sont les facteurs que le juge doit prendre en considération ni si une hiérarchie existe entre ceux-ci et les principes généraux. En l'absence de telles indications, la doctrine proposa un ensemble d'éléments susceptibles de servir de guide pour déterminer la loi applicable.

209. Facteurs objectifs et subjectifs inhérents au contrat. En ce qui a trait aux facteurs objectifs, il fut considéré que ceux-ci comprennent les circonstances de fait qui sont liées soit aux parties, soit au contrat lui-même[1188]. Le rapporteur du projet de la Convention, José Luis Siqueiros, indiqua que les circonstances objectives incluent : la nationalité des parties, le domicile ou la résidence habituelle des parties, et le lieu de conclusion du contrat[1189]. D'autres éléments furent également soulevés par la doctrine, tels que le lieu d'établissement et le lieu de constitution de la personne juridique, le lieu d'exécution du contrat, le lieu de situation des biens meubles ou immeubles faisant l'objet du contrat, la devise de paiement, la relation avec un autre contrat comportant une clause de choix de la loi applicable, le choix d'un tribunal compétent ou encore le lieu du siège de l'arbitrage, et le lieu où sont remplies les exigences de publicité[1190].

L'introduction de facteurs subjectifs apporte un élément téléologique qui ajoute une certaine complexité. Certains ont soutenu que le juge devrait tenir compte du

---

[1186] V. D.P. Fernández Arroyo, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, p. 178-186.

[1187] V. *infra* n° 284 et s.

[1188] J.A. Giral Pimentel, « La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 2000, nº 117, p. 15-26, p. 20.

[1189] Cf. *Ibidem.*

[1190] V., en particulier, J.A. Giral Pimentel, « La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad », *op. cit.*, p. 20 ; R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 128 et s. ; L. Pereznieto Castro, J.A. Silva Silva, *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, Mexico, Oxford University Press, 2000, p. 281; J. Samtleben, « Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *in* D.P. Fernández Arroyo, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (dir.), *Derecho internacional privado americano actual: tendencias y relaciones; (jornadas de la ASADIP 2008)*, México, Univ. Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie doctrina jurídica nº 552, 1re éd., 2010, p. 15-27, p. 17 ; A. Dreyzin de Klor, T.N. Saracho Cornet, « Análisis de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México, 1994) », *Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI*, Casa del Foro de Rosario, AADI, 1995, vol. 5, p. 4 ; et J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts », *op. cit.*, p. 515.

comportement et des intentions manifestées par les parties, ainsi que des échanges lors des négociations contractuelles[1191]. Il a également été argumenté que le juge pourrait prendre en considération la volonté hypothétique des parties, de même que leurs attentes légitimes[1192]. D'autres ont évoqué l'équilibre des intérêts en jeu et même la prestation caractéristique du contrat (cette dernière n'étant pas envisagée comme une présomption, mais comme un simple élément parmi d'autres)[1193].

En revanche, le professeur Samtleben a souligné que les motifs ou intentions des parties ne devraient pas être pris en compte en tant qu'éléments subjectifs, dans la mesure où ils émanent du contrat lui-même, ce qui les transformerait en des éléments objectifs[1194]. Selon lui, les éléments subjectifs reflètent en réalité l'opinion subjective du juge quant à la loi la plus appropriée pour le contrat, en tenant compte des intérêts des parties. En d'autres termes, d'après l'auteur, l'article 9, alinéa 2, de la Convention de Mexico autorise le juge à appliquer la loi qui, à son avis personnel, aurait été la préférence subjective des parties en cas de choix conscient de la loi applicable[1195].

Cette position rejoint celle défendue par le professeur vénézuélien Giral Pimentel qui, s'appuyant sur les travaux préparatoires de la Convention de Mexico, définit les facteurs subjectifs comme « la théorie juridique permettant à l'interprète d'évaluer les éléments objectifs du contrat afin de se prononcer en faveur de l'application d'une loi déterminée rattachée à différents systèmes juridiques par le biais de multiples éléments objectifs »[1196]. L'auteur propose notamment la théorie de « la meilleure loi » en tant qu'élément subjectif prépondérant, s'inspirant de la doctrine de la *proper* anglaise, qui vise à rechercher pour chaque cas les solutions les mieux adaptées. Selon cette approche, en l'absence de choix des parties, « la meilleure loi » serait considérée comme celle qui assure une protection accrue des droits individuels et privés tout en respectant les attentes légitimes des contractants. Ainsi conçue, cette loi serait celle qui préserve la validité du contrat, favorise l'exécution de l'obligation comme convenue par les parties, ou encore celle qui présente la plus grande cohérence avec les usages du commerce international[1197].

[1191] L. Pereznieto Castro, J.A. Silva Silva, *op. cit.*, p. 281.

[1192] V. F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *op. cit.*, p. 391, pour qui cet article « reflète un éclectisme débridé qui oscille entre la géographie et la téléologie » (traduction libre de l'anglais). En ce sens, v. aussi, M.M. Albornoz, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *op. cit.,* p. 27 ; et R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 128 et s.

[1193] Cf. J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional », *op. cit.,* p. 515-516.

[1194] J. Samtleben, « Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *op. cit.,* p. 17.

[1195] Le professeur Freidrich Juenger avait préconisé cette solution lors d'un séminaire tenu au Mexique, et le projet du Comité juridique interaméricain se prononçait expressément en ce sens. V. *Ibidem.*

[1196] J.A. Giral Pimentel, « La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad », *op. cit.*, p. 20-21 (traduction libre de l'espagnol).

[1197] *Ibid*, p. 23-24.

De plus, selon le professeur Giral Pimentel, la Convention de Mexico favoriserait implicitement les éléments objectifs par rapport aux éléments subjectifs. C'est particulièrement le cas dans l'article 1er de la Convention, qui définit le contrat international uniquement en fonction des éléments objectifs[1198]. Dans tous les cas, étant donné que la Convention n'a pas précisé davantage les critères d'évaluation, le juge devra non seulement rechercher la loi qui présente le plus grand nombre de liens avec le contrat, mais également déterminer quel est le point le plus crucial ou significatif. Il effectue ainsi une pondération à la fois quantitative et qualitative[1199].

La doctrine critiqua souvent le caractère imprécis de la Convention de Mexico en ce qui concerne la recherche de la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat[1200]. Le professeur Diego P. Fernández Arroyo est l'un des critiques de l'article 9 de la Convention de Mexico. Selon lui :

> « Si l'on a quelquefois pensé que la consécration positive du principe de proximité, avec le corollaire de la notion de la prestation caractéristique et l'acceptation de la clause échappatoire, était le *summum* de la flexibilité, c'était dû au fait qu'on ne connaissait pas encore l'article 9. II. de la Convention de Mexico. Le juge ne possède que quelques indices assez vagues pour découvrir le droit applicable dans chaque cas. La prévisibilité des parties appartient, ainsi, au domaine de la pure intuition. »[1201]

Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira partage cet avis, et affirme que la règle de l'article 9 n'est pas « en mesure de garantir la prévisibilité et la sécurité juridique recherchées »[1202]. L'auteure souligne également que ce critère rendra la décision du tribunal plus complexe, puisque ce dernier sera probablement tenté d'utiliser les critères nationaux déjà en place, comme le lieu où le contrat a été conclu ou exécuté[1203]. Encore selon l'auteure brésilienne, une autre solution serait d'explorer le droit comparé, en particulier les accords internationaux élaborés dans ce domaine, en prenant en considération, par exemple, la loi du siège du débiteur de la prestation caractéristique du contrat. Cela permettra au juge de déterminer le droit qui a les liens les plus étroits avec le contrat en suivant le chemin de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui a inspiré la Convention de Mexico[1204].

[1198] *Ibid*, p. 21.

[1199] V. R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.,* p. 132.

[1200] En ce sens, v. J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts », *op. cit.*, p. 515, pour qui : « Moreover, the main criticism of that Convention is, accurately and paradoxically, the vagueness of the characteristic obligation referred to therein ».

[1201] D.P. Fernández Arroyo, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit*., p. 178-186.

[1202] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 361.

[1203] *Ibid*, p. 362. Sur la tendance à l'application de la loi du for, v. également J.A. Giral Pimentel, « La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad », *op. cit.*, p. 24-25.

[1204] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 362.

Toutefois, nous sommes d'avis qu'il faut être prudent quant à la considération de la loi du siège du débiteur de la prestation caractéristique du contrat pour déterminer la loi ayant les liens les plus étroits. Cela s'explique notamment car, lors de l'adoption de la Convention de Mexico, la notion de la prestation caractéristique en tant que critère directif fut retirée délibérément du texte approuvé, bien que diverses formes de ce critère aient été présentes dans des projets antérieurs (en tant que présomption)[1205]. Par conséquent, considérer que la loi du siège du débiteur de la prestation caractéristique constitue la seule loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat serait, à notre avis, contraire à l'essence même de la Convention. Nous partageons sur ce sujet l'analyse du professeur vénézuélien Giral Pimentel, selon laquelle les solutions découlant de la théorie de la prestation caractéristique ne doivent constituer qu'un guide interprétatif destiné à orienter les tribunaux dans leur démarche décisionnelle[1206]. Cette théorie ne saurait dès lors, être érigée en critère de rattachement exclusif, mais doit plutôt s'inscrire parmi l'ensemble des éléments permettant d'identifier la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat.

210. Le dépeçage judiciaire. En plus du dépeçage volontaire[1207], la Convention de Mexico admet également un dépeçage judiciaire ou involontaire[1208] en vertu de son article 9, alinéa 3. Dès lors, si une partie du contrat peut être dissociée du reste et qu'elle est davantage liée à un autre État, la loi de cet État peut s'appliquer à cette partie du contrat. Conformément à la Convention de Mexico, qui est, sur ce point, similaire à la Convention de Rome (art. 4.1), le juge est habilité à « dépecer » le contrat et à appliquer une loi distincte de celle initialement désignée comme applicable[1209].

Il est à noter que la Convention interaméricaine impose plus d'exigences pour le dépeçage judiciaire que pour le dépeçage volontaire. Conformément à l'article 9, alinéa 3, pour qu'un dépeçage judiciaire soit envisagé, deux conditions doivent être satisfaites : premièrement, la possibilité de séparer le contrat ; et, deuxièmement, l'existence d'un lien plus étroit de la partie dissociée avec un autre État. La séparabilité du contrat implique

[1205] Cf. D.P. Fernández Arroyo, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, p. 178-186 ; et J.A. Giral Pimentel, « La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad », *op. cit.*, p. 23.

[1206] J.A. Giral Pimentel, « La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad », *op. cit.*, p. 23 (traduction libre de l'espagnol).

[1207] V. *supra* n° 164.

[1208] Le dépeçage « juridique », également connu sous le nom de dépeçage « conflictuel », est une pratique ancienne, effectuée par le système juridique lui-même et appliquée par le juge sans qu'il n'y ait aucune influence de la volonté des parties. Ainsi, cette méthode est employée lorsqu'une affaire multinationale nécessite l'application de règles de conflit distinctes, ce qui conduit à l'application de lois différentes. Par exemple, des domaines tels que la forme du contrat et la capacité des parties sont régulièrement soumis à des lois distinctes de celles régissant le contenu du contrat, en raison de l'application de règles de conflit différentes. Sur ce sujet, v. C. Iud, *Contratos internacionales en el Código civil y Comercial de la Nación*, 1re éd., Buenos Aires, Editorial Albremática, 2019, p. 252 ; V. aussi R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 599.

[1209] Cependant, il convient de noter que le Règlement Rome I a exclu une telle possibilité à l'initiative du juge.

ainsi que la partie détachée puisse être traitée de manière autonome[1210]. Ce découpage possède deux caractéristiques majeures : il est optionnel et doit demeurer exceptionnel[1211].

211. Bilan. L'article 9 de la Convention de Mexico constitue une innovation majeure dans le droit international privé latino-américain, en consacrant une méthode résolument flexible pour déterminer la loi applicable aux contrats internationaux en l'absence de choix des parties. Cette approche, qui privilégie la recherche concrète des liens les plus étroits sans recourir à des présomptions rigides (comme c'était le cas des Traités de Montevideo et du Code Bustamante), reflète une volonté d'adaptation aux particularités de chaque situation contractuelle. Toutefois, cette flexibilité a un prix : l'incertitude juridique et l'imprévisibilité qui en découlent ont suscité des critiques légitimes, notamment dans les systèmes de tradition civiliste où la jurisprudence ne joue pas un rôle unificateur. Le rejet délibéré du critère de la prestation caractéristique (ou autre orientation), bien que motivé par des considérations d'équité envers les pays en développement, prive les juges d'un guide interprétatif qui aurait pu faciliter l'application uniforme de la Convention. En définitive, si l'article 9 de la Convention témoigne d'une ambition louable de dépasser les solutions européennes pour mieux répondre aux réalités interaméricaines, son interprétation et son application pratique demeurent problématiques, notamment en raison de l'incertitude qu'elle génère et de l'absence générale de jurisprudence dans les deux seuls pays qui l'ont ratifiée.

Conclusions du Chapitre

212. Tout au long de ce chapitre, nous avons analysé les différents éléments de rattachement applicables aux contrats établis par les conventions internationales en Amérique latine. Il a été constaté que les instruments actuellement en vigueur ont adopté différentes approches.

Les régimes conventionnels latino-américains relatifs à la *forme* des contrats traduisent des approches sensiblement divergentes quant aux critères de rattachement. Les Traités de Montevideo privilégient le lieu d'exécution, bien que leurs solutions diffèrent. Dans la version de 1889, la forme des actes authentiques était soumise à la loi du lieu de leur conclusion, tandis que celle des actes sous seing privé restait subordonnée à la règle générale de rattachement au lieu d'exécution, suivant ainsi la loi applicable au fond des contrats. Le Traité de 1940, dans un souci de simplification, unifie les règles relatives aux deux types d'actes : il établit que la loi du lieu d'exécution détermine si un contrat doit revêtir un caractère solennel ou non, mais attribue paradoxalement à la loi du lieu de conclusion la compétence pour fixer les « formes et solennités » à respecter. En outre, il précise que « les modes de publicité » relèvent de la loi de chaque État. Ainsi, malgré

[1210] V. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 213.

[1211] V. J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional », *op. cit.,* p. 518.

l'objectif affiché de simplification, cette nouvelle rédaction demeure lacunaire et soulève des difficultés d'interprétation.

Le Code Bustamante et la Convention de Mexico retiennent plusieurs critères de rattachement pour régir la forme. Toutefois, alors que le Code Bustamante impose un cumul obligatoire des lois du lieu d'exécution et de la loi applicable au contrat, la Convention de Mexico adopte un système alternatif, offrant le choix entre la loi régissant le fond du contrat, la loi du lieu de sa conclusion ou celle de son exécution, conférant ainsi une flexibilité accrue favorable à la validité des contrats en multipliant les options de conformité.

En ce qui concerne la loi applicable au *fond*, d'un côté, les Traités de Montevideo et le Code Bustamante optèrent pour des présomptions envoyant à des rattachements prédéfinis et de caractère « rigide », tandis que, de l'autre côté, la Convention de Mexico préféra mettre en place un système « flexible » en l'absence de choix pour la désignation de la loi applicable en matière contractuelle, laissant plus de marge d'œuvre au juge du for.

Concernant les instruments ayant adopté des critères de rattachement rigides, si, dans les deux cas, les présomptions furent majoritairement interprétées comme de véritables règles de conflit à caractère impératif s'imposant aux juges, une divergence dans les choix de critères fut constatée, avec des orientations très contrastées. Alors que les Traités de Montevideo retinrent la loi du lieu d'exécution comme rattachement principal pour régir les contrats, le Code Bustamante privilégia la loi commune des parties comme principe directeur, avec la loi du lieu de conclusion du contrat à titre subsidiaire. Ces deux ensembles de pays (ceux parties aux Traités de Montevideo et ceux parties au Code Bustamante) se sont différenciés par des influences et conceptions juridiques opposées. Alors que les pays signataires des Traités de Montevideo suivirent davantage les travaux de Savigny, le Code Bustamante fut marqué par une orientation personnaliste inspirée des idées de Mancini. Néanmoins, ces deux ensembles de conventions régionales présentent une similitude frappante : la compréhension et l'application de leurs normes respectives ne sont pas immédiatement évidentes, et elles donnent ainsi lieu à des interprétations divergentes. Ce défi est amplifié par un déficit de jurisprudence établie dans les deux cas, complexifiant davantage l'élucidation et la mise en œuvre cohérente de ces normes. Cette absence de décisions judiciaires rend l'interprétation et l'application des lois encore plus ardues, laissant la place à des incertitudes et ouvrant la voie à des interprétations subjectives selon les tribunaux et les praticiens du droit.

Il convient de rappeler que le Traité de Montevideo de 1889 mit en place un système de « présomptions » pour déterminer le lieu d'exécution, suscitant de vives divergences quant à leur véritable portée. Ce système fut largement critiqué en raison de sa complexité d'application pratique et de sa rédaction inexacte quant à la possibilité conférée aux parties de désigner indirectement la loi applicable en désignant expressément un lieu d'exécution. L'analyse de la rare jurisprudence pertinente, notamment uruguayenne, montre l'adoption d'une position plutôt conservatrice en appliquant de manière contraignante l'article 34 du

Traité de Montevideo, même en considérant qu'il s'agit d'une « interprétation » du rattachement au lieu d'exécution, norme générale et impérative. En somme, selon la position de ce pays, le lieu d'exécution est déterminé nécessairement conforme aux « normes interprétatives » de l'article 34, sans donner effet à la volonté des parties de désigner un lieu différent de celui stipulé par le Traité. Comme cela a été souligné, ces présomptions deviennent de véritables règles de conflit de lois, ou, en d'autres termes, des « règles-présomptions ». Par ailleurs, l'examen de la jurisprudence uruguayenne, particulièrement dans ses décisions les plus récentes, révèle l'influence croissante de la théorie de la prestation caractéristique dans l'interprétation du Traité.

Le Code Bustamante adopta, quant à lui, un système complexe à interpréter, propre à la doctrine personnaliste de son auteur. En effet, ce Code retient des éléments de rattachement objectifs et subsidiaires, également à titre de présomption, qui entrent en jeu en raison d'un choix incertain ou tacite. Cependant, ces rattachements furent considérés comme de véritables éléments de principe, s'appliquant même lorsque l'interprétation de la volonté des parties amène à l'application d'une autre loi, conformément à l'article 184 du Code. Cette méthode, tout comme celle des Traités de Montevideo, fit l'objet de nombreuses critiques en raison de sa complexité et de son caractère abstrait. En outre, la détermination des éléments de rattachement subsidiaires se révèle encore plus complexe lorsque le Code établit des règles spéciales à certains contrats, en combinant des normes bilatérales avec des règles strictement statutistes à caractère unilatéral, c'est-à-dire des règles « classificatoires » de lois, ce qui rend leur conciliation très complexe par le juge contemporain, formé à la règle classique de type savinienne. Cette contradiction constitue l'une des principales faiblesses du Code Bustamante, que la jurisprudence peine à résoudre : d'une part, le Code contient un nombre important de normes unilatérales qualifiées de « territoriales » (assimilées par le Code à des normes d'« ordre public international ») qui, en pratique, opèrent comme de véritables facteurs de rattachement ou des lois de police ; d'autre part, ces normes limitent substantiellement l'autonomie de la volonté des parties, tout en présentant des critères d'application peu intelligibles.

La Convention de Mexico de 1994 essaya de trouver un équilibre entre la souplesse des solutions et la prévisibilité du droit applicable. Cette convention impose au juge, en l'absence de choix des parties, d'appliquer la loi la plus étroitement liée au contrat, sans toutefois lui fournir de critères précis pour guider cette recherche. Contrairement au Règlement Rome I, le système interaméricain laisse, ainsi, une grande latitude au juge, qui peut désigner le droit applicable sans être lié par des rattachements spécifiques. Il s'écarte également de l'idée de la « prestation caractéristique », ce qui, d'une part, permet une approche plus adaptable aux particularités de chaque cas, mais d'autre part, s'éloigne des objectifs de sécurité et prévisibilité.

CHAPITRE III — LES QUESTIONS COMMUNES À L'HYPOTHÈSE DU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE ET À L'ABSENCE DE CHOIX

213. Dans les chapitres précédents, nous avons examiné les normes latino-américaines d'origine conventionnelle concernant la loi applicable aux contrats internationaux, que ce soit par l'exercice de l'autonomie de la volonté ou en l'absence de choix. Cependant, plusieurs questions se posent quant à la mise en œuvre de cette loi, qu'elle soit choisie par les parties ou désignée par les règles conflictuelles objectives. Pour des raisons de logique et de clarté, ces questions seront analysées dans un chapitre distinct. Ce chapitre traitera donc de la mise en œuvre de la loi applicable aux contrats internationaux, en abordant notamment : la définition de l'internationalité du contrat (Section 1), le domaine de la loi du contrat (Section 2), le renvoi (Section 3), ainsi que des possibles « perturbations » ou limitations à l'application des lois étrangères (Section 4). De plus, un régime particulier est fréquemment prévu pour certains contrats impliquant des parties considérées comme vulnérables, notamment les contrats de consommation et de travail, ce qui justifie qu'une analyse spécifique leur soit consacrée (Section 5). Enfin, il a paru pertinent de consacrer une analyse spécifique à l'examen de la place du droit non étatique dans les conventions régionales en Amérique latine (Section 6).

Section 1 — Internationalité du contrat

214. L'application de la loi du contrat suppose, à titre liminaire, la qualification préalable de l'internationalité du rapport contractuel. Les instruments de droit souple relatifs aux contrats commerciaux internationaux utilisent le terme « international » dans un sens très large. En général, il suffit que les parties soient établies ou résidentes dans des juridictions différentes, ou que le lieu d'exécution ou l'objet du contrat soit situé en dehors de l'État où les parties sont établies. En règle générale, le critère d'internationalité n'exclut que les négociations dans lesquelles tous les éléments pertinents sont liés à un seul État[1212]. Le droit conventionnel, pour sa part, privilégie généralement une conception juridique de l'internationalité fondée sur la présence d'éléments d'extranéité objectifs et pertinents, au premier rang desquels figure l'établissement ou la résidence habituelle des parties[1213]. Le droit international privé européen adopte quant à lui une approche distincte en recourant

[1212] V., en particulier, la recommandation n° 5 du Guide de l'OEA (OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019) et l'art. 1.2 des Principes de La Haye et ses commentaires (HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 2015).

[1213] V. L. Stark, *L'internationalité en droit international privé*, thèse, Université Bourgogne Franche-Comté en cotutelle avec Johannes-Gutenberg-Universität, 2020, spéc. p. 36 et s.

aux notions autonomes de « litige transfrontalier » et de « situation comportant [ou impliquant] un conflit de lois ». Cette dernière formulation présente la particularité de pouvoir englober des situations objectivement internes dans lesquelles les parties auraient néanmoins désigné un droit étranger comme loi applicable à leur rapport juridique[1214]. En Amérique latine, seule la Convention de Mexico propose une définition de l'internationalité des contrats. Les Traités de Montevideo, tout comme le Code Bustamante, demeurent silencieux sur cette question fondamentale.

215. Le contrat « international » dans la Convention de Mexico. Le deuxième paragraphe de l'article premier contient une qualification autonome de contrat « international ». Cela constitue une innovation par rapport aux instruments en vigueur dans la région avant cette date. Selon l'article 1.2 de la Convention de Mexico, le contrat sera considéré comme international lorsque « les parties au contrat ont leur résidence habituelle, ou leurs établissements dans des États parties différents, ou lorsque le contrat a des liens objectifs avec plus d'un État partie »[1215]. La Convention, suivant une approche juridique, définit ainsi l'internationalité d'une manière positive et plutôt restreinte, avec deux critères alternatifs : au moins quand les parties ont leur résidence ou leur établissement dans des États parties différents, ou, encore, quand le contrat présente des liens objectifs avec plus d'un État partie à la Convention. Étant donné que les deux possibilités sont liées par la conjonction « ou » et non « et », le contrat serait considéré comme international si l'une ou l'autre des conditions est remplie. C'est, par ailleurs, la solution recommandée par le Guide de l'OEA sur la loi applicable[1216].

Malgré l'importance de la définition autonome retenue par la Convention de Mexico, des difficultés subsistent. Premièrement, la Convention ne définit pas ce qui peut être considéré comme un « contrat », notion qui peut varier selon les droits nationaux. Cela était déjà soulevé lors des discussions préalables à la conclusion de la Convention. En fait, la question fut posée de savoir si, au lieu de « contrats internationaux », on ne pourrait pas utiliser un terme plus large, comme « obligations contractuelles », afin d'inclure, dans la notion de contrat, des déclarations unilatérales de volonté. Enfin, la question ne recueillit pas une réponse spécifique dans le texte de l'instrument conventionnel. Pour cette raison, certains auteurs considérèrent que les déclarations unilatérales de volonté étaient incluses dans le champ d'application de la Convention, lorsque d'autres, au contraire, considérèrent que de tels actes seraient exclus. Cette appréciation fut alors laissée à l'appréciation du juge, qui décida de l'applicabilité en fonction des circonstances du cas d'espèce[1217].

En ce qui concerne la notion d'« internationalité », l'intention des États américains d'empêcher les parties d'internationaliser leur contrat par le choix d'une loi étrangère fut

[1214] V. *Ibidem* ; au sujet de l'internationalisation volontaire du contrat, v. *infra* 567bis et s.

[1215] *Ibidem*.

[1216] Cf. OEA, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, *op. cit.,* p. 41.

[1217] J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional », *op. cit*., p. 496-499.

exprimée dès les discussions de la CIDIP-IV[1218]. Cela fut confirmé lors de la CIDIP-V et expressément affirmé dans le texte de la Convention de Mexico, qui qualifie le contrat comme international seulement en présence des deux critères décrits à l'article 1.1 : un critère strict, de la résidence habituelle ou de l'établissement, et un critère plus souple, celui des liens objectifs. Mais, existe-t-il une hiérarchie entre les deux ? Selon le professeur Belandro, il n'existe pas de hiérarchie entre les deux critères. Lorsque deux critères sont liés par la conjonction « ou », ils ne sont pas cumulatifs, mais alternatifs ou concurrents[1219]. Dès lors, le contrat serait international lorsque les parties ont leur résidence habituelle « ou » des établissements dans des États parties différents. En outre, ils seront également considérés comme internationaux lorsqu'ils présentent des liens objectifs avec plus d'un État partie, même s'ils ont leur résidence ou établissement dans un même État. Cette idée fut également soutenue par les professeurs Leonel Pereznieto Castro et Jorge Alberto Silva Silva, selon lesquels les liens objectifs sont analysés sans prendre en considération la résidence habituelle ou l'établissement des parties au contrat[1220].

Toutefois, les deux critères adoptés suscitent des questions, puisque la Convention de Mexico n'a pas attribué de sens propre à ces concepts, et qu'elle ne précise pas non plus le moment de leur prise en compte. Quelle est, alors, la définition de résidence habituelle et d'établissement que le juge doit retenir lors de l'examen de l'internationalité d'un contrat ? De plus, quels sont les éléments objectifs qui doivent être pris en considération lors de cette analyse, et à quel moment de la relation contractuelle cette appréciation peut-elle ou doit-elle être faite ? La Convention ne répond pas à ces questions, ce qui peut entraîner des problèmes d'uniformité dans son application. La doctrine latino-américaine tente donc d'y remédier en proposant certaines réponses pour assurer une application uniforme de la Convention.

216. Notion de « résidence habituelle » et d'« établissement ». En premier lieu, il est assez logique d'affirmer que la notion de résidence habituelle se rapporte aux personnes physiques, tandis que le concept d'établissement s'applique aux personnes morales. Toutefois, certains auteurs admirent également l'application de la notion de résidence habituelle aux sociétés et celle d'établissement aux personnes physiques[1221].

La notion de « résidence habituelle » ne présente pas de difficultés majeures. Elle s'inscrit dans la tendance suivie par les conventions internationales modernes et peut être justifiée par la tentative de rapprocher les systèmes de droit civil et anglo-saxon, ce qui est très

[1218] *Ibidem.*

[1219] V. R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 41 et s.

[1220] L. Pereznieto Castro, J.A. Silva Silva, *op. cit.*, p. 530.

[1221] V. A. Dreyzin de Klor, T.N. Saracho Cornet, « Análisis de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México, 1994) », *op. cit.*, p. 34. V. aussi, J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional », *op. cit*., p. 497.

important pour un instrument à vocation interaméricaine[1222]. Afin d'éviter les complications que peut engendrer le critère du domicile, l'idée moderne de résidence habituelle renvoie à une forme de stabilité ou de régularité, c'est-à-dire à la volonté de s'établir dans un État donné. En outre, elle implique une certaine intégration dans un environnement social[1223].

À titre d'exemple, dans le contexte latino-américain, la Convention interaméricaine sur le domicile des personnes physiques en droit international privé, ratifiée par le Mexique, définit à l'article 2.1 que le domicile d'une personne physique est déterminé, dans l'ordre, par les circonstances suivantes : « 1. Le lieu de résidence habituelle ; 2. Le lieu du centre principal de ses activités commerciales ; 3. En l'absence de ces circonstances, le lieu de la simple résidence est réputé être le lieu du domicile ; 4. À défaut, s'il n'y a pas de résidence simple, le lieu où elle est située »[1224]. Par ailleurs, l'article 5 du Traité de Montevideo de 1940 donne des éléments pour déterminer le domicile d'une personne physique. Le premier de ces éléments (paragraphe 1) est « la résidence habituelle en un lieu, avec l'intention d'y rester »[1225]. À notre avis, cette Convention pourrait être utilisée comme source d'interprétation de la Convention de Mexico afin de garantir l'interprétation uniforme et l'unicité exigée.

La notion d'« établissement » mérite une attention plus soutenue. La Convention de Mexico n'a pas spécifié l'établissement à prendre en considération dans le cas d'une société qui en possède plusieurs. Devant un tel silence, la doctrine a souvent considéré qu'il n'est pas nécessaire que ce soit l'établissement principal[1226]. Dès lors, tout établissement peut être considéré lors de l'analyse de l'internationalité d'un contrat, qu'il s'agisse ou non de l'établissement principal. Par conséquent, le contrat sera international lorsque les parties ont un établissement quelconque dans différents États parties. Toutefois, il faut que l'établissement en question ait un lien avec la relation contractuelle. En effet, il a été soutenu que, lorsqu'une des parties a plusieurs établissements, la mention d'un établissement particulier dans la Convention de Mexico renvoie au lieu qui est lié à

[1222] V. J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional », *op. cit*., p. 497.

[1223] Dans le contexte de l'Union européen, la notion de résidence habituelle est une notion autonome. Dans un arrêt du 25 novembre 2018, la CJUE a précisé la notion de résidence habituelle comme étant caractérisée par un élément intentionnel, comme il suit : « en principe, par deux éléments, à savoir, d'une part, la volonté de l'intéressé de fixer le centre habituel de ses intérêts dans un lieu déterminé et, d'autre part, une présence revêtant un degré suffisant de stabilité sur le territoire de l'État membre concerné ». CJUE, 25 novembre 2021, « IB c. FA », aff. C—289/ 20, ECLI:EU:C:2021:955.

[1224] OEA, Convention interaméricaine sur le domicile des personnes physiques en droit international privé, adopté à Montevideo, Uruguay, le 5 août 1979 lors de la Deuxième conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé. Pour le texte complet et la liste des pays membres v.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-44.html (traduction libre de l'espagnol).

[1225] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1226] V., en particulier, A. Dreyzin de Klor, T.N. Saracho Cornet, « Análisis de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México, 1994) », *op. cit.*, p. 34 ; et J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional », *op. cit*., p. 514.

l'opération[1227]. Un parallèle est fait entre la Convention de Mexico et la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, puisque cette dernière prévoit à son article 10 qu'en cas de pluralité d'établissements de l'une des parties, « l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat »[1228].

En dernier ressort, tant pour la résidence habituelle que pour l'établissement, et dès lors que la Convention de Mexico n'a pas précisé le contenu de ces notions, leur conceptualisation est transférée aux États parties. Ceux-ci devront, toutefois, développer une interprétation qui prend en compte le caractère international et l'application uniforme de la Convention de Mexico, conformément à l'article 4 de celle-ci.

217. Éléments pertinents. En ce qui concerne le deuxième critère pour la définition du contrat international, le Convention de Mexico a également laissé son appréciation au juge. Néanmoins, la doctrine latino-américaine s'est prononcée sur les orientations qui devraient être suivies dans la définition de ces éléments objectifs. Certains auteurs considèrent qu'un rattachement « réel », « raisonnable » est requis. Parmi ces rattachements reviennent souvent le lieu de conclusion, le lieu d'exécution du contrat, les lieux d'exécution de la prestation caractéristique dans le cas d'un contrat à exécution successive dans différents pays, ou encore le lieu du paiement[1229].

D'autres auteurs, au contraire, jugent que « tout contact » avec un autre État est suffisant pour internationaliser le contrat, sauf si cela est provoqué par un simple choix d'une loi ou d'une juridiction étrangère fait par les parties[1230]. Partisan du deuxième courant, le professeur uruguayen, Ruben Santos Belandro, affirme que la définition de l'internationalité fondée sur ce deuxième critère est appropriée, car elle permet au juge de s'ajuster à la réalité de la relation contractuelle. Selon cet auteur, on peut choisir n'importe quel élément étranger, à l'exception de la simple élection d'une loi étrangère ayant pour but de transformer un contrat interne en international[1231]. En effet, d'après le professeur uruguayen, la Convention de Mexico ne s'appliquerait pas aux contrats « purement internes », c'est-à-dire ceux rattachés exclusivement à un seul État. Pour ces derniers, selon lui, les parties ne disposent pas de la faculté de choisir la loi applicable au contrat, mais

[1227] *Ibidem.*

[1228] Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 11 avril 1980.

[1229] A. Dreyzin de Klor, T.N. Saracho Cornet, « Análisis de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México, 1994) », *op. cit.*, p. 34-35. V. aussi L. Pereznieto Castro ; J.A. Silva Silva, *op. cit.*, p. 530.

[1230] M.B. Noodt Taquela, « Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable A Los Contratos Internacionales (México, 1994) », *op. cit.*, p. 22. V., aussi, J.L. Siqueiros, « Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *op. cit.*, p. 220.

[1231] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 43-44.

peuvent procéder à une simple « incorporation » de celle-ci, laquelle produira alors les effets d'une stipulation contractuelle[1232].

Toutefois, pour les professeurs Leonel Pereznieto Castro et Jorge Alberto Silva Silva, s'en remettre aux « liens objectifs » n'est pas une bonne méthode, notamment quand ces liens sont analysés isolément. Les auteurs mexicains rappellent que le lieu de conclusion peut être fortuit et que, souvent, les contrats ont plus d'un lieu d'exécution. Dans de telles situations, selon eux, il sera plus judicieux d'adopter des méthodes de contact plus précises[1233]. Les auteurs soutiennent ainsi qu'une analyse conjointe des liens objectifs doit être privilégiée, pour permettre une détermination plus juste de la loi applicable[1234].

Malgré les efforts doctrinaux, ce point n'a pas été clarifié de manière adéquate par la Convention de Mexico. Logiquement, en raison de l'esprit de la Convention de Mexico, l'exigence de liens « objectifs » exclut l'internationalisation du contrat à travers la seule utilisation, par les parties, de leur autonomie quant à un choix de la loi applicable. Cependant, la Convention ne comportant aucune limitation quant aux liens objectifs à prendre en compte dans le cadre de cette analyse, il nous semble alors que tout élément de rattachement objectif peut être retenu, pourvu qu'il soit pertinent, c'est-à-dire qu'il présente une importance suffisante au regard de la relation contractuelle.

218. Moment d'analyse de l'internationalité des contrats. Comme nous l'avons vu, la Convention de Mexico ne résout pas la question de savoir à quel moment l'internationalité du contrat doit être appréciée. Pour résoudre cette question, le professeur Ruben Santos Belandro se fonde sur la doctrine de la classification tripartite du néerlandais Josephus Jitta, qui divise les relations juridiques privées en trois catégories : les relations « purement internes » ; les relations « absolument internationales » ; et les relations « relativement internationales »[1235]. Selon le professeur Belandro, le champ d'application de la Convention de Mexico devrait couvrir les deux dernières catégories : d'une part, les contrats qui présentent un caractère international dès leur conclusion et, d'autre part, ceux qui acquièrent cette qualification postérieurement, en raison de la modification des circonstances objectives qui les caractérisent (p. ex. d'un changement de résidence habituelle ou d'établissement des parties, ou encore d'une modification du lieu d'exécution des obligations contractuelles). Néanmoins, cette mutation du contrat interne en contrat

[1232] L'auteur précise néanmoins que cette exclusion de principe n'est pas absolue. En effet, la Convention demeure applicable, si telle est la volonté des États contractants, pour résoudre les conflits de lois internes au sein d'un État composé de plusieurs unités territoriales, conformément aux dispositions de l'article 23 de la Convention de Mexico (*Ibid*, p. 46). Selon l'article 23 de la Convention de Mexico : « Un État qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents régissent les questions qui font l'objet de la présente Convention ne sera pas tenu d'appliquer la présente Convention aux conflits se présentant dans la loi en vigueur dans ces unités territoriales ». Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[1233] L. Pereznieto Castro, J.A. Silva Silva, *op. cit.*, p. 530.

[1234] *Ibidem.*

[1235] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 44-46.

international demeure, selon le professeur uruguayen, soumise au respect des dispositions impératives des ordres juridiques concernés[1236].

Selon cette opinion, la Convention de Mexico s'appliquera avec un effet *ex nunc*, c'est-à-dire dès que le contrat devient international, et non avant. L'internationalité du contrat devrait être analysée, alors, au moment de la *conclusion* des contrats pour ceux absolument internationaux, afin d'éviter une transformation d'un contrat purement interne en un contrat international par une manipulation des parties (c'est l'internationalité du contrat qui permet aux parties de choisir une loi étrangère, et non l'inverse). L'analyse des critères objectifs avec les pays étrangers doit être traitée alors *ab initio*, antérieurement à l'élection de la loi applicable. Pour les contrats relativement internationaux, l'internationalité sera analysée au moment du *changement de la circonstance* qui le rend international, moment à partir duquel la Convention de Mexico s'applique[1237].

Section 2 — Domaine de la loi du contrat

219. Le domaine de la loi du contrat ou champ de la loi applicable peut varier d'un système juridique à l'autre. Par « champ d'application » de la loi (selon le terme utilisé par les Principes de La Haye), nous entendons le « domaine » de la loi applicable (comme le préfère la rédaction du Règlement Rome I), c'est-à-dire tous les aspects ou matières qui seront régis par cette loi, que ce soit grâce à un choix effectif conclu par les parties ou autrement[1238]. En outre, il convient de préciser que cette section se concentrera sur la loi applicable au fond des contrats, étant donné que, de manière générale, dans les conventions latino-américaines, la forme des contrats est régie par des normes spécifiques[1239]. Il en est de même de la capacité, qui relève généralement du statut personnel[1240].

[1236] *Ibid*, p. 46.

[1237] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 44-46.

[1238] Pour une étude sur le domaine de la loi du contrat en droit international privé, v. A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé* : contrats internationaux et dirigisme étatique, Dalloz, 1972.

[1239] V. *supra* n° 169.

[1240] V. les arts. 1 et 4 du Traité de Montevideo de 1889, qui disposent : « Art. 1 — La capacité des personnes est régie par les lois de leur domicile » ; « Art. 4 — L'existence et la capacité des personnes juridiques de droit privé sont régies par les lois du pays dans lequel elles ont été reconnues comme telles. Le caractère qu'elles revêtent les autorise pleinement à exercer, hors de leur lieu de création, tous les droits et actions qui leur appartiennent. Mais, pour l'exercice habituel des actes qui ressortissent à leur objet spécial, elles devront se soumettre aux prescriptions établies par l'État dans lequel elles entendent agir. » (Traduction libre de l'espagnol). Pour ce qui des Traités de Montevideo de 1940, v. les arts. 1 et 4 : « Art. 1 — L'existence, l'état et la capacité des personnes physiques sont régis par la loi de leur domicile. Il ne sera donné effet à aucune incapacité de caractère pénal, non plus qu'à celles qui pourraient résulter de la religion, de la race, de la nationalité ou de l'opinion. » ; Art. 4 — L'existence et la capacité des personnes juridiques de droit privé sont régies par les lois du pays de leur domicile. Le caractère qu'elles revêtent les autorise pleinement à exercer, hors de leur lieu de création, tous les droits et actions qui leur appartiennent. Mais, pour l'exercice habituel des actes qui ressortissent à leur objet spécial, elles devront se soumettre aux prescriptions établies par l'État où elles entendent agir. Il en sera de même pour les sociétés civiles. » (Traduction cf. *JDI*, 1956, p. 482-509). Concernant le Code Bustamante, v. les arts. 27 et 33 : « Art. 27 — La capacité des personnes physiques est déterminée par leur loi personnelle, sauf les restrictions apportées à son application par le

En Amérique latine, les Traités de Montevideo et la Convention de Mexico énumèrent clairement les matières régies par la loi applicable au contrat (§1), tandis que le Code Bustamante est plus lacunaire sur ce sujet (§2).

§1 — Traités de Montevideo et Convention de Mexico : délimitation expresse du champ d'application

220. Dans le Traité de droit civil international de 1889, l'article 33 établit le champ d'application de la loi applicable au contrat. Selon cet article, cette loi régit l'existence du contrat, sa nature, sa validité, ses effets, ses conséquences, son exécution, et, de manière très large, toutes les questions relatives aux contrats, quel que soit leur aspect. La version révisée de 1940 maintint une rédaction identique à l'article 37.

En ce qui concerne le champ d'application ou le domaine de la loi applicable, l'article 14 de la Convention de Mexico est plus étendu que les Traités de Montevideo. Cet article prévoit ce qui suit :

> « La loi applicable au contrat en vertu des dispositions du chapitre 2 de la présente Convention régit *principalement* :
>
> a) son interprétation ;
> b) les droits et les obligations des parties ;
> c) l'exécution des obligations qu'il crée, et les conséquences de l'inexécution du contrat, y compris l'évaluation des dommages en vue du paiement d'une indemnité compensatoire ;
> d) les divers modes d'extinction des obligations, y compris la prescription et la caducité des actions ;
> e) les conséquences de la nullité ou de l'invalidité du contrat. »[1241]

Le terme « principalement » employé à l'article 14 retient l'attention et semble suggérer que la liste mentionnée dans cet article n'est pas exhaustive, laissant ainsi au juge une

présent Code ou par le droit local » ; « Art. 33 — Sauf les restrictions établies aux articles précédents, la capacité civile des organismes administratifs (*corporaciones*) est régie par la loi qui les a créés ou reconnus ; celle des fondations, par les règles de leur institution, approuvées par l'autorité compétente, si leur droit national l'exige, et celle des associations, par leurs statuts dans les mêmes conditions. » (Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*). Finalement, v. l'art. 5 de la Convention de Mexico, qui exclut la capacité de son champ d'application : « La présente Convention ne détermine pas la loi applicable : a) aux questions découlant de l'état civil des personnes physiques, à la capacité des parties ou aux conséquences de la nullité ou de l'invalidité du contrat qui découlent de l'incapacité de l'une des parties ; […] f) aux questions de droits des sociétés, y compris l'existence, la capacité, le fonctionnement et la dissolution des sociétés commerciales et des personnes juridiques en général ». Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[1241] *Ibidem* (original sans italiques).

marge d'appréciation dans une situation concrète pour inclure d'autres matières dans le champ d'application de la loi désignée comme applicable[1242].

Concernant ce sujet, le Guide de l'OEA réalisa une comparaison assez détaillée du champ d'application de la loi applicable dans la Convention de Mexico, le Règlement Rome I et les Principes de La Haye[1243]. De cette comparaison, il ressort peu de différences substantielles, les trois instruments ayant des formulations assez semblables. De plus, les commentaires officiels de l'article 9 des Principes de La Haye sur le champ d'application de la loi choisie, qui présente également une formulation similaire, peuvent s'avérer très utiles pour interpréter la Convention de Mexico. Cette approche est d'ailleurs celle adoptée par le Guide de l'OEA.

§2 — Code Bustamante : l'impact de la division tripartite des lois dans le champ d'application de la loi du contrat

221. Le Code Bustamante est particulier quant à la délimitation du champ d'application de la loi régissant le contrat. En effet, l'article 184 du Code se limite à disposer que « Les contrats doivent être interprétés, en règle générale, conformément à la loi qui les régit »[1244]. Ainsi, la loi choisie par les parties ou celle désignée par les normes objectives du Code Bustamante régit l'interprétation du contrat. Qu'en est-il des autres aspects du contrat, par exemple son exécution ou son extinction ? La réponse n'est pas clairement définie dans les normes du Code.

Sur ce point, il convient de rappeler la classification tripartite des lois faite par le Code Bustamante en lois personnelles, territoriales ou volontaires (art. 3). En consultant le Code, et plus particulièrement les règles régissant les obligations et les contrats, on peut constater que, mis à part l'article 184, certains aspects du contrat sont qualifiés de l'une de ces trois catégories. Par exemple, « la *nature* et les *effets* des diverses catégories d'obligations, de même que leur *extinction*, sont régis par la loi de l'obligation dont il s'agit » (art. 169). Toutefois, « les *conditions de paiement* et la *monnaie* en laquelle il doit être fait » sont régies par la « loi locale » (art. 170)[1245]. Par conséquent, d'une lecture conjointe des articles mentionnés, nous pouvons conclure que la loi applicable au contrat régit son interprétation, sa nature, ses effets, et son extinction.

[1242] Par ailleurs, l'existence et la validité du contrat, ou de l'une quelconque de ses dispositions, ainsi que la validité substantielle du consentement des parties en ce qui concerne le choix de la loi applicable, sont également régies par le droit choisi comme applicable (art. 12). V. *supra* n° 165.

[1243] V. OEA, Inter-American Juridical Committee, Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas, 2019, p. 199 et s.

[1244] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

[1245] *Ibidem.*

Curieusement, d'autres questions liées aux contrats sont qualifiées autrement et régies par des lois diverses. Ainsi, sont régis par la loi personnelle de chaque contractant les aspects liés à la « capacité ou à l'incapacité de donner son consentement » (art. 176)[1246], mais sont territoriales, et donc régies par la loi du siège, les normes sur les *vices de consentement* (art. 177)[1247]. Ainsi, en vertu de cet article, la loi du for sera appliquée pour décider si une partie a commis une erreur ou a subi une violence, une intimidation ou un dol au moment où elle a consenti au contrat. Encore, selon l'article 181 du Code, la résolution des contrats en raison de l'incapacité ou de l'absence est régie par la loi personnelle de l'absent ou de l'incapable[1248]. Cependant, d'autres causes de résolution, leurs formes ou leurs effets sont soumis à la loi territoriale, c'est-à-dire à la *lex fori* (art. 182)[1249]. En outre, les règles sur la nullité des contrats sont soumises à la loi qui régit la cause de nullité (art. 183)[1250].

Le Code comporte également des règles spéciales sur la prescription. Deux règles distinctes sont prévues. D'une part, la « prescription extinctive des actions personnelles » est régie par « la loi à laquelle est soumise l'obligation frappée d'extinction » (art. 229)[1251], et, par conséquent, par la règle générale du Code, c'est-à-dire la loi commune des parties et, à défaut, celle du lieu de conclusion du contrat. D'autre part, la prescription des « actions réelles » portant sur des biens mobiliers ou immobiliers est régie par « la loi du lieu où est située la chose à laquelle elle se réfère » (art. 230)[1252]. Toutefois, l'article suivant précise que, dans les cas d'actions portant sur des biens mobiliers qui ont changé de situation pendant le délai de prescription, « la loi du lieu où ils se trouvent à la fin du terme fixé pour la prescription » sera appliquée (art. 231)[1253]. Par conséquent, la prescription des actions relatives à des contrats concernant des biens immobiliers sera régie en fonction de la loi du pays où se trouve l'immeuble en question, tandis que pour les biens meubles, le lieu de situation du bien à la date de fin de la période de prescription sera déterminant.

[1246] « Art. 176 — Les règles qui déterminent la capacité ou l'incapacité de donner son consentement dépendent de la loi personnelle de chaque contractant ». Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223.

[1247] « Art. 177 — La loi territoriale s'appliquera à l'erreur, la violence, l'intimidation et le dol, relativement au consentement ». Traduction cf. *Ibidem.*

[1248] « Art. 182 — La rescision des contrats pour incapacité on absence est déterminée par la loi personnelle de l'absent ou de l'incapable ». Traduction cf. *Ibidem.*

[1249] « Art. 182 — Les autres causes de rescision et leurs formes ou effets sont soumis à la loi territoriale ». Traduction cf. *Ibidem.*

[1250] « Art. 183 — Les dispositions sur la nullité des contrats sont soumises à la loi dont dépend la cause de nullité ». Traduction cf. *Ibidem.*

[1251] « Art. 229 — La prescription extinctive des actions personnelles est régie par la loi à laquelle est soumise l'obligation frappée d'extinction ». Traduction cf. *Ibidem.*

[1252] « Art. 230 — La prescription extinctive des actions réelles est régie par la loi du lieu où est située la chose à laquelle elle se réfère ». Traduction cf. *Ibidem.*

[1253] « Art. 231 — Si, dans le cas prévu à l'article précédent, il s'agit de meubles qui ont changé de situation pendant le délai de prescription, on appliquera la loi du lieu où ils se trouvent à la fin du terme fixé pour la prescription ». Traduction cf. *Ibidem.*

Dans un arrêt rendu le 14 décembre 2011, la Cour d'appel d'Antofagasta, au Chili, a appliqué l'article 229 du Code Bustamante pour établir la prescription extinctive des actions personnelles. Elle a ainsi décidé que la loi régissant le fond d'un contrat de vente internationale de marchandises (en l'occurrence, la loi chilienne) devait s'appliquer à la question de la prescription[1254].

Section 3 — Renvoi

222. Le renvoi concerne la question de savoir si le choix par les parties de la loi d'un État inclut également les règles de droit international privé de cet État ou simplement les règles matérielles. Dans certains cas, l'application des règles de droit international privé d'un autre État peut renvoyer à la loi de l'État du for (renvoi en premier degré) ou à celle d'un État tiers (renvoi en deuxième degré)[1255].

La question du renvoi n'avait pas été perçue au moment où fut élaborée la théorie de la règle de conflit. Elle émergea plutôt dans la seconde moitié du XIX^{e} siècle, devant les tribunaux de divers pays[1256]. En France, par exemple, la question fut résolue en 1878 par l'acceptation du renvoi au premier degré dans l'affaire *Forgo* concernant la succession mobilière[1257].

En Europe, comme en Amérique latine, les auteurs se sont divisés entre ceux qui s'opposaient au renvoi et ceux qui tentaient de le justifier[1258]. En suivant la tradition juridique latino-américaine, qui, à l'époque, était réticente à l'idée du renvoi[1259], les Traités de Montevideo et le Code Bustamante n'ont fait aucune mention de ce mécanisme (§1). La

---

[1254] Chili, CA, Sala segunda, Casacion, rol n° 724-2011, *Italvibras G. Silingardi S.P.A. c. Project*, Antofagasta, 14 décembre 2011. Selon cet arrêt : « l'application de l'article 822 du Code de commerce découle précisément de l'article 229 du Code de droit international privé *(Code Bustamante)*, en ce sens que la prescription extinctive doit être régie par la loi à laquelle est soumise l'obligation qui sera prescrite, en l'occurrence la loi chilienne, et que, dans le cas des obligations régies par le Livre II du Code de commerce, puisqu'il s'agit précisément de contrats commerciaux, l'application de l'art. 822 devient cohérente en vertu du droit international, conformément au Code de droit international privé susmentionné. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1255] Sur les discussions autour du renvoi dans une perspective de droit comparé, v., en particulier, W.J. Kassir, « Le renvoi en droit international privé technique de dialogue entre les cultures juridiques », *RCADI*, 2016, vol. 377 ; A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », *RCADI*, 2012, vol. 352 ; et H. Lewald, « La théorie du renvoi », *RCADI*, 1929, vol. 29 ; v. aussi, B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 267 et s.

[1256] *Ibid*, p. 268.

[1257] Cass. Civ., 24 juin 1878.

[1258] Pour une analyse de droit comparé, en particulier en Amérique latine, v. H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit*., p. 233 e s. ; pour une analyse de l'évolution doctrinale en Europe et, plus particulièrement, en France, v. B. Audit, L. d'Avout, op. cit., p. 269 et s. ; et D. Bureau, H. Muir Watt, Droit international privé : Partie générale, op. cit., p. 613-614.

[1259] V., en particulier, la doctrine de Bustamante sur le sujet, A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Manual de Derecho Internacional Privado, op. cit.,* p. 92-93 ; v. aussi, pour une analyse de droit comparé, H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.,* p. 233 e ss.

Convention de Mexico, quant à elle, aborde explicitement cette question, mais exclut le renvoi en matière contractuelle par une disposition générale (§2).

§1 — Le silence des Traités de Montevideo et du Code Bustamante

223. Les Traités de Montevideo et le Code Bustamante ne comportent aucune disposition relative au renvoi. La doctrine relative aux Traités de Montevideo n'a pas approfondi davantage cette question. Toutefois, dans le cas du Code Bustamante, ce silence fut interprété comme une présomption de rejet général du renvoi, à quelques exceptions près[1260]. Bustamante lui-même avait exprimé son opposition à l'acceptation du renvoi. Lorsqu'il expose la catégorie de lois de l'ordre public interne, il critique la théorie du renvoi, en affirmant qu'elle manque de logique[1261]. Selon lui, à moins qu'il n'existe une disposition expresse contraire dans les lois internes, l'indication de loi applicable ne doit pas inclure les règles de droit international privé de cette loi, mais seulement le droit matériel en vigueur dans cet État. Dans ses propres termes, il ne s'agit pas « d'un autre système de droit international privé, mais bien de la législation interne vers laquelle la première nous conduit »[1262].

Comme l'explique le professeur Samtleben, le principe, selon la doctrine Bustamante, était la non-acceptation du renvoi. Il explique que, selon la propre conception de la délimitation de la « compétence législative » dans cette doctrine, les règles de conflit doivent renvoyer directement à des règles concrètes de l'ordre juridique compétent, et non à son droit international privé[1263]. Mais, Bustamante, lui-même, avait donné une souplesse à cette règle de principe. Lors des discussions préliminaires sur l'application de la loi personnelle comme loi applicable à la succession, Bustamante fit remarquer que la loi personnelle applicable pourrait, à son tour, déclarer applicable la loi de la situation de biens, et, dans un tel cas, cette dernière devrait être applicable. Cependant, pour le professeur Samtleben, cette acceptation du renvoi fait par Bustamante lors de la discussion de son Projet de code ne veut pas dire qu'il acceptait la théorie, mais plutôt, qu'il céda en faisant une concession aux idées opposées manifestées lors des débats[1264].

[1260] V., en particulier, J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.*, p. 260-266 ; G. Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho Internacional Privado*: Problemas selectos y otros estúdios, 3e éd. rev., Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 291 et s. ; G. Parra-Aranguren, « El reenvío en el derecho internacional privado venezolano », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 1991, vol. 79, p. 139-240, p. 144 ; et C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menendez, C.L. Candela Sánchez, *Introducción al derecho internacional privado, Conflicto de leyes*, Parte general, Lima, Pontificia Univ.Católica del Perú, Dir. Acad. de Investigación, 2002, p. 266-268. Pour ces auteurs l'esprit du Code Bustamante était contraire au renvoi, mais dans son application pratique, l'exclusion du renvoi était facilement oubliée, notamment en ce qui concerne la jurisprudence des pays latino-américains.

[1261] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Manual de Derecho Internacional Privado, op. cit.,* p. 92-93.

[1262] *Ibidem.*

[1263] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 261. V. aussi, G. Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 291 et s. ; dans le même sens, v. B. Nolde, « Codification du Droit International Privé », *op. cit.*, p. 363.

[1264] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 261.

La doctrine est cependant d'accord sur quelques exceptions à l'idée générale de rejet du renvoi par le Code Bustamante. Ces exceptions, comme l'explique le professeur Samtleben, résultent de la nature transactionnelle du Code. Ainsi, quand le Code fait une mention expresse au droit international privé d'autre pays, celui-ci s'appliquera par le biais du renvoi. Un cas intéressant est celui de l'article 7 du Code concernant le statut des individus, qui semblait depuis sa rédaction originale faire référence expresse au renvoi[1265]. Cependant, même dans la formule originale de l'article 7, Bustamante ne voyait pas la consécration du renvoi, mais, au contraire, son exclusion définitive. Pour lui, l'acceptation du renvoi à la définition du statut personnel serait une source de complication et de contradiction. Selon le maître cubain, aucune loi ne devrait se référer à une autre : on applique la loi du domicile aux citoyens des pays qui suivent ce principe, et la loi nationale aux citoyens des États qui préfèrent ce critère[1266].

Dans sa formulation définitive, l'article 7 établit que « chaque État contractant appliquera comme lois personnelles la loi du domicile ou la loi de la nationalité, ou celles déjà adoptées ou qui seront adoptées par sa législation interne »[1267]. Autrement dit, chaque État choisit quelle loi personnelle s'applique en fonction de ses propres principes, soit ceux de la nationalité, du domicile, de la résidence ou autre. Suivant le professeur Samtleben, l'article 7 du Code suggère que la loi déclarée applicable par la *lex fori* devrait être considérée comme définitive, à moins que cette loi accepte le renvoi. Dans ce dernier cas, le renvoi doit être respecté. Selon l'auteur allemand :

> « […] il incombe à la norme conflictuelle de chaque *lex fori* de déterminer quelle loi doit être appliquée en tant que loi personnelle. À travers l'application du traité, cette règle apparaît comme une forme de renvoi. Toutefois, la question se pose de savoir si la loi déclarée applicable par la *lex fori* devrait être réputée définitive ou si tout renvoi ultérieur fait par la *lex fori* doit être respecté. En comparant le texte actuel avec la proposition initiale, qui stipulait que le droit international privé de l'État d'origine devrait avoir le dernier mot, la première interprétation apparaît plausible. En revanche, l'article 7 soumet le choix de la loi applicable précisément à la législation des différents États contractants. Toutefois, lorsque cette législation impose explicitement le respect du renvoi, il est crucial de se conformer à sa décision. »[1268]

[1265] La rédaction originale du projet était la suivante : « Chaque État partie appliquera aux nationaux des autres États parties les lois d'ordre public interne de leur domicile ou de leur nationalité, selon le système qu'adopte l'État auquel ils appartiennent. » (Traduction libre de l'espagnol). D'ailleurs Bustamante lui-même s'est manifesté pour l'exclusion du renvoi dans la rédaction de cet article. V. G. Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 298 et s.

[1266] *Ibid*, p. 299.

[1267] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

[1268] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 264 (traduction libre de l'espagnol).

Cette vision est également partagée par une partie de la doctrine latino-américaine[1269]. De ce fait, malgré l'opposition exprimée par Bustamante vis-à-vis du renvoi, il est plausible d'accepter que, si les États parties au Code Bustamante ont la liberté d'élire l'élément de rattachement du statut personnel qu'ils estiment approprié, ils puissent également décider d'appliquer le renvoi dans ce contexte.

Une autre clarification doit être apportée concernant les lois territoriales ou d'ordre public international. La possibilité du renvoi en matière de lois territoriales était inconcevable dans l'esprit du Code Bustamante[1270]. La tendance générale du Code est de proscrire le renvoi pour les domaines considérés comme territoriaux. Cependant, lorsque les dispositions du Code autorisent expressément les États parties à déterminer si leur droit est applicable ou non, il semble que le renvoi doit exceptionnellement être admis. Le raisonnement s'apparente ici à celui appliqué aux questions de statut personnel. Si le Code confère aux États une pleine liberté de choisir quelles normes doivent être considérées comme d'ordre public international, ils seraient donc en mesure d'inclure le renvoi dans un tel cas[1271].

§2 — Rejet exprès du renvoi par la Convention de Mexico

224. Comme la Convention de Rome[1272], qui lui servit d'inspiration, l'article 17 de la Convention de Mexico interdit le recours au renvoi par une disposition générale. Selon cette disposition, au sens de la Convention, « on entend par "loi", la loi en vigueur dans un État, à l'exclusion de ses règles de conflit de lois »[1273]. Ainsi, pour des raisons de sécurité juridique, lorsqu'une loi est désignée comme applicable à un contrat, que ce soit par les parties ou par le juge en l'absence d'un tel choix, le contrat ne sera soumis qu'aux règles de fond de la loi désignée. Comme l'explique le commentaire des Principes de La Haye, « cette exclusion protège l'intention présumée des parties, en empêchant l'application d'une loi contraire à leurs attentes légitimes, et évite aussi insécurité et imprévisibilité juridiques » (commentaire 8.2).

[1269] V., en particulier, G. Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 291 et s. ; et C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menendez, C.L. Candela Sánchez, *Introducción al derecho internacional privado, Conflicto de leyes*, Parte general, *op. cit.*, p. 266-268.

[1270] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 264.

[1271] *Ibid*, p. 266 ; dans le même sens, G. Parra-Aranguren, « El reenvío en el derecho internacional privado venezolano », *op. cit.,* p. 147 et s.

[1272] Selon l'art. 15 de la Convention de Rome : « Lorsque la présente convention prescrit 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 ».

[1273] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

Le sujet du renvoi suscita de grands débats doctrinaux[1274], en particulier quant à son application dans les matières soumises à l'autonomie de la volonté, comme c'est le cas des contrats internationaux[1275]. De manière générale, on considéra que le principe du rattachement de la volonté des parties est incompatible avec le renvoi. En effet, comme l'ont affirmé les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, « dès lors que les intéressés sont réputés avoir choisi une loi, c'est celle-ci qu'ils entendent voir appliquer, et non une loi tierce par l'effet d'une règle de conflit dont il serait peu réaliste de considérer qu'ils l'avaient en vue et en escomptaient l'application »[1276]. Selon les mêmes auteurs, il est également nécessaire de rejeter la possibilité d'un renvoi pour une autre raison. Cela s'applique lorsque le lien juridique le plus étroit est établi par la désignation de la loi du contrat, comme c'est le cas avec la Convention de Mexico. Dans ce cas, « ce principe de rattachement exclut normalement tout renvoi, qui serait par hypothèse à une loi moins proche »[1277].

Les États signataires de la Convention de Mexico n'approfondirent pas beaucoup cette question, en particulier la possibilité pour les parties de recourir au renvoi lors de la désignation de la loi applicable à leur contrat. Le guide de l'OEA n'a pas non plus abordé ce sujet. En réalité, ce Guide se limite à affirmer que l'exclusion du renvoi « est conforme à l'article 20 de Rome I et pourrait être considérée comme la position la plus prédominante dans la doctrine du droit international privé sur la question du renvoi »[1278]. Mais, paradoxalement, le Guide recommande ensuite aux États d'exclure le jeu du renvoi, tout en respectant aussi les dispositions de l'article 8 des Principes de La Haye, qui permettent aux parties de déclarer expressément qu'elles souhaitent avoir recours au renvoi[1279].

Malgré la référence à la permission accordée par l'article 8 des Principes de La Haye, qui constitue une exception notable, un autre passage du Guide semble confirmer l'exclusion générale du renvoi prévue par la Convention de Mexico. En effet, lors de l'examen de la

---

[1274] V., en particulier, W.J. Kassir, « Le renvoi en droit international privé technique de dialogue entre les cultures juridiques », *RCADI*, 2016, vol. 377 ; A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », *RCADI*, 2012, vol. 352 ; H. Lewald, « La théorie du renvoi », *RCADI*, 1929, vol. 29 ; E. Agostini, « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 545-586, p. 546 et s. Pour une analyse de la doctrine et jurisprudence latino-américaine sur le renvoi, v., en particulier, T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.*, p. 274-280. L'auteure affirme que la Convention sur les règles générales de droit international privé, approuvée lors de la CIDIP-II, ne contient pas de règle sur le renvoi en raison du manque de consensus des États latino-américains sur la question (v. *Ibid*, p. 218).

[1275] V., en particulier, W.J. Kassir, « Le renvoi en droit international privé technique de dialogue entre les cultures juridiques », *op. cit.*, p. 60 et s. ; A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », *op. cit.,* p. 376 et s. ; et E. Agostini, « Le mécanisme du renvoi », *op. cit.*, p. 546 et s. (pour le lien entre le renvoi et l'autonomie de la volonté, v. *Ibid*, p. 565 et s).

[1276] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 278.

[1277] *Ibidem.*

[1278] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, p. 153 (traduction libre de l'anglais).

[1279] Selon la recommandation 12.1 du Guide : « Le régime juridique national sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux devrait : exclure le principe du renvoi pour offrir une plus grande certitude quant à la loi applicable, conformément à l'article 17 de la Convention de Mexico et à l'article 8 des Principes de La Haye. » (Traduction libre de l'anglais).

jurisprudence vénézuélienne, laquelle se montre favorable au renvoi sous certaines conditions, le Guide souligne que, bien que l'article 4 de la loi vénézuélienne constitue la règle générale et paraisse dépourvu d'exception, la doctrine l'a interprété de manière à faire prévaloir la solution retenue par la Convention de Mexico en matière de contrats commerciaux internationaux. Ainsi, « il est considéré que les dispositions de la loi doivent être interprétées conformément à la Convention de Mexico et, par conséquent, le renvoi doit être compris comme étant exclu en ce qui concerne les obligations contractuelles »[1280].

En tenant compte de tous les arguments du Guide, il apparaît que la meilleure interprétation de la Convention de Mexico est qu'elle ne permet pas aux parties de faire appel au mécanisme du renvoi. Cette conclusion est principalement justifiée par la mention dans le Guide de l'article 20 du Règlement Rome I, ainsi que par le contexte historique entourant l'adoption de la Convention de Mexico, elle-même influencée par la Convention de Rome, qui excluait également le renvoi. De plus, cette interprétation peut être déduite du cadre juridique et théorique des nations latino-américaines de l'époque, qui étaient généralement hostiles au renvoi[1281].

Le professeur Moreno Rodríguez, en commentant le nouveau Guide, confirma l'exclusion du renvoi, sans pour autant mentionner la possibilité pour les parties de librement y recourir. Selon lui : « Le guide préconise l'exclusion du renvoi, afin d'apporter une plus grande certitude quant au droit applicable, en cohérence avec la Convention de Mexico et les Principes de La Haye »[1282].

Par conséquent, nous pouvons en déduire que la règle générale de l'article 17 de la Convention de Mexico, qui exclut le renvoi, doit impérativement s'appliquer en cas de silence des parties. Cependant, il en va autrement lorsqu'un choix de loi applicable est effectué par les parties. En raison du manque de précision de la Convention, l'évaluation de la possibilité pour les parties de faire recours au renvoi sera laissée au tribunal saisi. Il pourra, en appliquant littéralement l'article 17, décider que les parties ne peuvent se référer qu'aux règles matérielles de la loi choisie, ou bien admettre qu'elles peuvent également faire référence à l'application des règles de droit international privé de la loi choisie, en tenant compte des orientations des Principes de La Haye pour interpréter la Convention de Mexico.

[1280] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, n° 330 (traduction libre de l'anglais).

[1281] Sur la position des États latino-américains sur le renvoi, v., en particulier, T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.*, p. 274-280.

[1282] J.A. Moreno Rodríguez, « Miscelánea: la nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte II) », *op. cit.*, p. 275 (traduction libre de l'espagnol).

Section 4 — « Perturbations » à l'application des lois étrangères

225. L'application d'une loi étrangère peut être « perturbée » ou limitée dans certaines situations, que les parties aient ou non fait un choix de la loi applicable[1283]. Comme l'a souligné le professeur Haroldo Valladão, « L'application de la loi étrangère, directe ou indirectement, peut être écartée par le juge dès lors que se réalise l'un des rares cas exceptionnels prévus à cet égard par la *lex fori* »[1284]. Ces limites, comme l'explique le professeur brésilien, « constituent une rupture, une suspension du jeu de la loi étrangère, visant à protéger les intérêts fondamentaux de l'État du for et de ses ressortissants […] »[1285].

La principale de ces limites, universellement admise dans le droit international privé, est l'ordre public. Son rôle, comme l'a résumé le professeur Valladão « est *restreint* dans la théorie territoriale et statutiste de Story (usage limité à quelques cas), *plus marquée* dans la communauté de droit de Savigny (exception faite des lois strictement obligatoires du for et des institutions inconnues), et particulièrement *large* dans la théorie personnaliste de Mancini (à l'exclusion des lois de droit public, de l'ordre public et des bonnes mœurs) »[1286].

Si, dans le système de droit européen contemporain, la distinction entre l'ordre public, considéré comme une exception à l'application de la loi étrangère après la mise en œuvre de la règle de conflit bilatérale (en tant que clause d'exception), et la méthode des lois de police, qui s'imposent directement par la méthode unilatérale, elle semble beaucoup moins nette dans la majorité des systèmes latino-américains, et notamment au moment de l'adoption des premières conventions de droit international privé en Amérique latine.

[1283] Bien que l'exception d'ordre public et les lois de police reposent sur des mécanismes distincts — la première étant une mesure d'exception écartant l'application d'une loi étrangère après le jeu des règles de conflit bilatérales, et les secondes des règles unilatérales de droit international privé s'appliquant directement, indépendamment des règles de conflit — nous avons choisi de les étudier conjointement dans la rubrique « perturbations » à l'application des lois étrangères. En effet, malgré leurs différences méthodologiques, les deux aboutissent à un même effet : limiter le champ d'application des lois étrangères, « perturbant » ainsi leur application concrète. Par ailleurs, dans le contexte latino-américain, où demeurent en vigueur d'anciens traités et législations, ces notions ne font très souvent pas l'objet d'une différenciation claire, les instruments législatifs ayant souvent pour effet de restreindre l'application des lois étrangères sans préciser la méthode employée. C'est pourquoi nous privilégions une analyse conjointe de ces deux mécanismes, regroupés sous une catégorie large de « perturbations » à l'application des lois étrangères. Cette dénomination, certes imprécise sur le plan méthodologique, s'avère toutefois pertinente dans le contexte spécifique de la région, où persistent encore, dans une certaine mesure, des conceptions anciennes ne distinguant pas clairement ces deux méthodes. L'expression n'est par ailleurs pas nouvelle. Une expression similaire a été utilisé par le professeur Vincent Heuzé, qui mentionne les « facteurs de perturbation du système » pour se référer aux règles d'application immédiate (V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, *op. cit.*, spéc. p. 157).

[1284] H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit*., p. 492 (traduction libre du portugais).

[1285] *Ibid*, p. 492-493 (traduction libre du portugais).

[1286] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

Parmi les instruments latino-américains en vigueur, bien que tous reconnaissent l'ordre public comme une limite à l'application des lois étrangères (§1), seule la Convention de Mexico opère une distinction entre celle-ci et le mécanisme des lois de police (§2).

§1 — L'ordre public dans les sources conventionnelles

226. L'ordre public est l'un des plus anciens mécanismes de limitation des lois étrangères. Ses racines remontent au XIV[e] siècle, à l'époque où Bartole énonça le principe selon lequel les statuts odieux ne s'appliquent pas en dehors du territoire où ils sont en vigueur[1287]. Ce principe traversa les siècles et est maintenant universellement accepté[1288]. On reconnaît donc qu'un État puisse, dans des circonstances exceptionnelles, paralyser l'application de la loi étrangère applicable lorsqu'elle entraîne des conséquences jugées préjudiciables par l'ordre du for[1289].

Plusieurs définitions de la notion d'ordre public furent proposées. Par exemple, en France, la jurisprudence a longtemps défini ce terme comme étant des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »[1290]. Toutefois, la Cour de cassation élargit cette définition, faisant souvent référence aux « principes essentiels du droit français »[1291].

En Amérique latine, plus précisément au Brésil, le professeur Amílcar de Castro définit l'ordre public comme étant « les présages qui influencent la vie d'un groupe, ses idées politiques, économiques, morales, religieuses et juridiques à une certaine époque »[1292]. En Uruguay, le professeur Quintín Alfonsín le considéra comme étant l'ensemble des règles et principes de droit privé qui fondent « l'individualité » d'une société. Selon lui, « Les sociétés nationales sont organisées sur la base de normes et de principes de droit privé dans lesquels elles fondent leur individualité » ; « ces règles et ces principes, qui diffèrent en fonction du type de civilisation, des idées philosophiques, religieuses et politiques, ainsi que des particularités de chaque société, forment l'ordre public de chaque État »[1293].

[1287] Cf. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 541 ; sur ce sujet, v. aussi P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, 2015, vol. 371, p. 169 et s.

[1288] H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit*., p. 492.

[1289] Cf. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 347.

[1290] Cass. civ., 25 mai 1948 (arrêt Latour).

[1291] Cass. 1[er] civ., 6 avril 2011. À ce sujet, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 352 ; et D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale*, *op. cit.*, p. 578-580.

[1292] A. de Castro, *Lições de direito processual civil e direito internacional privado*, São Paulo, Editora do Brasil, 2000, p. 160 (traduction libre du portugais).

[1293] Q. Alfonsín, *Teoria del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, IDEA, 1982, p. 559 (traduction libre de l'espagnol).

Malgré ces tentatives, il est impossible — et même non souhaitable — de définir de manière générale et abstraite le concept d'« ordre public »[1294]. Comme l'a souligné le professeur brésilien Haroldo Valladão, l'ordre public est une « notion fluide et très relative qui s'adapte à chaque système juridique et à chaque époque » ; elle est donc « propre à chaque for et à chaque système juridique »[1295]. Dans les termes du professeur Pontes de Miranda, « Ce qui caractérise la notion d'ordre public, c'est son essentielle plasticité », il s'ensuit, « étant donné ce contenu variable, que la notion générale doit être vague, imprécise »[1296]. Toutefois, s'il s'agit d'une notion indéterminée quant à son contenu substantiel, au regard de sa finalité, l'on s'accorde généralement que l'ordre public recouvre, ainsi que l'a souligné le professeur Andreas Bucher, « un ensemble de valeurs fondamentales ou essentielles de l'ordre juridique du for »[1297].

Les instruments conventionnels ne fournissent généralement pas de définition précise, mais se réfèrent en général aux « principes d'ordre public » ou à des notions similaires. En Amérique latine, cela s'est manifesté dans les Traités de Montevideo, qui ne traitent pas l'ordre public nécessairement comme une clause d'exception, mais de manière plus générale, comme une limite à l'application des lois étrangères, y ajoutant, entre autres, les bonnes mœurs et la morale (A). En outre, le Code Bustamante mérite une attention particulière parce qu'il définit lui-même ce qu'il entend par « ordre public », l'assimilant à une catégorie de rattachement et laissant aux États une compétence subsidiaire pour inclure d'autres valeurs dans cette notion (B). À l'inverse, en suivant une approche contemporaine, la Convention de Mexico et la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, ont placé l'ordre public à un rang de véritable clause d'exception, en exigeant que la violation de ces principes fondamentaux soit « manifeste » pour pouvoir évincer l'application de la loi étrangère (C).

A. Traités de Montevideo : une appréciation large de l'ordre public

227. Aucune limite aux lois étrangères éventuellement applicables n'est directement établie par les Traités de droit civil international de 1889 ni celui de 1940. Les restrictions sont plutôt spécifiées à l'article 4 des Protocoles additionnels respectifs. Ils prévoient que « les lois des autres États ne seront jamais appliquées si elles contreviennent aux institutions politiques, aux lois d'ordre public ou aux bonnes mœurs du lieu du for saisi »[1298].

[1294] V. C. Fresnedo de Aguirre, « Public Policy: Common Principles in the American States », *RCADI*, 2016, vol. 379, p. 120-121 ; et A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993, vol. 239, p. 25.

[1295] H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.,* p. 503 (traduction libre du portugais).

[1296] P. de Miranda, « La Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil », *RCADI*, 1932, vol. 39, p. 609.

[1297] A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993, vol. 239.

[1298] Traduction cf. *JDI*, 1956, p. 482-509.

Il convient de souligner que le système des Traités de Montevideo, conformément à la doctrine de l'époque, ne distingue pas précisément la méthode d'application des dites « lois d'ordre public ». Ces instruments se contentent ainsi de prévoir que les lois étrangères ne seront « jamais appliquées » si elles sont contraires à ces lois, aux institutions politiques ou aux bonnes mœurs du for, sans préciser si ces notions relèvent du concept d'ordre public ou, au contraire, constituent des catégories distinctes.

En Uruguay, en dehors de l'utilisation de l'ordre public pour écarter un possible choix de la loi applicable[1299], la jurisprudence concernant les limites à l'application d'une loi étrangère, et plus particulièrement l'article 4 des Protocoles additionnels, reste peu documentée. En Argentine, en reconnaissant une telle limite dans le système de 1940, la jurisprudence écarta la possibilité que la prescription puisse être considérée comme relevant de l'ordre public ou encore « affectant la morale, ou les bonnes mœurs et l'esprit de la législation nationale » de sorte à exclure l'application de la loi étrangère en raison des normes conflictuelles objectives du Traité de Montevideo de 1940[1300].

B. Code Bustamante : l'impact de la qualification tripartite des lois sur la notion d'ordre public

228. Distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international. Le Code Bustamante se distingue des autres instruments juridiques en raison de sa classification tripartite des lois, d'inspiration mancinienne[1301]. Entre les trois catégories prédéfinies des lois par le Code se trouvent deux catégories bien distinctes : l'ordre public interne, souvent appelé « loi personnelle », et l'ordre public international, plus communément désigné comme étant des « lois territoriales » ou « locales ».

Le premier paragraphe de l'article 3 du Code Bustamante définit les lois d'ordre public interne. Selon cet article, celles-ci « s'appliquent aux personnes, en raison de leur domicile ou de leur nationalité et les suivent même quand elles changent de pays »[1302]. Comme l'a précisé Bustamante, font partie de cette classification les lois « qui sont dictées uniquement pour les nationaux ou les domiciliés, selon le système de chaque pays, et qui les suivent où qu'ils se déplacent »[1303]. Quant à son contenu, Bustamante affirme que sont considérées

---

[1299] Cela est le cas notamment de la jurisprudence uruguayenne, comme analysé précédemment, *supra* n° 194.

[1300] Argentine, CCiv.y Com., *Sala G, Smulevich, Alberto c. Disi, Roberto*, 9 août 1989 (traduction libre de l'espagnol).

[1301] Sur la division tripartite des lois dans la doctrine de Bustamante, v. *supra* n° 133.

[1302] « Celles qui s'appliquent aux personnes, en raison de leur domicile ou de leur nationalité et les suivent même quand elles changent de pays, appelées personnelles ou d'ordre public interne ». Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223.

[1303] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 88 (traduction libre de l'espagnol). Bustamante ajoute que « lorsque la loi s'incorpore à l'individu et devient une faculté, une condition ou une obligation, elle passe de la catégorie de loi générale à celle de droit acquis », et, pourtant, les « suit

d'ordre public interne, les lois sur l'état, la condition civile et la capacité des personnes, ainsi que celles sur les relations familiales et les lois successorales[1304]. Selon l'auteur cubain, ces règles ont pour effet d'écarter toute législation étrangère, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays. Elles s'opposeraient logiquement à l'autonomie de la volonté et excluraient toute tentative de les modifier[1305].

Bustamante ajoute que « lorsque la loi s'incorpore à l'individu et devient une faculté, une condition ou une obligation, elle passe de la catégorie de loi générale à celle de droit acquis », et, pourtant, les « suit où qu'elles aillent »[1306]. La seule limite serait l'ordre public international. Selon ses termes : « l'efficacité extraterritoriale de ces droits acquis ne peut être niée que lorsque leur exercice même sur le territoire s'oppose à une règle d'ordre public international »[1307]. Par exemple, la capacité des personnes, considérée par Bustamante comme une norme d'ordre public interne, s'appliquera toujours en suivant la loi nationale, la loi du domicile ou une autre, selon le critère adopté par chaque État (art. 7).

Le deuxième paragraphe de l'article 3 définit les lois d'ordre public international. Selon cet article, sont d'ordre public international les lois qui « obligent également ceux qui résident sur le territoire, qu'ils soient ou non des nationaux »[1308]. Comme l'a expliqué Bustamante, celles-ci sont liées au territoire d'un pays, et, pourtant, sont d'application impérative pour tous ceux qui y résident[1309]. Selon l'auteur, ces règles s'appliquent dans le pays qui les énonce « à toutes les personnes, à toutes les choses et à toutes les relations juridiques »[1310].

Rentrent dans cette catégorie de lois, selon Bustamante, « toutes celles qui concernent l'État et forment son droit, au point que les enfreindre ou ne pas les appliquer équivaut à porter atteinte à la souveraineté et à détruire ses fondements cardinaux »[1311]. Ceux-ci incluent, selon l'auteur, « les préceptes qui s'inspirent de la nécessité de l'État d'exister et de se maintenir ; ceux qui définissent les conditions de sa vie », ainsi que « ceux qui établissent des principes moraux, juridiques, politiques, religieux et économiques d'une

où qu'elles aillent ». La seule limite serait l'ordre public international. Selon ses mots : « l'efficacité extraterritoriale de ces droits acquis ne peut être niée que lorsque leur exercice même sur le territoire s'oppose à une règle d'ordre public international ». Cf. *Ibid*, p. 93 (traduction libre de l'espagnol).

[1304] *Ibid*, p. 93-94.

[1305] *Ibid*, p. 91-92.

[1306] *Ibid*, p. 93 (traduction libre de l'espagnol).

[1307] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1308] « Celles qui obligent également ceux qui résident sur le territoire, qu'ils soient ou non des nationaux, appelées territoriales, locales ou d'ordre public international ». Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223.

[1309] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, Manual de Derecho Internacional Privado, op. cit., p. 94.

[1310] Toutefois, selon Bustamante, elles peuvent, dans certains cas, avoir une portée extraterritoriale, comme certaines normes pénales. Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1311] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 97 (traduction libre de l'espagnol).

importance telle que le législateur ne se croit pas autorisé à en dispenser le respect »[1312]. Il cite, parmi d'autres exemples, les lois procédurales, l'interdiction des contrats qui ont une cause illicite, et le registre du commerce et ses effets[1313].

Quant à ses « effets », Bustamante affirme que les lois d'ordre public international écartent la possibilité des parties d'exercer leur volonté, mais aussi l'application des lois étrangères désignées en l'absence de volonté. D'après les mots de l'auteur, « le caractère impératif de ces lois par rapport aux personnes annule la volonté individuelle »[1314]. Il explique que « l'exclusion de l'autonomie de la volonté et du droit étranger se complète en substituant une nouvelle règle à la règle supprimée ou proscrite »[1315]. Par conséquent, on remplace la règle étrangère par la règle nationale qui doit être observée.

Il convient de souligner la connexion directe entre l'article 3, paragraphe 2, du Code Bustamante et la doctrine de Mancini[1316]. Selon cette dernière, le concept d'ordre public international désigne les lois ou règles territoriales qui s'appliquent à l'exclusion de toute loi étrangère et qui lient à la fois les nationaux et les étrangers. Cette conception de l'ordre public, comme l'explique la professeure Tatiana B. de Maekelt, est « expansive », faisant de celle-ci « la règle plutôt que l'exception par son application *a priori* »[1317], s'assimilant ainsi à la fonction des lois de police, telle que nous la concevons aujourd'hui. Par ailleurs, Bustamante lui-même affirma que l'ordre public international ne serait pas une exception. Selon l'auteur, « la nature des relations juridiques exige parfois et permet d'autres fois que le droit national s'applique, tout comme elle permet ou exige parfois que le droit étranger les régisse »[1318].

Dans cette perspective, l'ordre public dans le système de Bustamante n'est pas envisagé comme une clause d'exception ou un simple mécanisme d'éviction de la loi étrangère dans

---

[1312] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1313] *Ibid*, p. 103-104.

[1314] *Ibid*, p. 98 (traduction libre de l'espagnol).

[1315] *Ibid*, p. 100-101 (traduction libre de l'espagnol).

[1316] Pour une analyse de la doctrine de Mancini et la conception a priori de l'ordre public, v. A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 1970, p. 93 et s., spéc. p. 100-104. L'auteur explique que « la conception a priori de l'ordre public conduit à des tentatives d'énumération des cas dans lesquels intervient cette notion. Ces tentatives sont dans la logique du système personnaliste ; dans la mesure où celui-ci fait de l'ordre public une catégorie de rattachement exceptionnelle, dérogeant au principe de la personnalité du droit, il est légitime d'en déterminer strictement les contours ». Toutefois l'auteur explique que, dans le système de Mancini, ses tentatives d'énumération, internationales ou nationales, se sont soldées par un échec et ont été remplacées par la recherche de directives générales reposant sur l'examen de l'esprit de la loi, et conférant par là même un rôle spécifique au juge.

[1317] T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.*, p. 317.

[1318] Selon Bustamante, « Les lois d'ordre public international sont-elles exceptionnelles ? Nous ne le comprenons pas ainsi. Le droit de l'État et le droit des individus, nationaux ou étrangers, ont le même caractère dans leurs sphères respectives. La nature des relations juridiques exige parfois et permet d'autres fois que le droit national s'applique, tout comme elle permet ou exige parfois que le droit étranger les régisse ». Cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 99-100 (traduction libre de l'espagnol).

la conception contemporaine du terme, mais bien comme un critère d'« autodésignation » de lois, c'est-à-dire un véritable critère ou « catégorie de rattachement » — ce que M. André Chapelle qualifie d'« ordre public de rattachement »[1319]. Dans le même sens, le professeur panaméen Gilberto Boutin a noté que, dans certaines clauses du Code Bustamante, l'ordre public « sert de critère de rattachement »[1320]. Cette conception découle de la définition même de la fonction du droit international privé selon Bustamante. À l'instar de l'école italienne néo-statutiste dont il s'inspire, Bustamante considère que le droit international privé est un droit dont la fonction essentielle consiste à délimiter les compétences législatives de l'État[1321].

En outre, ainsi que le souligne M. Chapelle, l'école personnaliste de Mancini confère à l'ordre public une place très proche de celle actuellement attribuée aux lois de police[1322]. Dans ces systèmes, auxquels le Code Bustamante peut être rattaché, les lois de police apparaissent, dans la plupart des cas, comme un « sous-ensemble » de la catégorie plus large d'« ordre public international » telle qu'elle était alors comprise[1323]. Dès lors, l'ordre public ne se limite pas à une fonction négative d'exclusion des normes étrangères contraires aux valeurs fondamentales, mais revêt également une fonction positive en contribuant à la détermination de la loi applicable et en s'assimilant ainsi, quant à sa fonction, à de véritables lois de police. Comme l'a justement relevé le professeur Gilberto Boutin, lorsqu'il se réfère à l'ordre public, « Bustamante ne les dissocie pas des normes de police ou lois d'application immédiate ou nécessaires. […] Il semblerait qu'on puisse en déduire une subsomption entre l'ordre public et les lois de police »[1324].

229. La qualification de l'ordre public faite par le Code Bustamante. Suivant la conception *a priori* de l'ordre public développée par Mancini, Bustamante établit dans le Code qu'il a élaboré une liste étendue de matières considérées comme relevant de l'ordre public. Pour les contrats en général, il qualifie comme d'« ordre public interne » les deux règles suivantes : les normes « qui déterminent la capacité ou l'incapacité de donner son consentement » (art. 176) ; et aussi celles qui portent sur « la rescision des contrats pour incapacité ou absence », qui seront déterminées selon la loi personnelle de l'absent ou de

[1319] A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse, *op. cit.*, p. 93 et s., spéc. p. 103. Pour une analyse de l'ordre public en tant que catégorie de rattachement, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 349, spéc. para. 392.

[1320] G.I. Boutin, « El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño », *in* D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 202-234, p. 229 (traduction libre de l'espagnol).

[1321] A. Boggiano, *Tratado de derecho internacional privado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 6e éd. act., 2017, spéc. Chapitre IV, § VI, A.

[1322] A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse, *op. cit.*, p. 93 et s.

[1323] *Ibid*, p. 107.

[1324] G.I. Boutin, *Codigo de Bustamante y normas internas de derecho internacional privado*, 2e éd., Panama, 1991, p. 74 (traduction libre de l'espagnol).

l'incapable (art. 181)[1325]. De plus, le Code prévoit également d'autres normes impératives d'ordre public interne pour certains types spécifiques de contrats, comme, par exemple, les effets de la capacité en matière d'actions nées des contrats de jeu (art. 207).

Pour ce qui est de l'« ordre public international », les articles 4 et 5 prévoient que rentrent dans cette catégorie, « les règles constitutionnelles » (art. 4) et « toutes les règles de protection individuelle ou collective établies par le droit politique et administratif […] sauf le cas où il y aurait des dispositions expresses en sens contraire » (art. 5). Adoptant une vision élargie de la territorialité, le Code Bustamante inclut ainsi dans la catégorie des valeurs d'ordre public international toutes celles énoncées dans les normes constitutionnelles[1326].

Puis, spécifiquement aux contrats, le Code Bustamante qualifie certaines normes comme d'ordre public international, applicables à tous types de contrats (Livre Premier, Livre IV, Chapitre II, dédié aux contrats en général, comprenant les articles 175 à 186). Par la suite, le Code précise, dans les chapitres subséquents, les règles d'ordre public international applicables à certains contrats spéciaux, notamment le contrat de vente, la cession de créances, la novation, le contrat de louage de choses et de services, parmi d'autres. Pour les contrats en général, sont expressément désignées comme d'ordre public international « les règles qui interdisent de conclure des pactes, des clauses et conditions contraires aux lois, à la morale et à l'ordre public, et celle qui interdit le serment et le tient pour non prêté » (art. 175) ; ainsi que « les dispositions qui se réfèrent à la cause illicite dans les contrats » (art. 179). Se trouvent également dans cette catégorie : les lois relatives « à l'erreur, la violence, l'intimidation et le dol, relativement au consentement » (art. 177) ; « toute règle qui interdit que les services contraires aux lois et aux bonnes mœurs et les choses hors du commerce soient l'objet de contrats » (art. 178) ; et, à défaut de la rescision pour incapacité ou absence, « les autres causes de rescision et leurs formes ou effets » (art. 182)[1327].

D'autres normes d'ordre public international sont prévues par le Code pour certains types spécifiques de contrats[1328]. Par exemple, en ce qui concerne spécifiquement les contrats de vente, de cession de créances et de novation, le Code établit expressément comme d'ordre public international « les dispositions relatives à l'aliénation forcée pour cause d'utilité publique » (art. 194) et « celles qui déterminent les effets de la possession et de

[1325] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 99-100 (traduction libre de l'espagnol).

[1326] V. C. Madrid Martínez, « Constitución y Derecho Internacional Privado », *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, nº 10, p. 227-267, p. 258.

[1327] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, Manual de Derecho Internacional Privado, op. cit., p. 99-100.

[1328] Pour les normes d'ordre public internationale, v. les arts. 196, 198 et 199 relatifs au contrat de louage ; les arts. 200 et 201 relatifs au cens ou rentes ; l'art. 2015 relatif au contrat de prêt ; l'art. 206 relatif au dépôt ; l'art. 209 relatif aux contrats aléatoires ; les arts. 201 et 211 relatifs aux transactions et compromis ; et la totalité des articles réservés au contrat de gage, hypothèque et antichrèse (arts. 214-219).

l'inscription entre différents acquéreurs et celles qui se réfèrent au retrait légal » (art. 195)[1329].

La méthode adoptée par le Code Bustamante, consistant à dresser une vaste liste des matières relevant de l'ordre public international, suscita d'importantes critiques doctrinales. En effet, nous avons relevé plus de quarante-cinq occasions où le Code procède à cette catégorisation, évoquant à la fois l'ordre public international et ses synonymes, comme la « loi territoriale » ou encore la « loi locale ». M. André Chapelle observe à juste titre que cette énumération, par son degré de détail excessif, « prête parfois à sourire, ce qui démontre suffisamment le caractère inutile sinon absurde, d'une telle démarche »[1330]. Il est en effet manifeste qu'une telle précision minutieuse dans la définition de l'ordre public met en relief la difficulté de son application pratique, contrastant avec l'essence même de la notion, qui requiert souplesse et capacité d'adaptation aux évolutions sociales et aux particularités des situations concrètes.

230. La qualification supplétive laissée aux États. Bustamante se différencie encore de la doctrine de Mancini, lors qu'il prévoit un fort « *lexforisme* », c'est-à-dire l'idée que la classification des trois catégories de lois ne dépendait pas de leur nature, mais de chaque législateur national[1331]. En effet, le Code prévoit que la classification des lois d'ordre public, qu'elles soient internes ou internationales, se fait d'abord par le Code Bustamante et, à défaut, par les États eux-mêmes[1332]. Selon l'article 6 du Code : « dans tous les cas non prévus par le présent Code, chacun des États contractants appliquera ses propres qualifications aux institutions ou relations juridiques qui doivent correspondre aux groupes de lois mentionnés à l'article 3 »[1333]. Ainsi, la qualification laissée à la discrétion des États est supplétive par rapport à celle effectuée par le Code lui-même.

[1329] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

[1330] A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse, *op. cit.*, p. 106.

[1331] N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 67.

[1332] Il faut faire une différenciation entre la *classification des normes entre les trois classes de lois* (d'ordre public interne, d'ordre public international et d'ordre privé) et le *conflit de qualifications* proprement dit, c'est-à-dire, la qualification des rapports de droit, telle que la qualification d'une condition de validité d'un acte comme condition de forme ou de fond. Le Code Bustamante ne réglemente pas expressément le conflit de qualifications et n'a que très rarement fixé et délimité ce qui doit, par exemple, être considéré comme une question de forme ou de fond. Ainsi, comme l'expliquent les professeurs Cesar Delgado Barreto et María Antonieta Delgado Menéndez, en présence d'un conflit de qualifications, une qualification autonome et téléologique doit être effectuée, en prenant en compte le contexte des normes et de la doctrine de Bustamante. Les auteurs précisent que : « Ainsi, la subsomption de certaines institutions juridiques sous les règles de conflit du traité doit se faire par interprétation de ces mêmes règles, dans le respect des principes d'interprétation. Comme pour la compréhension du Code en général, prend ici une importance particulière, le contexte des normes et surtout la systématique du droit cubain, dont Bustamante s'est inspiré. Lorsque le recours au contexte et au système du traité n'offre aucune aide pour résoudre le conflit, il sera nécessaire d'utiliser une qualification fonctionnelle, en choisissant l'interprétation qui comprend le mieux le sens et les objectifs de la norme conflictuelle respective. Cette qualification est dite téléologique ». Cf. C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menendez, C.L. Candela Sánchez, *Introducción al derecho internacional privado, Conflicto de leyes*, Parte general, *op. cit.,* p. 244 (traduction libre de l'espagnol).

[1333] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

Dans l'explication dudit article, Bustamante met en évidence le caractère impératif de cette norme et indique : « Dans tous les cas non prévus par le présent code, chaque État contractant applique sa propre qualification aux institutions ou rapports juridiques qui doivent correspondre aux groupes de lois mentionnés à l'article 3 »[1334].

Selon une partie de la doctrine latino-américaine, le Code Bustamante reconnaît expressément à l'article 6, la théorie de la « qualification » selon la *lex fori*[1335]. Dans la doctrine internationale, tant Samtleben que Niboyet indiquent — et critiquent, d'ailleurs — que Bustamante délègue à la loi du for le soin de discriminer ces normes[1336]. Le professeur Samtleben souligne, en outre, que le point de vue de Bustamante n'est pas logiquement réalisable et favorise la tendance à considérer la loi impérative du for comme toujours applicable[1337].

En effet, comme l'a souligné Mme Naiara Posenato, il convient d'adopter une lecture conjointe des articles 6 et 3 du Code. Il en ressort que, conformément à l'article 6, chaque État détermine selon ses propres besoins l'affectation de telle ou telle loi dans un groupe donné ; et puisque chaque catégorie présente son propre domaine d'application, conformément à l'article 3, c'est en fonction de celui-ci que la compétence du législateur interne est établie. Ce système fut critiqué pour son manque d'efficacité, dans la mesure où la possibilité pour chaque législateur de procéder à une classification distincte de ses dispositions conduit inévitablement à l'émergence de conflits. Selon Mme Posenato, cette analyse confirme la position territorialiste défendue par Bustamante, qui s'écarte ainsi de l'universalisme associé à la doctrine mancinienne[1338].

[1334] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 234 (traduction libre de l'espagnol).

[1335] Selon le professeur Biggs Duncker, d'autres articles confirment ce critère, tels que les articles 9, 22, 32, 112, 113, 131 et 164. Cf. F. Biggs Duncker, *op. cit.*, p. 400. Dans le même sens, v. J. Basadre Ayulo, *Derecho internacional privado*, 4e éd., Lima, Ediciones Legales, 2010, p. 346 ; C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menendez, C.L. Candela Sánchez, *Introducción al derecho internacional privado, Conflicto de leyes*, Parte general*, op. cit.,* p. 243-244 ; et L. Arias Núñez, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 5e éd., Santo Domingo, Editora Centenario, 2010, p. 290-291.

[1336] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 227-228 ; et J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 43-44.

[1337] Selon le professeur Samtleben : « Cette approche de la *lex fori* matérielle conduit toutefois à des difficultés lorsque l'ordre juridique compétent pour le droit impératif définit autrement la sphère de l'autonomie privée en droit matériel. Bustamante ne peut pas toujours maintenir ici son point de départ avec la même rigueur. Ainsi, d'une part, il souhaite permettre le choix du droit applicable en matière successorale dans la mesure où le droit substantiel de la *lex fori* garantit la liberté de tester. Mais d'un autre côté, il doit admettre que, pour définir le champ de la liberté testamentaire, et donc la possibilité de choisir le droit applicable, c'est le statut successoral et donc la "loi personnelle" qui est compétent. Il estime toutefois que cette détermination du champ de liberté par le statut du droit impératif ne constitue qu'une exception. Lorsque les parties jouissent d'une véritable "autarcie", les limites de celle-ci sont régies par la "loi locale", car seule cette loi décide du droit international privé et, par conséquent, de la classification des lois. En fait, il apparaît clairement ici que l'opinion de Bustamante, en tant que règle bilatérale, n'est pas logiquement réalisable. En conséquence, cette opinion favorise la tendance à toujours considérer comme applicable le droit impératif du for ». Cf. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 227 (traduction libre de l'espagnol)

[1338] N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 67.

231. Possible application des lois d'ordre public étrangères ? Comme l'a souligné le professeur Samtleben, en principe, la classification des lois opérée par le Code Bustamante est appliquée de la même manière tant au droit interne qu'au droit étranger, ce qui conduit « à une délimitation multilatérale de la compétence législative »[1339]. Par conséquent, chaque question juridique « relève d'un droit unique, celui du législateur compétent respectif »[1340].

La rédaction du Code Bustamante prête en effet à des interprétations divergentes. Conformément au texte de l'article 3 du Code, rien ne semblerait, en principe, s'opposer à l'application d'une « loi territoriale » étrangère. Toutefois, dans le vocabulaire juridique en vigueur au moment de l'adoption du Code, un juge ne saurait appliquer une « loi d'ordre public international » étrangère qu'on assimilerait aujourd'hui soit à une loi de police étrangère, soit à un cas d'exception d'ordre public étranger. Le professeur Samtleben avait déjà souligné que « Bustamante ne semble pas prendre pleinement conscience que certains conflits de compétence législative sont inhérents à son propre système »[1341].

Par ailleurs, la catégorie des lois d'« ordre public international », « locales » ou « territoriales », définies comme celles obligeant toutes les personnes résidant sur le territoire (art. 3), souffre du même défaut que la doctrine de Mancini, à savoir l'absence de référence à un critère de rattachement déterminé. Il peut en résulter l'application de critères variés, tels que la *lex fori*, la *lex loci*, la *lex rei sitae*, etc., bien que la prééminence soit généralement accordée à la loi du for[1342]. Ces ambiguïtés et incertitudes expliquent en partie pourquoi, au cours du XX^{e} siècle, les notions traditionnelles de territorialité et d'extraterritorialité ont progressivement été abandonnées.

Pour éclairer ce point, considérons un contrat conclu au Brésil entre un citoyen brésilien établi au Chili et un citoyen panaméen résidant également au Chili, mais devant être exécuté au Brésil. Supposons que le Code Bustamante soit applicable dans ce cas[1343]. Comment le juge doit-il désigner la loi applicable ?

[1339] Cf. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 230 (traduction libre de l'espagnol).

[1340] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1341] Ici, il fait notamment référence à « l'effet expansif » des lois territoriales et explique que, dans ce cadre, « chaque État n'applique que son propre droit ». *Ibid*, p. 233 (traduction libre de l'espagnol).

[1342] N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 75-76. L'auteure souligne qu'en matière contractuelle, de nombreuses dispositions du Code renvoient à la « loi territoriale ». En l'absence de tout critère de rattachement explicite dans ces normes, « la plupart des cas doivent être interprétés comme impliquant l'application de la *lex fori* matérielle. » (Traduction libre de l'italien). En se référant à la loi personnelle telle que définie par le Code, P. de Miranda a affirmé : « Mais l'article 7 détruit tout ce que le Code a construit. C'est en somme un Code de la *lex fori*, soit que l'on parle de loi du juge, soit que l'on parle de loi personnelle. Son absence de technique scientifique a provoqué dans les tribunaux brésiliens une froideur significative ». Cf. P. de Miranda, « La Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil », *op. cit.*, p. 621, note de bas de page 1.

[1343] Pour appliquer le Code Bustamante, un contrat doit d'abord être considéré comme international et entrer dans le champ d'application de ce Code. Cependant, cet instrument ne comporte aucune règle définissant précisément

En l'absence de choix, le juge appliquera les présomptions légales établies dans les articles 185 et 186. Dans de tels cas, en application de l'article 186, cela sera, la loi personnelle commune des parties, ou celle du lieu de conclusion du contrat. Dans l'exemple donné, la loi chilienne sera applicable si le tribunal du for considère que le domicile constitue la loi personnelle des parties, comme au Brésil. À défaut, ce sera la loi du lieu de conclusion qui s'appliquera.

Imaginons que le juge brésilien soit compétent. Puisque les parties partagent un domicile commun, selon l'article 186 du Code Bustamante, la loi applicable sera celle correspondant à ce domicile, en l'espèce, la loi chilienne. Toutefois, indépendamment de cette désignation, le juge brésilien devra vérifier si la matière litigieuse relève de la catégorie « d'ordre public international », telle que définie par le Code lui-même. Par exemple, l'article 197 du Code qualifié d'ordre public international, en matière de louage de services, « la règle qui empêche de s'engager pour toute la vie ou pour plus d'un temps déterminé ». Supposons qu'un contrat prévoie un tel engagement à vie. Étant qualifiée d'ordre public international, cette règle s'applique à tous sur le territoire de manière impérative, qu'ils soient nationaux ou étrangers, conformément à la doctrine de Bustamante.

Cela signifie que si la loi brésilienne du for prévoit une telle règle, elle doit être considérée comme d'ordre public international. Cette situation ne pose pas de difficultés majeures, car le juge du for n'a pas de difficulté à appliquer ces normes d'ordre public. Cependant, si la loi brésilienne reste silencieuse sur ce point, tandis que la loi chilienne applicable au contrat contient une disposition en ce sens, le juge brésilien devrait-il appliquer la loi chilienne en tant que « loi d'ordre public international » ? Dans une notion contemporaine, cela correspondrait à l'application d'une loi de police étrangère ou à l'exception d'ordre public international étranger. Or, le Code ne précise pas clairement les critères selon lesquels cette qualification doit être effectuée, ni la solution à adopter dans un tel cas. Toutefois, selon la logique en vigueur à l'époque de l'adoption du Code (et de la vision nationaliste de Bustamante), il paraît inenvisageable d'appliquer une loi impérative étrangère. Ce type de situation illustre parfaitement la complexité pratique de l'application d'un tel système, en particulier quant aux effets concrets et aux interactions avec la loi désignée comme applicable au contrat.

Faisons maintenant un examen de l'application des normes considérées comme d'ordre public interne ou personnelles. Imaginons que le juge doive analyser la capacité ou l'incapacité de consentement donné par l'une des parties. Cette matière, prévue par l'article 176 du Code, est considérée comme une norme personnelle ou d'ordre public interne, ayant comme caractéristique d'être impérative et d'écarter toute manifestation de volonté en sens contraire. Imaginons ensuite que le juge brésilien soit à nouveau compétent. Le Brésil retient, depuis 2002, la loi du domicile pour régir le statut personnel

---

l'internationalité d'un contrat, et son champ d'application n'est pas clairement établi par ses normes. Sur le sujet de l'internationalité, v. *infra* n° 566 et s. ; pour le champ d'application du Code, v. *infra* 669 et s.

(art. 7 de la LINDB)[1344]. Comme l'article 7 du Code Bustamante laisse aux États la tâche de définir la loi personnelle, la norme conflictuelle interne brésilienne s'appliquera et, par conséquent, le juge brésilien utilisera toujours la loi du domicile des parties, indépendamment de la loi choisie par les parties ou présumée choisie par celles-ci ; dans ce cas, la loi chilienne pour les deux parties, qui sont domiciliées au Chili.

Au contraire, si le juge panaméen analyse le contrat, il appliquera ses normes de droit international privé pour déterminer la loi personnelle. L'article 23 du Code de droit international panaméen[1345] désigne comme loi personnelle pour les Panaméens, même ceux résidant à l'étranger, le droit panaméen. Ainsi, la capacité du ressortissant panaméen sera soumise à sa loi nationale, c'est-à-dire à la loi du Panama. Selon le même article, le statut personnel des étrangers est régi par leur loi nationale, « sauf si celle-ci désigne un autre critère de rattachement », cas dans lequel le juge panaméen appliquera la loi désignée par la règle de conflit de la loi nationale de l'étranger. Dès lors, en appliquant cet article, la capacité du contractant brésilien sera analysée selon la loi brésilienne (par renvoi de la loi panaméenne à la loi brésilienne), loi de son État de nationalité. Cette dernière retient le rattachement du domicile, et opère un renvoi à la loi chilienne du domicile (renvoi au deuxième degré)[1346]. Si l'on accepte ce renvoi[1347], la loi chilienne sera applicable alors pour le ressortissant brésilien dans ce cas. Ainsi, des résultats complètement différents peuvent être obtenus selon le juge qui analyse la question.

Il convient enfin de souligner que cette technique de « préqualification » des normes opérée par Bustamante, ou, dans les mots du professeur Didier Boden, les « critères d'autodésignation de catégories de lois », reprise dans le Code qui est son œuvre majeure, est devenue dans la pratique latino-américaine une notion « presque incompréhensible »[1348]. En effet, comme le souligne l'auteur, les juristes contemporains,

---

[1344] « Art. 7 — La loi du pays dans lequel la personne est domiciliée détermine les règles relatives au début et à la fin de la personnalité, au nom, à la capacité et aux droits de la famille ». Cf. Brésil, Decreto-Lei nº 4 657, 4 septembre 1942 (traduction libre du portugais).

[1345] « Art. 23 — Le statut, la capacité et le droit de la famille des Panaméens sont régis par le droit panaméen, même lorsqu'ils résident à l'étranger. Le statut personnel des étrangers est présumé être régi par leur loi nationale, à moins qu'elle ne désigne un autre élément de rattachement. En ce sens, le juge panaméen appliquera la loi désignée par la règle de conflit de la loi nationale de l'étranger ». Cf. Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

[1346] Bien que le renvoi ne soit généralement pas admis par Bustamante, dans le cas du statut personnel, l'article 7 du Code Bustamante fait référence aux règles de droit international privé de chaque État, et non uniquement aux règles substantielles. Ainsi, à titre exceptionnel, le renvoi serait accepté dans ce contexte. En ce sens, v. G. Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 303-304.

[1347] Sur les discussions sur le renvoi dans le Code Bustamante, v. *supra* n° 223 et s.

[1348] M. Didier Boden avait fait cette remarque lors d'un rapport provisoire des tables rondes franco-russes des 17 et 18 juin 2013 à Moscou (Changement dans les méthodes du droit international privé en France depuis 1999), et des 25 et 26 octobre 2013 à Paris (Méthodes du droit international privé en France de 1804 à 1999) organisées conjointement par le Département d'étude des relations privées internationales de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne de l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne) et par la Faculté de Droit de l'École des hautes études en sciences économiques de Moscou.

formés au bilatéralisme néo-savignien, ne sont souvent pas habitués à appliquer ces normes dans la logique néo-statutiste suivie par Bustamante[1349].

Un exemple concret de la complexité d'application pratique des normes du Code Bustamante se retrouve notamment dans la jurisprudence brésilienne relative aux contrats de travail, qui interprète systématiquement le caractère de « loi territoriale » (expression utilisée par le Code de manière interchangeable avec les « lois d'ordre public international » et la « loi locale ») des « lois de protection sociale » prévues à l'article 198, comme renvoyant au rattachement bilatéral du lieu d'exécution du contrat[1350].

C. La Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé et la Convention de Mexico : l'exigence d'une violation « manifeste »

232. En adoptant une approche contemporaine de droit international privé, la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé de 1979 et la Convention de Mexico de 1994 sont les seules à traiter l'ordre public comme une *exception* à l'application des lois étrangères, tout en exigeant qu'une violation *manifeste* de l'ordre public soit établie pour éviter l'application de la législation étrangère.

Selon l'article 5 de la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé[1351], « La loi déclarée applicable par une convention de droit international privé ne peut être appliquée sur le territoire d'un État partie qui la juge *manifestement* contraire aux principes de l'ordre public »[1352].

Dans cette Convention, tout comme dans les Traités de Montevideo, l'ordre public fonctionne comme un mécanisme d'exception qui paralyse l'application du droit étranger désigné comme applicable. Cependant, la Convention interaméricaine est plus restrictive, puisqu'elle exige une violation « manifeste » des principes d'ordre public. Dès lors, la Convention exige un processus comparatif entre les effets de la loi étrangère applicable et les principes incarnés par la *lex fori*. C'est seulement si cette dernière est manifestement violée que la loi étrangère sera mise de côté[1353].

[1349] *Ibidem.*

[1350] Pour la jurisprudence brésilienne en ce sens, v. *infra* n° 244 et s.

[1351] La Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé fut approuvée lors de la CIDIP-II, qui s'est tenue à Montevideo en 1979, et établit des normes générales de droit international privé. Elle fut signée par 18 pays d'Amérique latine et ratifiée par huit d'entre eux, à savoir l'Argentine, le Brésil, la Colombie, l'Équateur, le Guatemala, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela.

[1352] Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, CIDIP-II, Montevideo, 8 mai 1979 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1353] V. T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.*, p. 317-318.

La référence au mot « manifestement », qui a été ajoutée à la demande du professeur brésilien Haroldo Valladão, visait à limiter la tendance naturelle des pays à élargir le champ d'application de la réserve[1354]. Insatisfaite de la rédaction finale de l'article 5, la délégation uruguayenne décida de faire une déclaration pour clarifier la portée de l'ordre public, en soulignant que l'exception ne concernait que l'« ordre public international »[1355]. Selon l'opinion de la délégation de l'Uruguay, « la formule approuvée confère une autorisation exceptionnelle à chaque État partie de déclarer, de manière non discrétionnaire et bien fondée, que les préceptes du droit étranger sont inapplicables chaque fois qu'ils contreviennent de manière concrète, sérieuse et ouverte aux normes et principes essentiels à l'ordre public international sur lequel chaque État individuel fonde son individualité juridique »[1356].

La Convention de Mexico s'inspira de cette approche restrictive, s'alignant sur la Convention interaméricaine de 1979 et la Convention de Rome de 1980[1357]. En effet, l'article 18 de la Convention de Mexico exige, pour qu'une loi soit écartée, qu'elle soit *manifestement* contraire à l'ordre public du for. Selon l'article : « La loi désignée par la présente Convention ne peut être écartée que lorsqu'elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for »[1358].

§2 — Les lois de police dans les sources conventionnelles

233. Les Traités de Montevideo (1889 et 1940) et le Code Bustamante (1928), les instruments juridiques les plus anciens d'Amérique latine, ne font aucune mention des lois de police ni ne distinguent l'ordre public de celles-ci[1359]. S'agissant du Code Bustamante,

---

[1354] C. Fresnedo de Aguirre, « Public Policy: Common Principles in the American States », *op. cit.*, p. 126.

[1355] *Ibid*, p. 127.

[1356] Cf. *Ibid*, p. 127 (traduction libre de l'anglais).

[1357] Selon l'article 16 de la Convention de Rome : « L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

[1358] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[1359] Sur ce sujet, v. C. Fresnedo de Aguirre, « Public Policy: Common Principles in the American States », *op. cit.*, p. 123-124. L'auteure se réfère, par ailleurs, à « l'ordre public *a priori* », dans une expression équivalant à la loi de police, et « l'ordre public *a posteriori* » (*public policy a priori and a posterirori*). Le Guide de l'OEA fait aussi une interprétation similaire. Selon cet instrument de *soft law* : « En droit international privé, l'ordre public a deux facettes. L'une comprend les règles impératives du for (*overriding mandatory rules*) qui doivent être appliquées indépendamment de la loi indiquée par la règle de conflit de lois. L'autre empêche l'application de la loi indiquée par la règle de conflit de lois si le résultat est manifestement incompatible avec l'ordre public du for (*public policy*). Dans sa première facette, l'ordre public se manifeste par des règles impératives appliquées directement à l'affaire internationale, sans considération des règles de conflit de lois qui pourraient indiquer une solution différente. De nombreux États ont ces types de dispositions qui, fonctionnant comme une épée, sont appliquées directement aux questions transfrontalières, sans égard à l'intention des parties ou à toute autre règle de conflit de lois. Dans sa deuxième facette, l'ordre public sert de barrière ou de bouclier qui empêche l'application de la loi qui serait autrement applicable en vertu de la règle de conflit de lois ». Cf. OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, para. 478 (traduction libre de l'anglais).

le professeur Gilberto Boutin a observé que ce texte ne procède pas à une distinction nette entre l'ordre public et les normes de police, ou les lois d'application nécessaire et immédiate. Selon ses termes, « il semblerait que l'on puisse inférer une subsomption entre l'ordre public et les lois de police »[1360]. Cette solution s'explique, à notre avis, par la conception néo-statutiste de la pensée de Bustamante. En effet, celui-ci appréhende les lois d'ordre public comme des normes d'autodésignation, permettant à chaque État de délimiter lui-même sa sphère de compétence législative, s'assimilant donc à la notion contemporaine de lois de police[1361].

Il est à noter que, lors des délibérations de la CIDIP-II (1979), le professeur Parra-Aranguren a proposé l'ajout d'un article à la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé introduisant la notion de lois de police, en plus de celle de l'ordre public. Selon l'article proposé, « les règles exprimant les principes fondamentaux de la législation de chaque État Partie prévaudront sur celles relatives à la sélection de la loi applicable »[1362]. Toutefois, certains membres du groupe de travail ont jugé cet article superflu, estimant que ces objectifs pouvaient être atteints par la clause de réserve de l'ordre public, déjà incluse dans la Convention[1363].

Selon les explications du professeur vénézuélien, ce raisonnement négligeait la nature véritable de l'ordre public, qui nécessite « une intervention préalable de la règle de conflit et constitue une exception à l'application de la loi étrangère désignée »[1364]. Selon lui, la proposition vénézuélienne visait plutôt à « reconnaître l'existence de certaines matières juridiques où les règles de conflit ne peuvent pas intervenir et où l'application du droit étranger n'est pas envisageable », car « ces matières sont directement régies par des règles exprimant les principes fondamentaux de la législation de chaque État », agissant ainsi *a priori* et non *a posteriori*[1365]. Mais, devant l'accord unanime sur l'inutilité de cette règle, la délégation vénézuélienne retira sa proposition pour éviter les conflits qui pourraient menacer la réussite de la Convention[1366].

[1360] G.I. Boutin, *Derecho Internacional Privado*, 4e éd., Maître Boutin, Panamá, 2018, p. 128.

[1361] V. *supra* n° 228.

[1362] G. Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 150 (traduction libre de l'anglais).

[1363] *Ibidem ;* à ce sujet, v. aussi R.B. Santos Belandro, « Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo », *op. cit.*, p. 67-69.

[1364] G. Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 150 (traduction libre de l'anglais).

[1365] *Ibidem.*

[1366] *Ibidem.*

Le recours aux « lois de police », ou plutôt aux « dispositions impératives », sera finalement introduit dans le contexte régional latino-américain seulement en 1994, à travers l'adoption de la Convention de Mexico[1367].

234. Les dispositions impératives dans la Convention de Mexico. L'article 11 de la Convention de Mexico, à l'instar de la Convention de Rome, impose l'application des dispositions impératives, indépendamment de la loi désignée comme applicable au contrat. Cet article fait, en outre, une distinction entre les lois de police du for, d'application obligatoire, et les lois de police étrangères, de nature facultative. L'article est ainsi rédigé :

> « Nonobstant les articles précédents, les dispositions de la loi du for s'appliquent nécessairement lorsqu'elles ont un caractère impératif.
>
> Le tribunal peut, à sa seule discrétion et s'il le juge opportun, appliquer les dispositions juridiques impératives d'un autre État avec lequel le contrat est en rapport étroit. »[1368]

Après avoir établi que l'article 11 de la Convention de Mexico consacre une distinction fondamentale entre deux catégories de dispositions impératives, il convient d'examiner plus en détail le régime juridique de chacune d'elles. Si le premier alinéa de cet article impose l'application nécessaire des dispositions impératives du for, reflétant ainsi la souveraineté de l'État du tribunal saisi, le second alinéa introduit un mécanisme plus nuancé concernant les dispositions impératives étrangères. Ainsi, tandis que les lois de police du for s'imposent de manière automatique et inconditionnelle, les lois de police étrangères ne bénéficient que d'une reconnaissance conditionnelle, soumise à l'appréciation discrétionnaire du juge.

235. Définition et application des lois de police du for. D'une part, l'article 11 de la Convention de Mexico dispose que les dispositions impératives du for s'appliquent « nécessairement », c'est-à-dire de manière obligatoire et sans qu'il soit nécessaire de recourir aux règles de conflit de lois. Cette orientation s'écarte ainsi de la logique traditionnelle de l'ordre public, en consacrant pour la première fois, au sein du système conventionnel latino-américain, la méthode unilatérale des « lois de police »[1369].

[1367] Pour la discussion entre les deux notions, v. note de bas de page *infra* n° 1368. Il importe également de souligner que les États américains ont rencontré (et rencontrent toujours) des difficultés à distinguer ces deux notions au cours des discussions. Lors de la réunion tenue à Tucson, il fut proposé de supprimer l'article 11, sa solution étant déjà prise en compte par la disposition relative à l'ordre public. La délégation argentine, s'appuyant sur une proposition de la délégation panaméenne, a préconisé la suppression pure et simple de l'article. À l'inverse, la délégation uruguayenne a défendu le maintien de l'article, estimant que le contrat devrait nécessairement être soumis aux normes impératives reconnues internationalement de la loi objectivement désignée. À ce sujet, v. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 154-155.

[1368] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[1369] Bien que le terme « dispositions impératives » soit utilisé comme synonyme de « lois de police » dans le contexte de la Convention de Rome (v. M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 26 et s.), le professeur uruguayen Ruben B. Santos Belandro

Contrairement au Règlement Rome I, la Convention de Mexico ne fournit pas de définition précise des « lois de police ». L'article 9 du règlement européen offre une définition classique, attribuée à Francescakis[1370] et reprise dans l'arrêt Arblade de la CJUE[1371]. Selon cet article, une loi de police est « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses *intérêts publics*, tels que son organisation politique, sociale ou économique »[1372]. En revanche, en suivant le modèle de la Convention de Rome (art. 7)[1373], la Convention de Mexico mentionne seulement le caractère *impératif* d'une disposition du for, entraînant son application *nécessaire* (art. 11.1).

La définition apportée par le règlement suscita en doctrine européenne un débat sur sa véritable portée, notamment en ce qui concerne les références aux « intérêts publics » et l'absence de critères suffisamment précis permettant à l'interprète de déterminer avec certitude si une réglementation étatique impérative donnée relève ou non de la catégorie des lois de police[1374]. La question centrale était de savoir si ces expressions entraînaient une interprétation restrictive de la notion de lois de police, excluant certaines catégories

---

a mis en évidence les ambiguïtés liées à l'utilisation de ce terme dans la Convention de Mexico, qui ne contient aucune référence aux lois de police dans l'article 11 dédié à la détermination du droit applicable. Dans cet article, il n'est fait mention que des dispositions du droit du for qui présentent un *caractère impératif*, ainsi que des *dispositions impératives* du droit d'un autre État, ce qui, selon le professeur uruguayen « ouvre la porte à toute sorte de normes de cette nature sans aucun filtre technique ». Cf. R.B. Santos Belandro, « Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo », *op. cit.*, p. 73. Toutefois, en soulignant l'ambiguïté entre le concept de « loi de police » et celui de « règle impérative » dans le contexte de la Convention de Rome, v. A. Bonomi, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats », *in* E. Cashin-Ritaine, A. Bonomi (dir.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles* : actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Genève, Schulthess, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé no 62, 2008, p. 217-237, p. 225 ; pour les discussions sur la notion de « disposition impérative » au sens de la Convention de Mexico, dans une approche comparatiste avec le système européen, v. M.M. Albornoz, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *op. cit.*, p. 33 et s.

[1370] V. les études de Francescakis sur le thème, en particulier, P. Francescakis, « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 1-18.

[1371] CJCE, n° C-369/96, Arrêt de la Cour, Procédures pénales c. Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96), 23 novembre 1999. Sur ce sujet, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 178 et s. ; et D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale*, *op. cit.*, p. 686 et s. ; v. aussi, en France, Com., 8 juillet 2020, n° 17-31.536, selon laquelle la loi de police « s'impose au juge saisi, sans qu'il soit besoin de rechercher la règle de conflit de lois conduisant à la détermination de la loi applicable ».

[1372] Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Règlement Rome I) (italiques ajoutés).

[1373] Selon l'art. 7 de la Convention de Rome : « 1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. 2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

[1374] P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207-290, spéc. p. 223.

de normes reconnues par les ordres juridiques nationaux, notamment celles protégeant des intérêts privés spécifiques, comme ceux des consommateurs ou travailleurs[1375].

La Cour de justice de l'Union européenne fit preuve d'une interprétation restrictive des lois de police. Dans l'affaire *Unamar* (2013)[1376], elle s'écarta de l'approche extensive préconisée par l'avocat général[1377] et affirma que les lois de police devaient faire l'objet d'une « interprétation stricte », afin de préserver le principe fondamental d'autonomie de la volonté des parties. Selon ses termes : « […] les États membres ne pourraient pas aller à l'encontre de ce principe fondamental en qualifiant systématiquement d'impératives leurs règles nationales, *sauf lorsqu'elles concernent explicitement un intérêt important* »[1378]. Selon la Cour de justice, cette conclusion n'exclut pas pour autant la qualification de loi de police pour certaines dispositions régissant le statut des agents commerciaux indépendants. Une telle qualification demeure envisageable « uniquement » si l'application de ces règles revêt un caractère « crucial » pour l'ordre juridique concerné, appréciation qui doit s'effectuer au regard « de la nature et de l'objet » des dispositions impératives en cause[1379].

Plus récemment, dans l'arrêt *Huk-Coburg II* (2024)[1380], la Cour de justice apporta des précisions quant à la possibilité de qualifier de lois de police des dispositions visant la protection d'intérêts individuels d'une catégorie déterminée de personnes physiques, confirmant son interprétation restrictive. À cette occasion, procédant à une assimilation de la qualification des lois de police entre le Règlement Rome II et le Règlement Rome I, la Cour reconnut que si les lois de police visent effectivement la protection des intérêts publics, cette qualification n'exclut toutefois pas, par principe, la sauvegarde concomitante

---

[1375] Sur cette discussion, v. A. Bonomi, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats », *op. cit.*, p. 228 et s. L'auteur conclut néanmoins que la définition de l'article 9.1 ne doit pas être interprété dans le sens d'exclure la protection de parties vulnérables. Selon lui : « Il est vrai que l'article 9(1) se réfère en termes clairs à la sauvegarde d'intérêts *publics* mais il est évident que les normes de protection de catégories déterminées d'individus peuvent revêtir une importance fondamentale pour l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays. […] L'exclusion *a priori* de toutes ces règles de la catégorie des lois de police est, à notre avis, trop sévère et inacceptable » (p. 230). À ce sujet, v. également, B. Audit, « Du bon usage des lois de police », *Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 25 et s. ; L. d'Avout, « Les lois de police » in Azzi, T. et Boskovic, O. (dir.), Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?, 1e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 91-121 ; et P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207-290, spéc. p. 223.

[1376] CJCE, 17 octobre 2013, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV c. Navigation Maritime Bulgare, Aff. C—184/ 12.

[1377] L'avocat général avait préconisé de suivre l'approche la plus favorable aux États, selon laquelle, d'une part, les États devraient avoir « une large marge d'appréciation pour déterminer les dispositions de leur droit respectif qui doivent être qualifiées d'impératives » et, d'autre part, « aux fins de qualifier une disposition d'impérative, il peut être tenu compte de la vocation protectrice d'une règle donnée au regard non seulement d'intérêts strictement publics, mais également de la nécessité de tenir compte de la situation particulière d'un groupe de personnes. » (Concl. N. Wahl, 15 mai 2013, para. 41 et 60).

[1378] CJCE, 17 octobre 2013, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV c. Navigation Maritime Bulgare, Aff. C—184/ 12, para. 35 (original sans italiques).

[1379] V. aussi L. d'Avout, « Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux », *Recueil Dalloz*, n° 1, 2014, p. 60-64, p. 62.

[1380] CJUE, 5 septembre 2024, HUK-COBURG II, aff. C-86/23.

d'intérêts privés, dès lors que celle-ci s'inscrit dans la poursuite d'un « intérêt public essentiel ». Rejoignant la conclusion de l'avocat général, la Cour confirma la nécessité d'un lien suffisant avec un intérêt public jugé essentiel par le for et affirma que des dispositions nationales visant à protéger des intérêts individuels ne sauraient être considérées comme des lois de police « que pour autant que l'analyse circonstanciée à laquelle elle est tenue de procéder fasse clairement apparaître que la protection des intérêts individuels d'une catégorie de personnes, à laquelle tendent ces dispositions nationales, correspond à un intérêt public essentiel dont elles assurent la sauvegarde »[1381]. De ce fait, le jeu normal du conflit de lois peut être écarté pour sauvegarder des intérêts privés, mais uniquement dans des cas exceptionnels où cette protection vise un intérêt majeur et plus général, c'est-à-dire lorsqu'elle traduit des intérêts publics jugés essentiels dans l'ordre juridique du for.

Dans le cadre de la Convention interaméricaine, la professeure María Mercedes Albornoz a relevé que, pour interpréter la notion de « disposition impérative » consacrée par ce texte, la doctrine latino-américaine adopte « une conception souple des lois de police dans le sens qu'elle embrasse non seulement les règles internationalement impératives qui touchent des intérêts publics essentiels, mais aussi celles qui protègent les intérêts de parties jugées a priori faibles, comme les consommateurs »[1382]. En effet, l'absence de définition précise ou de cadre normatif comparable à celui du modèle européen actuel confère aux juges, dans le cadre de la Convention de Mexico, une latitude interprétative importante, leur permettant d'appliquer nécessairement les dispositions nationales protectrices des consommateurs ou des travailleurs en les qualifiant de lois de police ou de dispositions impératives.

Une telle marge d'appréciation a fait l'objet de critiques dans le contexte européen, notamment s'agissant de la jurisprudence de la Cour de justice qui vient d'être citée. Ces décisions ont été sévèrement critiquées par la doctrine en raison de la conception extensive retenue de la notion de lois de police et de la latitude considérable qu'elle confère aux juges pour écarter la loi désignée par la règle de conflit bilatérale. Nous reviendrons sur ces critiques dans la seconde partie de cette étude, consacrée à l'évaluation des solutions envisageables pour un droit harmonisé en Amérique latine[1383].

236. Lois de police étrangères. D'autre part, dans une position novatrice, la Convention de Mexico permet au juge d'appliquer les dispositions impératives d'un autre État lorsqu'elles sont étroitement liées au contrat. En fait, l'alinéa 2 de l'article 11 de la

[1381] V., en particulier, L. d'Avout, « Droit international privé de l'Union européenne (2024) », *JDI,* 2025, p. 1518-1527 ; et D. Bureau, « L'interprétation par la Cour de justice des lois de police visées par le règlement Rome II », *Rev. crit. DIP*, 2025, p. 159.

[1382] M.M. Albornoz, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *op. cit.*, p. 35-36 ; v. aussi, la doctrine vénézuélienne, qui considère que les lois nationales qui protègent les consommateurs sont considérées comme faisant partie des lois de police du for : E. Hernández-Bretón, « Venezuela », *op. cit.,* p. 809.

[1383] V. *infra* n° 582 et s.

Convention de Mexico diffère de son alinéa 1 (concernant les lois de police du for) en ce qu'il n'impose pas au juge l'obligation d'appliquer les lois de police étrangères, mais lui confère un simple *pouvoir* discrétionnaire de les appliquer lorsqu'il le « juge opportun ». Cette appréciation est toutefois limitée par un critère objectif : le juge ne peut appliquer les lois de police étrangères que si le contrat entretient avec celles-ci un « rapport étroit ». Ainsi, sur ce point, les approches de la Convention de Rome (art. 7.1) et de la Convention interaméricaine (art. 11.2) présentent des similitudes importantes, malgré ses différences.

Une première différence consiste en ce que l'article 7.1 de la Convention européenne prévoit que le juge peut « donner effet » à ces dispositions impératives, tandis que la Convention de Mexico emploie le verbe « appliquer », marquant une nuance dans le degré de discrétion judiciaire. Cependant, existe-t-il une véritable distinction substantielle entre les termes « donner effet » et « appliquer » en ce qui concerne les lois de police étrangères ?

Le choix de l'expression « donner effet » dans la Convention de Rome fut étendu comme conférant au juge « la tâche très délicate de combiner les dispositions impératives avec la loi normalement applicable au contrat dans la situation concrète »[1384]. En pratique, cette expression était souvent comprise comme une simple « prise en considération » de la loi étrangère[1385]. Dans cette perspective, l'« application » d'une loi de police étrangère suppose qu'elle déploie pleinement ses propres sanctions, tandis que le fait de « donner effet » pourrait ne signifier qu'une prise en compte, envisagée comme un fait, destiné à produire une conséquence juridique au sein de l'ordre juridique national, sans pour autant entraîner l'application de ses sanctions. Comme l'expliquent les professeurs Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, « prendre en considération comme un fait l'effet prohibitif de la loi de police » se distingue fondamentalement d'une « application à titre autonome »[1386]. En effet, « si la loi étrangère s'applique en tant que telle, elle dicte elle-même ses sanctions ; si elle n'est que prise en considération, la maîtrise des sanctions appartient à la loi du contrat »[1387]. Ou encore, comme l'explique Mme E. Fohrer-Dedeurwaerder dans sa thèse de droit consacrée à la prise en considération, il s'agit « d'une technique juridique qui consiste pour le juge de *consulter* une règle sans l'appliquer »[1388].

[1384] M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 26 et s.

[1385] Pour une étude détaillée de la « prise en considération » d'une loi étrangère, v. E. Fohrer-Dedeurwaerder, *La prise en considération des normes étrangères*, thèse, Paris, LGDJ, 2008. V. aussi, dans le contexte du Règlement Rome I, S. Bollée, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 205 et s.

[1386] D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale, op. cit.,* p. 426.

[1387] *Ibidem.*

[1388] E. Fohrer-Dedeurwaerder, *op. cit.,* p. 43. Selon l'auteure, quand la norme étrangère est prise en considération, elle n'est pour le juge qu'un *datum*, c'est-à-dire, une donnée. Comme elle l'explique : « Lorsqu'on parle d'application proprement dite, la loi mise en œuvre permet d'énoncer une solution concrète au problème de droit posé. En revanche, lorsque l'on parle de prise en considération, la loi prise en compte n'a pas vocation, concurremment à la règle appliquée, à résoudre la question de droit litigieuse. Elle joue simplement le *rôle d'une information* ». En démontrant la « porosité » de la distinction entre l'application et prise en compte dans le contexte

Le juge dispose, donc, dans le système de la Convention de Rome, comme l'expliquent les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, « d'un large pouvoir, lui permettant notamment de ne pas tirer toutes les conséquences voulues par une loi étrangère »[1389].

Si les deux conventions limitent l'appréciation des juges aux lois de police étrangères qui présentent un « lien étroit » avec le « contrat » (Convention de Mexico) ou la « situation » (Convention de Rome), la Convention de Mexico n'est toutefois pas allée aussi loin que la Convention de Rome, en exigeant que les tribunaux interrogent le système juridique du pays où ces dispositions impératives sont incluses pour savoir si elles s'appliquent, dans le cas d'espèce, à l'exclusion de toute autre loi[1390]. Comme l'a noté le rapport Giuliano-Lagarde : « Cet élément nouveau, qui ne figurait pas dans l'avant-projet initial, loin d'affaiblir la règle, au contraire la précise, la clarifie et la renforce. En effet, un pouvoir discrétionnaire doit être donné au juge particulièrement dans le cas où des règles impératives contradictoires de deux pays différents se veulent simultanément applicables à la même situation, et où un choix doit nécessairement être fait entre l'une et l'autre »[1391].

De plus, la Convention de Mexico, contrairement à la Convention de Rome, ne fournit pas de précisions quant au fait que le juge doit tenir compte, lors de l'application des lois de police étrangères, de « leur *nature* et de leur *objet* ainsi que des *conséquences* qui découleraient de leur application ou de leur non-application » (art. 7.1 de la Convention de Rome). Suivant les éclaircissements des professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout à ce sujet, la « nature » d'une disposition peut renvoyer à son caractère éventuellement relevant du droit public ou du droit pénal, ainsi qu'à son caractère permissif ou prohibitif, général ou spécial, bien que, comme ils l'ont révélé, « aucun de ces traits ne soit décisif »[1392]. Quant à l'« objet » des lois de police, ils notent que certaines dispositions sont plus facilement qualifiées comme telles en raison de leur finalité particulière, comme le droit de la concurrence. Enfin, les « conséquences » peuvent se manifester de plusieurs manières : pour la partie demandant l'exécution du contrat, dont les intérêts pourraient être gravement lésés, pour la protection des intérêts de l'État édictant la norme, mais aussi pour celle des intérêts de l'État du for[1393].

---

du Règlement Rome I, v. S. Bollée, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 208 et s.

[1389] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 294.

[1390] Dans le cadre de la Convention de Rome, la proposition selon laquelle les liens requis devraient être ceux avec le « contrat » a été rejetée, le groupe ayant préféré substituer le terme par « situation ». Quant aux justifications de ce choix, le Rapport Giuliano-Lagarde souligne que : « Le lien dont il est question doit exister entre l'ensemble du contrat et la loi d'un pays autre que celui auquel le contrat est soumis. Le groupe a rejeté la proposition d'une délégation tendant à établir un lien entre la question en litige et une loi déterminée. En effet, cette proposition aurait causé un morcellement regrettable du contrat et aurait conduit à l'application de lois impératives non prévisibles pour les parties. Le groupe a préféré pourtant remplacer les mots "les contrats" par "la situation" ». Cf. M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 26 et s.

[1391] M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 26 et s.

[1392] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 946.

[1393] *Ibidem.*

La Convention de Rome encadre, ainsi, plus rigoureusement l'application éventuelle des lois de police étrangères en imposant au juge de prendre en considération leur nature, leur objet et leurs conséquences, tandis que la Convention de Mexico se limite à laisser cette faculté à l'appréciation discrétionnaire du tribunal saisi, sous la seule réserve de l'existence de liens étroits.

Le professeur uruguayen Ruben B. Santos Belandro reproche à la rédaction de l'article 11 de la Convention interaméricaine d'omettre la précision nécessaire quant à la manière de qualifier les dispositions impératives des États tiers étroitement liés au contrat, et la suppression de toute référence à un critère auquel le tribunal pourrait se référer pour motiver sa décision. Par ailleurs, selon ce même auteur, l'expression introductive « à sa seule discrétion », « n'exerce pas une pression suffisante sur les juges pour qu'ils justifient la manière dont ils tranchent le litige contractuel »[1394]. Il conclut qu'« il est regrettable que, malgré le temps écoulé depuis l'élaboration de la Convention de la Communauté économique européenne, les législateurs conventionnels aient non seulement échoué à définir de nouveaux éléments restrictifs destinés à limiter les éventuels arbitres judiciaires, mais qu'ils aient en outre renoncé à fournir tout type d'aide pour l'identification et la gestion de ces normes »[1395].

Il est également important de souligner qu'il existe des distinctions notables entre la Convention de Mexico et le Règlement Rome I, adopté en 2008, qui a apporté des modifications à cet égard[1396]. Le Règlement Rome I (art. 9.3) diffère des deux conventions en ce qu'il limite la prise en considération des lois de police aux lois « du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées » et, cela seulement « dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale »[1397]. Le Règlement marque donc, comme l'ont remarqué les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, un recul par rapport à la Convention de Rome (et, pourtant, également par rapport à l'instrument interaméricain), puisque d'une part, il « semble consacrer une automaticité d'application des lois de police du for, dont la définition prête encore à

[1394] R.B. Santos Belandro, « Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo », *op. cit.*, p. 74 (traduction libre de l'espagnol).

[1395] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol). Dans ses conclusions, le professeur Santos Belandro affirme que le régime de l'art. 11 peut donner place à l'arbitralité et l'insécurité juridique en plus d'être une « carte blanche au *forum shopping* » (v. *Ibid,* p. 103-104).

[1396] Pour une comparaison des deux instruments à l'égard des lois de police, v. A. Bonomi, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats », *op. cit.*, p. 217-237.

[1397] L'art. 9.3 du Règlement Rome I dispose : « Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ». Comme l'explique le professeur Bonomi, la nouvelle disposition était le fruit d'un compromis politique « qui a certainement facilité la décision du Royaume-Uni de se soumettre au Règlement ». V. A. Bonomi, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats », *op. cit.,* p. 233.

discussion », et d'autre part, car il est « excessivement restrictif à l'égard des lois de police étrangères »[1398].

Section 5 — La protection des parties vulnérables dans les conventions latino-américaines

237. Absence de réglementation spécifique. Les instruments juridiques d'Amérique latine ne prévoient pas de règles spécifiques pour les accords conclus entre des parties ayant un statut de vulnérabilité. Les Traités de Montevideo de droit civil international, ainsi que le Code Bustamante et la Convention de Mexico, sont des instruments généraux qui s'appliquent à tous les types de contrats[1399]. Dès lors, les contrats internationaux impliquant une partie faible, notamment les contrats de consommation et de travail, entrent en principe dans le champ d'application de ces instruments. Ces contrats sont donc soumis aux rattachements généraux prévus par ces instruments, à savoir, soit la loi du lieu d'exécution pour les Traités de Montevideo, soit la loi personnelle ou celle du lieu de conclusion pour le Code Bustamante et, finalement, la loi présentant les liens les plus étroits pour la Convention de Mexico[1400]. En outre, dans les instruments qui reconnaissent le principe de l'autonomie de la volonté, les parties disposent, en principe, de la faculté de déterminer la loi applicable également à ces types de contrats, dès lors qu'aucune disposition expresse ne s'y oppose.

Ainsi, la seule protection des parties faibles dans ces instruments repose en principe sur le mécanisme de l'ordre public, prévu par les trois textes. En conséquence, une loi étrangère offrant une protection moindre aux consommateurs ou aux travailleurs, par exemple, pourrait être écartée au profit de la loi du for, seulement lorsque cet État considère que cette protection relève de son ordre public. S'agissant de la Convention de Mexico, il fut également considéré que la protection des parties faibles reposait sur l'article 11 relatif

[1398] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 947 ; dans le même sens, v. A. Bonomi, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats », *op. cit.,* p. 234-235, selon lequel : « Si ces éléments d'incertitude sont, dans une certaine mesure, inhérents au traitement des lois de police étrangères, plus grave est l'impression que les deux conditions introduites par le nouvel article 9(3) soient somme toute arbitraires et modifient, sans le dire, la nature et la fonction du mécanisme prévu par cette disposition ».

[1399] Il convient de rappeler, cependant, que les contrats de travail de membres d'équipage maritime sont régis par le Traité de Montevideo de navigation commerciale internationale de 1940. L'article 20 de ce traité dispose que « Les contrats de réglage sont régis par la loi de la nationalité du navire auprès duquel les officiers et membres d'équipage accomplissent leurs services ». En Uruguay, l'article 7 de la Loi 19 246, qui fait un renvoi aux règles de ce Traité, a été jugé comme appliqué en vertu de sa spécialité, comme le prévoit l'article 62, alinéa 2, de la nouvelle loi générale uruguayenne de 2020. À ce sujet, v. C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 205-206.

[1400] Pour les conditions de l'admission de l'autonomie de la volonté dans chacun de ces instruments, v. *supra* n° 89 et s.

aux lois de police[1401], bien que cette protection ait été jugée à la fois « insuffisante » et « inadéquate »[1402].

Selon la professeure brésilienne Claudia Lima Marques[1403], l'article 11 de la Convention de Mexico ne garantit pas une protection effective de la partie faible au contrat. Elle illustre cette insuffisance par la situation des consommateurs touristes ou effectuant des achats à distance, notamment par voie électronique. Dans ces hypothèses, l'application des normes impératives ou d'ordre public du pays de domicile du consommateur demeure incertaine, leur mise en œuvre étant laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge saisi, généralement celui du lieu d'établissement du professionnel. À la lumière de ces constats, la professeure Lima Marques conclut que le rattachement de la CIDIP-V n'est « ni adéquat ni suffisant en ce qui concerne la protection des consommateurs dans la région »[1404]. Elle fut, en effet, comme elle le souligne, « conçue pour des contrats entre sujets égaux, des professionnels pourvus de départements juridiques, des entreprises et des personnes juridiques déjà habituées à agir dans le marché interaméricain, dotés de compétences linguistiques et d'un pouvoir de marchander, en plusieurs aspects, différent et supérieur à ceux des consommateurs, des personnes physiques, profanes, ayant des carences linguistiques et juridiques beaucoup plus importantes »[1405].

Cependant, en l'absence de choix, il fut également défendu que, dans le système de la Convention de Mexico, le juge doit chercher la loi qui correspond le mieux au contrat en essayant de déterminer la « meilleure loi », en accordant la priorité à une solution équitable adaptée à chaque situation particulière[1406]. Par conséquent, le magistrat, qui dispose d'une liberté d'appréciation selon la Convention, devra prendre en considération des éléments tels que le principe du droit le plus favorable à la protection des parties faibles, afin de garantir la protection de ces droits[1407].

Enfin, la protection des parties vulnérables a fait l'objet de développements significatifs par le moyen de la *soft law*. L'Organisation des États Américains a récemment publié un rapport accompagné d'un guide de bonnes pratiques portant sur l'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux impliquant une partie économiquement

[1401] M.M. Albornoz, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *op. cit.*, p. 36.

[1402] V. C. Lima Marques, « A proteção do consumidor : aspectos de direito privado regional e geral », *Cursos de Derecho internacional*, serie temática, parte 2, El Derecho internacional privado en las Américas (1974-2000), Washington, D.C., Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA, 2002, p. 1542-1543.

[1403] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1404] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1405] C. Lima Marques, « Les leçons de la réunion préparatoire de Porto Alegre pour la Conférence Spécialisée de Droit International Privé — CIDIP VII — sur la protection des consommateurs et des négociations subséquentes », *Revista da Faculdade de Direito-UFRGS*, 2017, vol. 1, nº 1, p. 158.

[1406] V. C. Madrid Martínez, « Constitución y Derecho Internacional Privado », *op. cit.*, p. 251 ; v. aussi, J.A. Giral Pimentel, « La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad », *op. cit.*, p. 20-21.

[1407] *Ibidem.*

faible[1408]. Le guide, publié en décembre 2023 sous la direction de la professeure Cecilia Fresnedo de Aguirre, constitue une contribution significative à la protection des parties vulnérables dans le contexte latino-américain. Partant du constat que les règles de droit international privé sont généralement conçues pour des contrats négociés de gré à gré et non pour les contrats d'adhésion ou asymétriques, ce rapport propose des recommandations et bonnes pratiques destinées aux praticiens du droit. Ces orientations visent à compléter le cadre juridique existant, en offrant des solutions concrètes aux déséquilibres contractuels résultant de l'absence de pouvoir de négociation d'une des parties, particulièrement en matière de clauses de choix de loi applicable et de juridiction. L'apport de ce guide, ainsi que son influence sur les développements normatifs récents en Amérique latine, fera l'objet d'une analyse approfondie ultérieurement dans cette étude[1409].

238. Bien que les conventions latino-américaines analysées ne comportent pas de réglementation expresse en la matière, la protection des parties faibles a fait l'objet d'initiatives codificatrices et d'une évolution jurisprudentielle notable, notamment en ce qui concerne les contrats de consommation (§1) et les contrats de travail (§2).

§1 — Contrats de consommation

239. La proposition de la CIDIP-VII. En raison de ces insuffisances, et grâce en grande partie aux travaux de la professeure brésilienne Claudia Lima Marques, la protection des parties faibles constitua un enjeu central lors des débats de l'OEA, notamment au cours des travaux préparatoires de la CIDIP-VII, qui eut lieu à Washington, en 2009. C'est dans ce contexte que le gouvernement brésilien, avec l'appui de la professeure Lima Marques, présenta une proposition de *Convention interaméricaine sur le droit applicable à certains contrats et relations de consommation*[1410]. Le projet initial, élaboré par la professeure brésilienne, fut par la suite révisé et renommé *Projet de Buenos Aires* dans une initiative

[1408] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil:* desafíos inherentes y posibles soluciones, Informe y recomendaciones de buenas prácticas, CJI/doc. 683/23 rev.3. Washington, 12 décembre 2023.

[1409] Sur ce guide, v. *infra* n° 591 et s.

[1410] Le Canada et les États-Unis appuyèrent l'idée que la CIDIP-VII traite du thème de la protection des consommateurs par le biais du Droit international privé et présentèrent également leurs propositions (*Canadian Draft Proposal for a Model Law on Jurisdiction and Applicable Law* et *US Draft Proposal for a Model Inter-American Law on Availability of Consumer Dispute Resolution and Redress for consumers*). À ce sujet, v. C. Lima Marques, « Les leçons de la réunion préparatoire de Porto Alegre pour la Conférence Spécialisée de Droit International Privé — CIDIP VII — sur la protection des consommateurs et des négociations subséquentes », *op. cit*., p. 137 et s. Pour les solutions adoptées par chaque projet, v. L. Klein Vieira, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*, Thomson Reuters La Ley, 2017, p. 105-106. V. aussi P.M. All, « El diseño y la progresiva construcción de un sistema de protección del consumidor a escala americana, avances y desafíos pendientes », *Protección de los consumidores en América,* Trabajos de la CIDIP VII (OEA), CEDEP, 2008, p. 273-302, p. 292-295 ; et C. Lima Marques, « A Proposta Brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a Lei Aplicável a alguns Contratos com Consumidores (CIDIP VII): Temas e Discussões no Fórum de Expertos da OEA », *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* – PPGDir./UFRGS, 2014, vol. 1, nº 5, en ligne https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/51112 (consulté le 24 septembre 2025), p. 75-106, spéc. p. 78 et s.

conjointe entre les gouvernements du Brésil, de l'Argentine et du Paraguay[1411]. L'objectif de la proposition de convention était de « définir des lignes directrices claires et favorables aux consommateurs face au phénomène particulier et croissant de la consommation internationale, qu'elle soit à distance ou électronique, ainsi qu'au tourisme de masse et aux contrats complexes qui en résultent »[1412].

Conformément à la proposition initiale présentée par le gouvernement brésilien, cette initiative poursuivait une double finalité : d'une part, « combler la lacune ou le vide juridique actuellement existant dans la région » ; et, d'autre part, « encourager la confiance des consommateurs en reconnaissant la différence de ces contrats par rapport à ceux conclus entre deux commerçants et la spécificité des contrats de consommation, afin de permettre le développement du commerce dans la région en garantissant la sécurité juridique pour toutes les parties »[1413]. Bien que la convention n'ait pas été adoptée lors de la CIDIP-VII, il demeure pertinent d'analyser les solutions qu'elle proposait, notamment en ce qui concerne la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux de consommation, dans la mesure où ces solutions traduisent les idées générales communes et les tendances d'harmonisation portées par les États américains au sein des travaux interaméricains sur ce sujet[1414].

Premièrement, il convient de noter que le Projet de Buenos Aires a adopté une définition précise et restrictive du « consommateur », en le limitant aux personnes physiques et en le définissant comme « toute personne physique qui, face à un professionnel ou à un fournisseur de biens et services, agit à des fins personnelles, familiales ou domestiques, ou à des fins qui ne relèvent pas de son activité professionnelle ni de la revente » (art. 1.1).

[1411] Sur ce sujet, v. L. Klein Vieira, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 103-114 ; C. Lima Marques, « As lições da reunião preparatória de Porto Alegre da Conferência especializada de direito internacional privado – CIDIP VII de proteção dos consumidores e das negociações posteriores », *Protección de los consumidores en América*, Trabajos de la CIDIP VII (OEA), CEDEP, 2008, p. 179-209 ; et C. Lima Marques, « A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral », *Curso de Derecho Internacional-OEA/CIJ*, Ed. Secretaría General - Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, Washington, 2007, p. 261-307.

[1412] Propostas dos Estados membros para a Sétima conferência especializada interamericana sobre direito internacional privado (CIDIP-VII), Tema I: Proteção ao consumidor (Brasil), 10 novembre 2008 (traduction libre du portugais). À propos de la réunion préparatoire de la CIDIP VII sur la protection des consommateurs, ses antécédents, les textes présentés et les avancées réalisées (en langue française), v. C. Lima Marques, « Les leçons de la réunion préparatoire de Porto Alegre pour la Conférence Spécialisée de Droit International Privé — CIDIP VII — sur la protection des consommateurs et des négociations subséquentes », *op. cit.,* p. 138 et s.

[1413] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1414] Il est également intéressant de noter les travaux de l'ASADIP concernant la protection du consommateur touriste. Après des négociations infructueuses à la CIDIP-VII de l'OEA, l'ASADIP s'est tournée vers la Conférence de La Haye. Le 23 mars 2012, plus de 100 membres de l'ASADIP, issus de 14 pays, ont exprimé leur soutien à un programme proactif sur des sujets d'intérêt régional et, dans la Charte de Rio de Janeiro, ont considéré qu'il était possible de progresser sur la protection internationale du touriste en tant que consommateur, en proposant leurs études à la Conférence de La Haye comme principal *forum* mondial pour la coopération et la protection des plus faibles en droit international privé. À ce sujet, v. C. Lima Marques, « La protección del consumidor en el derecho internacional privado uruguayo: Una comparación con los proyectos brasileños », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020*, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 347-365, p. 363-365.

Il aborde également le concept de « consommateur assimilé », précisant que : « sont également considérés comme consommateurs les tiers qui bénéficient directement, en tant que destinataires finaux, des services et produits contractés » (art. 1.2). Enfin, le Projet précise la notion de « contrat ou transaction internationale de consommation ». Selon l'article 2, il s'agit d'un contrat dans lequel, au moment de sa conclusion, le consommateur avait son domicile dans un État partie différent de celui du domicile ou du siège du professionnel, de l'entreprise ou du fournisseur impliqué dans la relation contractuelle[1415]. La référence à l'« État partie » implique ainsi que la convention ne trouverait à s'appliquer qu'aux relations de consommation présentant un lien avec un ou plusieurs États américains parties à la convention, ou, à tout le moins, uniquement aux consommateurs ayant leur domicile sur le territoire d'un État partie.

Le Projet propose deux régimes pour le droit régissant les contrats de consommation : l'un pour les consommateurs « passifs », et l'autre pour les consommateurs « actifs » ou « touristes »[1416]. À l'inverse du modèle européen, la protection du consommateur « passif » (c'est-à-dire celui qui conclut un contrat dans son pays de résidence, en particulier à distance) ne se limite pas aux hypothèses où le professionnel a manifesté une quelconque initiative dans le pays du consommateur[1417]. En effet, pour les contrats conclus avec des consommateurs « passifs », l'article 4.1 autorise les parties à choisir la législation applicable, mais ce choix est soumis à des restrictions. Seules certaines lois prédéfinies peuvent être sélectionnées : la loi du domicile du consommateur, celle du lieu de conclusion du contrat, du lieu d'exécution ou du siège du professionnel, à condition que

[1415] Cf. Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável a Alguns Contratos e Transações Internacionais de Consumo, Versão simplificada da proposta final brasileira *Proposta Buenos Aires*, proposta Conjunta dos Governos do Brasil, Argentina e Paraguai, en ligne https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_working_doc_cp_simplified_version_final_brazilian_proposal_POR.pdf (consulté le 2 août 2025. Traduction libre du portugais).

[1416] Le Projet emploie ces termes de manière interchangeable. Bien que l'article 5 soit intitulé « Protection contractuelle du touriste ou consommateur actif », seul l'adjectif « actif » apparaît dans les alinéas qui suivent, lesquels établissent les règles applicables aux contrats conclus lorsque le consommateur se trouve « hors de l'État de son domicile ». Le préambule du Projet précise encore que la Convention vise à « mettre en place un régime juridique en matière de droit applicable qui assure une protection plus favorable et spéciale aux consommateurs dans leurs contrats et transactions internationaux, *qu'il s'agisse de touristes ou d'opérations de commerce à distance.* » (Traduction libre de l'espagnol). Cependant, il convient de noter que dans un chapitre intitulé « Règles pour des situations spécifiques », le Projet introduit une disposition spécifique aux « contrats de voyage et de tourisme » (art. 10), selon laquelle : « Les contrats internationaux de voyages individuels, conclus sous forme de forfait ou avec des services combinés, tel qu'un voyage en groupe touristique ou conjointement avec d'autres services d'hôtellerie et/ou de tourisme, sont régis par le droit du lieu du domicile du consommateur, lorsque celui-ci coïncide avec le siège ou la succursale de l'agence de voyages ou de l'organisateur du forfait avec lesquels le contrat de voyage a été conclu, ou avec le lieu où l'offre, la publicité ou toute négociation préalable a été effectuée par le fournisseur, l'organisateur, l'agent ou leurs représentants autonomes. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1417] V. l'art. 6.1 du Règlement Rome I, subordonnant seulement l'application du dispositif protecteur à la condition que le professionnel : « a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité ». Si ces conditions ne sont pas remplies, le contrat sera régi par les dispositions de droit commun (v. l'art. 6.3).

cette dernière soit « la plus favorable pour le consommateur »[1418]. En l'absence de choix valable, la loi du domicile du consommateur s'appliquera (art. 4.5).

Curieusement, l'article 4.2 offre une présomption de la loi considérée la plus favorable au consommateur. Selon cet article : « Pour ces effets, sont considérées comme option la plus favorable au consommateur les lois suivantes, dans l'ordre respectif : a) La loi du domicile du consommateur ; b) La loi de la résidence commune du consommateur et de l'un des établissements du fournisseur de produits ou services ; c) La loi du lieu de conclusion ou du lieu d'exécution, si elles coïncident avec le lieu du domicile, de l'établissement principal ou du siège du fournisseur des produits ou services intervenant dans le contrat dans une condition autre que celle de simple distributeur »[1419].

Cet article fut introduit à la suite de l'intervention de la délégation des États-Unis, qui avait exprimé une inquiétude particulière à l'égard de la règle portant sur la présomption de la loi la plus favorable au consommateur. Ainsi, lors de la réunion de Porto Alegre en 2006, cette disposition fut modifiée pour ne plus instituer une présomption, mais plutôt « une liste indicative des lois les plus favorables ». Au cours des négociations ultérieures, des travaux furent menés pour améliorer cette règle en intégrant certaines suggestions des délégations canadienne et américaine, mais aucun consensus complet n'a pu être atteint[1420]. Le projet définitif révéla donc que deux options furent examinées par le comité de travail pour cet article : soit sa suppression totale, soit l'établissement de présomptions matérielles[1421].

Certes, comparer des lois sur le plan matériel peut s'avérer compliqué en pratique, car les avantages qu'une législation offre peuvent être contrebalancés par une protection moins forte sur d'autres aspects. Ainsi, les présomptions de droit international privé fondées sur la loi la plus favorable, prévues à l'article 4.2 du projet, pourraient résoudre une partie de cette difficulté[1422]. Mais, selon nous, la complexité du texte actuel, à notre avis, pourrait

[1418] « Art 4.1 (Choix limité et valable de la loi applicable au consommateur passif). Les contrats et transactions internationaux conclus alors que le consommateur est dans l'État de son domicile, notamment en cas de contrat à distance, sont régis par la loi choisie par les parties, lesquelles peuvent opter pour la loi du domicile du consommateur, du lieu de conclusion, du lieu d'exécution ou du siège du fournisseur des produits ou services ; cette loi sera applicable dès lors qu'elle est la plus favorable au consommateur. » (Traduction libre du portugais).

[1419] *Proposta Buenos Aires*, *op. cit.* (traduction libre du portugais).

[1420] C. Lima Marques, « Les leçons de la réunion préparatoire de Porto Alegre pour la Conférence Spécialisée de Droit International Privé — CIDIP VII — sur la protection des consommateurs et des négociations subséquentes », *op. cit.*, p. 150 (traduction libre du portugais).

[1421] V. note de bas de page n° 6 de la *Proposta Buenos Aires*, *op. cit*.

[1422] Selon la proposition soumise par le Brésil à l'OEA (CP/CAJP-2652/08 add. 2, 10 novembre 2008), l'inclusion de cet article répondait au souci d'éviter la complexité inhérente à l'application de la loi matériellement la plus favorable. Comme cette proposition l'explique : « Une idée innovante de la proposition de Convention du Brésil, inspirée de la doctrine argentine d'Antonio Boggiano et européenne de Pocar et Leclerc, et à l'exemple de l'article 5 de la Convention de Rome de 1980, reposait sur l'application de la loi la plus favorable au consommateur, par la comparaison entre les règles de la *lex causae* et celles de la loi de la résidence habituelle du consommateur. Lors des négociations, notamment lors de la réunion préparatoire à Porto Alegre, la délégation brésilienne a transformé la comparaison matérielle des lois (considérée complexe et difficile) en une comparaison formelle basée sur le droit

rendre la tâche du juge encore plus délicate, au lieu de faciliter son application et de renforcer réellement la protection des consommateurs.

Le Projet offre également une protection aux consommateurs « actifs », ou « touristes », bien que celle-ci soit plus limitée que la protection accordée aux consommateurs « passifs ». Pour les premiers, c'est-à-dire ceux qui « contractent en dehors de leur État de domicile », le choix se limite au lieu de conclusion du contrat, à celui d'exécution ou au domicile du consommateur (art. 5.1), excluant ainsi la possibilité de choisir la loi du siège du professionnel. En outre, contrairement au consommateur passif, la protection offerte au consommateur actif ou touriste ne s'accompagne pas d'une exigence que la loi applicable soit nécessairement la plus favorable à ses intérêts. Enfin, en l'absence de choix, la loi du lieu de conclusion du contrat s'appliquera, celui-ci étant considéré « comme le lieu où le consommateur et le fournisseur ou professionnel se trouvent physiquement pour la conclusion du contrat » (art. 5.2)[1423].

Le Projet prévoit aussi, pour les deux cas de figure (contrats conclus avec des consommateurs actifs et passifs), que les lois impératives du for devront être appliquées nécessairement (art. 7.1). De plus, en ce qui concerne les consommateurs passifs, il y aura une double protection. Les lois de police du for ainsi que celles du pays où est domicilié le consommateur et celles de la *lex contractus* seront appliquées simultanément « lorsque possible » (art. 7.2)[1424]. Le Projet ne prévoit pas cette double protection pour les consommateurs actifs, car on suppose qu'ils ont une meilleure compréhension des risques liés à une transaction internationale.

Une « clause échappatoire » est également prévue, désignée dans le Projet comme « *hard clause* » ou « clause de correction matérielle ». Elle révèle qu'on peut ignorer la loi désignée comme applicable si l'affaire est plus étroitement liée à un autre droit offrant une meilleure protection au consommateur. Selon l'article 8 du Projet : « Le droit indiqué comme applicable par cette Convention pourrait ne pas l'être dans des cas exceptionnels, si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, le lien avec le droit indiqué comme

international privé. Ainsi, l'article 6.2 présente des critères ordonnés pour la détermination de la loi la plus favorable. Comme test final, le juge ou l'arbitre utilisera cette norme pour déterminer, en cas de conflit de lois, quelle loi est la plus favorable. À ces fins, sont considérées comme les plus favorables, comme le fait aujourd'hui le Règlement Rome I de l'Union européenne : la loi du domicile du consommateur, puis trois autres options de coïncidences entre droits qui, si elles se vérifient dans le cas concret (à l'instar des suggestions des spécialistes vénézuéliens), peuvent conduire le juge à considérer que les exigences de la Convention sont remplies et à valider le choix fait par les parties. La dernière option est nouvelle et s'inspire du droit nord-américain postérieur à 2001, du *Uniform Commercial Code (reasonable relationship)*, comme moyen de favoriser le dialogue entre la *common law* et le droit civil. » (*Ibid,* p. 18. Traduction libre du portugais).

[1423] Cf. *Proposta Buenos Aires*, *op. cit.* (traduction libre du portugais).

[1424] « Art. 7.2 (Normes impératives de l'État de domicile du consommateur). Si le contrat a été précédé dans l'État de domicile du consommateur par toute négociation ou activité de marketing de la part du fournisseur ou de ses représentants, notamment l'envoi de publicités, de correspondance, d'e-mails, de primes, d'invitations à soumissionner et d'autres activités similaires destinées à commercialiser des produits et services et à attirer des clients, les normes impératives internationalement reconnues de cet État seront appliquées en faveur du consommateur, cumulativement, si possible, avec celles du for et du droit applicable au contrat de consommation ». Cf. *Ibidem* (traduction libre du portugais).

applicable est superficiel et si l'affaire est plus étroitement liée à un autre droit plus favorable au consommateur »[1425]. Une clause d'harmonisation est également prévue, selon laquelle les différentes lois applicables « seront appliquées de manière harmonieuse, en cherchant à atteindre les objectifs visés par chacune de ces législations, toujours en faveur du consommateur » (art. 9)[1426].

240. L'Accord du Mercosur sur la loi applicable aux contrats internationaux de consommation. La Convention de Mexico exclut également de son champ d'application, conformément à son article 6, les contrats régis par des « normes autonomes » relevant du droit conventionnel international en vigueur entre les États parties. Tel serait notamment le cas de l'Accord de 2017 sur la loi applicable aux contrats internationaux de consommation au sein du Mercosur[1427]. Cet accord, unique en son genre dans la région, régit spécifiquement les contrats de consommation dans ce bloc économique. Malgré son importance, l'accord n'est pas encore entré en vigueur, aucun État membre ne l'ayant ratifié.

Même si l'Accord du Mercosur n'est pas encore entré en vigueur, il est pertinent de souligner les solutions qu'il propose[1428]. L'Accord était initialement rédigé par la professeure brésilienne Claudia Lima Marques et s'est inspiré de la proposition brésilienne de la CIDIP-VII[1429]. Il présente, toutefois, un champ d'application plus étendu que celui du projet de convention interaméricaine (ainsi que du système européen du Règlement Rome I), notamment en raison de l'inclusion expresse des personnes morales dans la définition du consommateur. De plus, il n'exige pas que le consommateur soit nécessairement la personne ayant contracté directement avec le fournisseur, autorisant ainsi qu'une personne puisse être considérée comme consommateur dès lors qu'elle reçoit un échantillon gratuit, un cadeau, ou qu'elle utilise un produit ou un service sans l'avoir elle-même acquis[1430].

Selon l'article 2 de l'Accord, le consommateur est défini comme « toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise des produits ou des services, gratuitement ou à titre onéreux, en tant que destinataire final, dans une relation de consommation ou en

---

[1425] Cf. *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1426] Cf. *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1427] Mercosur, *Acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo*, 21 décembre 2017 (traduction libre du portugais).

[1428] Au Venezuela, la doctrine a soutenu que, même si l'accord n'est pas entré en vigueur dans ce pays (le Venezuela est suspendu du Mercosur), il est possible de l'appliquer indirectement en tant que « principes généraux du droit international privé généralement acceptés ». V. P. Ramírez Braiz, « La determinación del derecho aplicable al contrato internacional de consumo en Venezuela y el acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo », *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2020, vol. 2, p. 457-463.

[1429] C. Lima Marques, « Lei mais favorável ao consumidor e o Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017 », *op. cit.*, p. 428.

[1430] L. Klein Vieira, « Private International Consumer Law in MERCOSUR: The Influence of European Regulations on its Creation », *Journal of Consumer Policy*, 2022, vol. 45, p. 121-134, p. 125.

conséquence ou à raison de celle-ci »[1431]. De plus, l'Accord adopte une définition négative : n'est pas considéré comme consommateur celui qui acquiert ou utilise des biens ou services dans le but de les intégrer comme intrants à un autre processus de production ou commercialisation. La notion de « fournisseur » est également conçue de manière très large, incluant « toute personne physique ou morale, nationale ou étrangère, privée ou publique et, dans ce dernier cas, étatique ou non étatique, ainsi que les entités dépersonnalisées de l'Administration publique des États parties, qui exercent de façon professionnelle, même occasionnellement, des activités de fabrication, de production, d'assemblage, de création, de construction, de transformation, d'importation, de distribution et/ou de commercialisation de produits et/ou services »[1432]. Enfin, le contrat international de consommation se limite aux situations dans lesquelles le consommateur, au moment de la conclusion du contrat, est « domicilié dans un État partie différent de celui du domicile ou du siège du fournisseur professionnel qui intervient dans l'opération ou dans le contrat »[1433].

Les articles 4 et 5 de l'Accord organisent la détermination de la loi applicable en tenant compte de la situation géographique du consommateur offrant une protection très étendue des consommateurs. À l'instar du Projet de Buenos Aires, ils distinguent expressément entre consommateurs « passifs » et « actifs », et prévoient des solutions très similaires à celles du Projet de convention de l'OEA. D'une part, pour les contrats conclus avec des consommateurs « se trouvant sur le territoire de l'État où il a son domicile », « en particulier dans le cadre de la conclusion de contrats à distance », les parties pourront choisir la loi applicable, celle-ci pouvant être celle du domicile du consommateur, du lieu de conclusion du contrat, du lieu d'exécution ou encore du siège social du fournisseur (art. 4.1). D'autre part, concernant les « contrats conclus lorsque le consommateur se trouve hors de son État de domicile », les parties peuvent choisir aussi la loi applicable parmi celles du domicile du consommateur, du lieu de conclusion ou du lieu d'exécution du contrat (art. 5.1). En revanche, dans ce dernier cas, il n'est plus possible de retenir la loi du siège social du professionnel. En quoi qu'en soi, dans les deux hypothèses, la loi choisie doit être plus avantageuse pour le consommateur (articles 4.1 et 5.1 : « Le droit choisi sera applicable dans la mesure où il est plus favorable au consommateur »). Sur ce point, l'Accord est plus ample que le Projet de Buenos Aires, qui prévoyait une telle disposition seulement pour les consommateurs passifs (article 4.2 du Projet). En outre l'article 6 de l'Accord exige que le choix de la loi applicable soit exprès et fait par écrit, « connu et consenti dans chaque cas »[1434].

L'Accord institue également une règle particulière applicable aux « contrats de voyage et de tourisme ». Aux termes de son article 7 : « Les contrats de voyage dont l'exécution a

[1431] Mercosur, *Acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, op. cit.* (traduction libre du portugais).

[1432] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1433] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1434] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

lieu en dehors de l'État partie de domicile du consommateur, conclus sous forme de forfait ou avec des services combinés, tels qu'un groupe touristique, ou conjointement avec d'autres services d'hôtellerie et/ou de tourisme, sont régis par le droit du domicile du consommateur »[1435]. Cette disposition se distingue du Projet de Buenos Aires en ce qu'elle écarte la condition selon laquelle la loi du domicile du consommateur ne s'appliquerait que « si celui-ci coïncide avec le siège ou la succursale de l'agence de voyages ou de l'organisateur du forfait avec lesquels le contrat de voyage a été conclu, ou avec le lieu où l'offre, la publicité ou toute négociation préalable a été réalisée par le fournisseur, l'organisateur, l'agent ou leurs représentants autonomes »[1436]. Il en résulte que l'Accord soumet systématiquement tout contrat international forfaitaire de voyage et de tourisme à la loi du domicile du consommateur, sans qu'il soit nécessaire d'établir une quelconque présence du professionnel dans cet État ni même l'existence d'une offre ou d'une activité commerciale dirigée vers celui-ci. Comme l'a souligné la professeure Luciane Klein Vieira, cette disposition protectrice des consommateurs touristes constitue une innovation majeure, en l'absence de toute règle comparable dans le droit d'autres blocs économiques ou dans les conventions internationales. Bien que cette affirmation puisse prêter à discussion, l'auteure soutient que, « la disposition du Mercosur est visionnaire, dépasse ce qui est établi dans le bloc européen, et pourrait même devenir un paradigme »[1437].

En l'absence de choix, l'Accord adopte les mêmes solutions que celles proposées par le projet de convention interaméricaine. Ainsi, les contrats conclus avec un consommateur passif seront régis par le droit de cet État (art. 4.2). Pour les consommateurs actifs, la loi applicable sera celle du lieu de conclusion du contrat (art. 5.2). L'article 7 établit une règle spéciale pour certains contrats de voyage de type forfaitaires, qui interdit l'autonomie de la volonté et exige l'application de la loi du domicile du consommateur : « Les contrats de voyage dont l'exécution a lieu en dehors de l'État de domicile du consommateur, contractés sous forme de forfait ou avec services combinés, tels que groupe touristique, ou conjointement avec d'autres services d'hôtellerie et/ou de tourisme, sont régis par le droit du domicile du consommateur »[1438].

À l'instar du projet de l'OEA, cet accord connaîtra cependant, quand il entrera en vigueur, une portée territoriale limitée. En vertu de l'article 1er de l'accord, son objectif n'est pas universel, mais régional, puisqu'il vise à « déterminer le droit applicable en matière de

[1435] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1436] Cf. *Proposta Buenos Aires*, *op. cit.* (traduction libre du portugais).

[1437] L. Klein Vieira, « Private International Consumer Law in MERCOSUR: The Influence of European Regulations on its Creation », *op. cit.*, p. 126 (traduction libre de l'anglais).

[1438] Mercosur, *Acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo*, *op. cit.* (traduction libre du portugais). Pour une analyse des solutions de l'Accord du Mercosur, v. C. Lima Marques, « Lei mais favorável ao consumidor e o acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017 », *op. cit.,* p. 419-457 ; et L. Klein Vieira, « Private International Consumer Law in MERCOSUR: The Influence of European Regulations on its Creation », *op. cit.*, p. 121-134.

contrats internationaux de consommation conclus dans le cadre du Mercosur »[1439]. Selon la professeure Claudia Lima Marques, la rédaction du texte semble indiquer que le fournisseur et le consommateur doivent être « dans le cadre » de ce bloc d'intégration, d'où son application uniquement régionale[1440].

241. Évolution jurisprudentielle. Malgré ces lacunes conventionnelles, la protection des consommateurs a connu un développement jurisprudentiel significatif dans certains pays, notamment au Brésil. Dans cet État, la jurisprudence relative à la protection des parties faibles s'est considérablement enrichie par le biais de l'application du Code Bustamante, convention en vigueur sur son territoire.

Au Brésil, la protection des consommateurs est d'origine constitutionnelle. Ainsi, par application de l'article 4 du Code Bustamante, elle devrait être considérée comme une règle d'ordre public international[1441]. Cependant, cela n'a pas empêché que le Tribunal de justice du District fédéral applique strictement le principe du lieu de conclusion du contrat, tel qu'il est établi par ce Code, dans un arrêt rendu le 4 octobre 2022.

Le litige portait sur l'achat de billets d'avion auprès de compagnies aériennes panaméennes et espagnoles par des consommateurs brésiliens se rendant à Cuba. La crise sanitaire mondiale liée au COVID-19 ayant entraîné des perturbations dans les vols, ces consommateurs saisirent les tribunaux brésiliens. La Cour d'appel brésilienne a rejeté leurs prétentions en invoquant les motifs suivants :

> « Dans le cas d'un contrat conclu à La Havane, Cuba, en dehors du territoire national, sans aucun lien avec le Brésil, si ce n'est la nationalité des contractants — laquelle n'est pas un critère absolu pour l'application de la loi brésilienne —, la loi applicable sera celle du pays où le contrat a été conclu ou du pays d'exécution de l'obligation, en rappelant que le Code Bustamante demeure en vigueur (Décret n° 18 871 du 13 août 1929, ayant promulgué la Convention de droit international privé de La Havane), dont l'appellation rend hommage au juriste Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén (Cuba, 1865-1951), rapporteur de la commission qui a élaboré la Convention de La Havane. Exceptionnellement, le juge peut être brésilien, mais jamais la loi applicable. »[1442]

En conséquence, la Cour affirma que la loi brésilienne sur la protection des consommateurs n'avait pas d'effet en dehors de ses frontières. Par conséquent, selon la Cour, celle-ci ne

[1439] Mercosur, *Acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo, op. cit.* (traduction libre du portugais).

[1440] C. Lima Marques, « Lei mais favorável ao consumidor e o acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017 », *op. cit.,* p. 9-10.

[1441] Cf. P. Serra Freire, *Le contrat international de consommation, comparaison franco-brésilienne*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 2015, p. 392.

[1442] Brésil, TJDFT, 8ª Câmara Cível, Processo n° 07128711720218070001-1625186, 4 octobre 2022 (traduction libre du portugais).

protège pas les consommateurs brésiliens engagés dans des contrats conclus à l'étranger, même si ces entreprises « exercent leurs activités sur le marché international »[1443].

En contraste avec le modèle européen (art. 6.1 du Règlement Rome I)[1444], la Cour d'appel brésilienne n'examina pas dans son arrêt du 4 octobre 2022 si les compagnies aériennes orientaient leurs activités vers le pays de résidence des consommateurs et si le contrat rentrait dans le cadre de cette activité. Elle constate simplement que les contrats ont été conclus à l'étranger (sans préciser s'ils l'ont été par voie électronique ou non) et que le seul fait qu'une entreprise soit présente sur le marché mondial n'est pas suffisant pour appliquer la loi de la résidence du consommateur. En appliquant le Code Bustamante et en s'appuyant sur des arrêts antérieurs[1445], la Cour d'appel du District fédéral adopta une approche plus restrictive que celle du modèle européen ainsi que de la jurisprudence appliquant le droit international privé de source interne.

242. Dans une autre affaire, l'emblématique arrêt *Panasonic* du 11 avril 2000, la Cour suprême de justice brésilienne (*Superior Tribunal de Justiç*a — STJ) appliqua la législation brésilienne du lieu de résidence du consommateur en tant que lois de police, sans procéder à une analyse de la règle de conflit applicable, dans le but de protéger ce dernier[1446]. En l'espèce, le consommateur avait acquis un bien défectueux lors d'un voyage à Miami, aux États-Unis, en dehors de son domicile. Selon la Cour supérieure, l'application de la loi brésilienne protectrice du consommateur s'imposait en raison du fait que l'entreprise étrangère était devenue une « entité globale », ayant perdu son caractère de « nationalité ». Selon l'arrêt, la filiale brésilienne devrait, pourtant, répondre des défauts des produits qu'elle annonce et commercialise, même si ceux-ci ont été achetés à l'étranger, dans une autre filiale de la société ayant une personnalité juridique distincte.

En effet, contrairement à l'arrêt du Tribunal de justice du District fédéral mentionné, le STJ considère que le fait que la filiale brésilienne bénéficie de marques mondialement connues et de leur publicité sur le marché local justifie cette responsabilité.

[1443] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1444] Selon l'art. 6.1 du Règlement Rome I, un contrat de consommation « est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel : a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité ».

[1445] Brésil, TJDFT, Câmara de Uniformização, arrêt n° 1142178, UNJ 2018.00.2.003150-2, 18 octobre 2018, DJe 11 décembre 2018. Selon cet arrêt de la Chambre d'uniformisation : « Les produits de consommation acquis dans un pays étranger ne bénéficient pas de la même protection juridique accordée par les normes brésiliennes de protection et de défense du consommateur, destinées aux affaires conclues sur le territoire national. » (Traduction libre du portugais).

[1446] V. Brésil, STJ, 4ª Turma, REsp n° 63.981-SP, 11 avril 2000, v. *infra*, n° 463 ; sur ce sujet, v. aussi, P. Serra Freire, thèse, *op. cit.*, p. 383.

§2 — Contrats de travail

243. Les instruments conventionnels actuellement en vigueur en Amérique latine ne comportent aucune disposition expresse relative à la loi applicable aux contrats internationaux de travail en général. Les Traités de Montevideo de 1889 et 1940 établissent néanmoins des règles spécifiques pour les contrats conclus avec les travailleurs maritimes. Ces deux instruments révèlent une évolution significative dans l'approche du rattachement applicable à cette catégorie particulière de contrats. Le Traité de 1889 consacre le rattachement au lieu de conclusion du contrat pour régir l'engagement des officiers et des gens de mer (art. 19)[1447]. Le Traité de 1940 opère un changement de perspective en soumettant ces mêmes contrats à la loi du pavillon du navire (art. 20)[1448], reflétant ainsi une préférence pour un rattachement plus étroitement lié à l'activité maritime elle-même. Il convient de souligner que les deux traités maintiennent un principe commun : l'ordre interne du navire ainsi que les obligations de l'équipage demeurent systématiquement soumis à la loi de l'État d'immatriculation, consacrant ainsi la primauté du lien entre le navire et son État de rattachement pour les questions d'organisation interne[1449].

S'agissant du Code Bustamante, son article 198 dispose que la législation relative aux « accidents du travail et à la protection sociale du travailleur » relève du domaine de l'« ordre public international », comme le démontre sa classification tripartite des lois (art. 3)[1450].

244. L'interprétation du Code Bustamante par la jurisprudence brésilienne. Au Brésil, la jurisprudence concernant l'application du Code Bustamante est abondante et justifie une analyse approfondie. Cette situation est particulièrement notable dans les affaires relatives aux contrats de travail des membres d'équipage de navires de croisière, comme nous le verrons par la suite[1451].

[1447] « Les contrats d'engagement des officiers et des gens de mer sont régis par la loi du pays où le contrat est conclu. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1448] « Les contrats d'engagement sont régis par la loi de la nationalité du navire à bord duquel les officiers et membres de l'équipage exercent leurs fonctions. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1449] Art. 20 du Traité de 1889 : « Tout ce qui concerne l'ordre interne du navire et les obligations des officiers et des gens de mer est régi par les lois de l'État de son immatriculation. » ; Art. 21 du Traité de 1940 : « Tout ce qui concerne l'ordre interne du navire ainsi que les droits et obligations du capitaine, des officiers et des membres de l'équipage est régi par les lois de l'État dont le navire a la nationalité. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1450] Au sujet de la qualification tripartite des lois faite par le Code Bustamante et de ses implications pratiques, v. *supra* n° 133.

[1451] Cette situation peut s'expliquer par le grand nombre de litiges soumis au pouvoir judiciaire brésilien à ce sujet, ainsi que par l'application fréquente du Code en dehors de son champ d'application, dans des affaires liant le Brésil à des États non contractants. Sur ce sujet, v. V. de Oliveira Mazzuoli, « Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos », *Revista LTr*, São Paulo, 2022, vol. 86, nº 2, p. 148-163, p. 152-153. Sur le champ d'application du Code Bustamante, v. *infra* n° 651 et s.

Bien que la doctrine brésilienne se montre en général favorable à la reconnaissance de l'autonomie de la volonté dans le cadre du Code Bustamante[1452], la pratique juridictionnelle en matière de contrats de travail révèle une application quasi exclusive de la loi locale. Cette tendance est particulièrement manifeste s'agissant de l'article 198 du Code Bustamante, lequel énonce : « Est également territoriale la législation sur les accidents du travail et la protection sociale du travailleur »[1453].

Les incertitudes interprétatives entourant cet article exercèrent une influence déterminante sur la jurisprudence du *Tribunal Superior do Trabalho* (TST), la plus haute juridiction brésilienne en matière de contrats de travail. En dépit des dispositions de l'ancien article 13 du Code civil de 1916 et de l'actuel article 9 de la LINDB de 1942, prescrivant l'application de la loi du lieu de conclusion pour régir les contrats, le TST interpréta l'article 198 du Code Bustamante comme renvoyant à la loi du lieu d'exécution de la prestation de travail. Cette analyse s'est traduite par l'adoption d'une sorte de précédent, la *Súmula* 207, synthétisant cette position, avant son abrogation en 2012. Selon la *Súmula* 207 : « La relation juridique de travail est régie par les lois en vigueur dans le pays où le service est fourni et non par celles du lieu de conclusion du contrat »[1454].

Deux imprécisions, issues de cette jurisprudence constante, méritent d'être relevées : la première concerne le champ d'application propre à la disposition, autrement dit les matières visées par la norme ; la seconde porte sur la méthodologie employée.

Premièrement, quant aux matières englobées par l'article 198, la lettre du texte conventionnel ne consacre la « territorialité » que pour les seules normes touchant aux « accidents du travail » et à la « protection sociale des travailleurs », ces dernières étant de nature administrative et affectant principalement l'assurance sociale[1455]. Néanmoins, le TST opta pour une interprétation extensive de cette règle, conduisant à une application généralisée. Le Tribunal interprète ainsi l'article 198 du Code comme une norme générale applicable (et bilatérale, par ailleurs) aux contrats de travail, allant jusqu'à l'appliquer au-delà de son champ d'application spatial, notamment lorsque le contrat présente un lien avec un État non parti à la convention[1456].

En second lieu, les tribunaux procèdent à une véritable bilatéralisation de l'article 198. Le professeur Boutin a d'ailleurs bien souligné qu'il s'agit en réalité d'un « critère de

[1452] V. *supra* n° 129 et s.

[1453] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

[1454] *Súmula* 207 : « CONFLITS DE LOIS SUR LE TRAVAIL DANS L'ESPACE. PRINCIPE DE LA "LEX LOCI EXECUTIONIS". La relation juridique de travail est régie par les lois en vigueur dans le pays où le service est fourni et non par celles du lieu de conclusion du contrat. » (Traduction libre du portugais). Elle fut annulée par la Résolution n° 181/2012, DEJT, publiée les 19, 20 et 23 avril 2012.

[1455] N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 398-399.

[1456] Pour le champ d'application du Code, v. *infra* n° 651.

rattachement »[1457]. Cette pratique peut être comparée à celle adoptée par les juridictions françaises (et même d'autres juridictions européennes), qui ont fait évoluer l'article 3, alinéa 1, du Code Napoléon (« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ») en une règle bilatérale déterminant la loi applicable à la responsabilité civile, en référence au lieu de survenance du dommage[1458]. Cette démarche soulève des difficultés méthodologiques, inhérentes à la complexité même du Code et à la classification des lois opérée par Bustamante.

De manière générale, comme nous allons l'observer, lorsque le lieu d'exécution se situe à l'étranger, la Cour constate que, conformément aux dispositions du Code Bustamante (et de la *Súmula* 207 citée plus haut), la loi de l'État d'exécution devrait régir le contrat de travail. Cependant, après ce constat, les juridictions écartent fréquemment la loi étrangère ainsi désignée, afin de privilégier la loi brésilienne, généralement considérée — souvent de façon abstraite — comme plus avantageuse pour le travailleur.

Un arrêt du TST rendu le 6 octobre 2010 illustre bien ce raisonnement[1459]. Il s'agissait d'un contrat de travail international, conclu au Brésil, entre une société brésilienne, filiale d'un groupe économique transnational ayant son siège aux Pays-Bas, et un ressortissant brésilien. L'employé brésilien avait initialement développé ses activités au Brésil, et les avait étendues par la suite à trois autres pays, notamment le Chili, les Pays-Bas et l'Angleterre. Pour la partie qui nous intéresse, la problématique était de savoir quel droit devait s'appliquer au contrat d'espèce : la loi du lieu de conclusion du contrat, comme cela est prévu par l'article 9 de la législation conflictuelle nationale (le Brésil), ou celle du lieu d'exécution du contrat, compris comme celui désigné par l'article 198 du Code Bustamante (qui était soit au Brésil, soit au Chili, aux Pays-Bas ou en Angleterre).

Le tribunal régional du travail (instance d'appel) confirma le jugement de première instance et déclara que la norme applicable était celle établie à l'article 9 de la LINDB du lieu de conclusion du contrat, ainsi que celle de l'article 3 de la loi brésilienne concernant la situation des travailleurs engagés ou transférés pour fournir des services à l'étranger (Loi n° 7 064/82)[1460]. Le demandeur contesta cette décision, en soutenant l'application de la loi du lieu d'exécution des services, conformément à la règle du Code Bustamante, qu'il estimait applicable à l'affaire.

[1457] Comme note le professeur Boutin, l'ordre public peut, en plus d'autres facteurs, « constituer un critère de rattachement, comme c'est le cas de l'ordre public de renvoi ou de l'ordre public pris en compte dans certaines clauses du Code Bustamante de 1928 ». G.I. Boutin, « El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño », *op. cit.*, p. 229 (traduction libre de l'espagnol)

[1458] V. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 1023.

[1459] Brésil, TST, 1ª Câmara, Processo n° 186000-18.2004.5.01.0034, 6 octobre 2010.

[1460] Brésil, Loi n° 7 064, 6 décembre 1982 (traduction libre du portugais). Il convient de noter que cette loi était initialement conçue pour régir uniquement la situation des travailleurs du secteur de l'ingénierie civile. Son champ d'application a été étendu en 2009, avec l'entrée en vigueur de la Loi n° 11 962, qui y a apporté des modifications.

S'agissant de la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux de travail, le TST rappela que cette question était traditionnellement appréhendée au Brésil à travers deux règles de conflit bilatérales classiques. La première, énoncée à l'article 9 de la LINDB, soumet les obligations contractuelles à la loi du pays où le contrat a été conclu. La seconde, issue de l'article 198 du Code Bustamante, consacre, selon l'interprétation retenue par le tribunal, le principe de la *lex loci executionis*, principe qui se trouvait d'ailleurs également affirmé, comme le souligna la Cour, par l'ancienne *Súmula* 207 du TST, alors applicable. Sans plus d'approfondissement sur le champ d'application du Code Bustamante, la Cour estima qu'il s'applique généralement aux contrats de travail conclus au Brésil pour une « exécution définitive » à l'étranger, tandis que l'article 9 de la LINDB s'applique aux services exécutés de façon « temporaire » à l'étranger.

La Cour releva ensuite que, plus récemment, la jurisprudence tend à appliquer l'article 3 de la Loi n° 7 064/82[1461], qui « relativise » la règle prévue à l'article 198 du Code Bustamante en prescrivant l'application de la loi brésilienne lorsque celle-ci est plus favorable que la législation territoriale dans l'ensemble des normes régissant la matière[1462]. La Cour ne se penche pas en profondeur sur la hiérarchie des sources ; au contraire, elle se contente de mentionner qu'une convention internationale — le Code Bustamante — est « relativisée » par une loi interne postérieure (bien que spéciale).

La Cour évoqua ensuite l'émergence d'« un nouveau mécanisme de résolution des conflits qui remplace le modèle bilatéral, à savoir la méthode unilatérale, selon laquelle on ne recherche pas objectivement la loi applicable, mais plutôt la norme offrant le résultat le

[1461] En ce sens, faisant référence également à la Convention de Rome pour justifier la mise à l'écart de l'art. 198 du Code Bustamante, v. Brésil, TST, 7ª Turma, ED-ED-RR-107121/2003-900-04-00.0, DJU 13 février 2009. Selon l'arrêt : « 1. L'orientation de la *Súmula* n° 207 s'applique dans le cas où l'employé est engagé dans un pays donné pour fournir des services dans un autre. En pareilles situations, la jurisprudence s'appuie sur le Décret n° 18 871/1929, qui a promulgué la Convention de droit international privé de La Havane (Code de Bustamante), dont l'article 198 impose la primauté de la législation du lieu de la prestation de services au détriment de celle du lieu de conclusion du contrat de travail : *lex loci executionis*. 2. Cependant, l'engagement d'un employé au Brésil pour la prestation de services sur notre territoire, même si les obligations contractuelles sont remplies de manière occasionnelle et provisoire dans d'autres pays (transferts temporaires), maintient l'attente de retour et que les obligations réciproques soient de nouveau exécutées durablement au Brésil, car c'est ici que se fixe juridiquement le lien d'emploi. 3. Dans ces hypothèses, le droit du travail se révèle silencieux, offrant un terrain propice à l'intégration. Ainsi, s'applique par analogie la Loi n° 7 064/82, dont l'article 3 porte sur l'application des normes protectrices brésiliennes. Le droit comparé renforce également la compréhension selon laquelle le demandeur bénéficie des garanties minimales prévues par la loi brésilienne, puisque l'article 6 de la Convention de Rome de 1980 impose l'application de la loi du pays où le travailleur exécute habituellement son travail, même s'il est employé temporairement dans un autre pays. Par conséquent, aucune contrariété à la *Súmula* n° 207 n'est démontrée. Le recours en appel est rejeté. » (Traduction libre du portugais). Dans le même sens, v. TST, AIRR-102800-86.2009.5.04.0024, 5ª Turma, DEJT 9 décembre 2016.

[1462] Selon cet article : « L'entreprise responsable du contrat de travail de l'employé transféré lui garantira, indépendamment du respect de la législation du lieu d'exécution des services : I — les droits prévus dans la présente loi ; II — l'application de la législation brésilienne en matière de protection du travail, dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec les dispositions de la présente loi, lorsqu'elle est plus favorable que la législation territoriale, dans l'ensemble des normes et pour chaque matière ; Paragraphe unique — Sous réserve des dispositions spéciales de la présente loi, sont applicables la législation brésilienne sur la sécurité sociale, le Fonds de garantie pour le temps de service (FGTS) et le Programme d'intégration sociale (PIS/PASEP). » (Traduction libre du portugais).

plus juste et la meilleure solution au litige, sur la base de facteurs pertinents »[1463]. La Cour mentionna aussi que ce mécanisme est consacré dans le droit nord-américain par le second *Restatement* des conflits de lois, également désigné comme le principe de proximité ou de relation la plus significative.

En citant la doctrine nationale qui critique la solution fondée sur la *lex loci executionis,* et les conséquences préjudiciables que cette approche peut avoir pour le travailleur, la Cour préconisa l'adoption d'une méthode flexible pour la détermination de la loi applicable[1464]. Ainsi, la Cour constata qu'en l'espèce il y avait « une indéniable expectative de retour », même avec les transferts successifs du travailleur à l'étranger, et que « cette situation, confirmée par la conclusion initiale du contrat sur le territoire brésilien, constitue un exemple typique où, en vertu de l'unicité contractuelle, aucun élément de rattachement unique ne peut embrasser la complexité du cas, échappant ainsi aux approches classiques de solution »[1465]. Par conséquent, en écartant la solution du Code Bustamante et de la *Súmula* 207, la Cour décida d'appliquer la norme prévue à l'article 3 de la Loi n° 7 064/82, et, par conséquent, la loi brésilienne, jugée ainsi, plus favorable au travailleur[1466].

L'analyse des motifs invoqués par la Cour pour écarter l'application du Code Bustamante revêt un intérêt particulier. Plutôt que de se limiter à l'argument traditionnel selon lequel le Code ne régit que les contrats d'« exécution définitive » à l'étranger — argument qui aurait suffi à exclure son application en l'espèce —, la Cour a élaboré un raisonnement fondé sur une multiplicité de critères. Elle a ainsi pris en considération le lieu de conclusion du contrat au Brésil, le caractère temporaire des déplacements du travailleur d'un pays à l'autre, ainsi que le principe d'unicité du contrat. L'ensemble de ces éléments a été mobilisé pour consacrer le principe de proximité et justifier, par conséquent, l'application de la loi brésilienne, identifiée abstraitement comme la plus favorable au travailleur.

Il convient de rappeler qu'en réalité, l'article 198 du Code Bustamante ne constitue pas à proprement parler une règle de conflit bilatérale prescrivant l'application de la loi du lieu d'exécution du contrat (comme le comprend la Cour), mais bien une norme

---

[1463] Brésil, TST, 1ª Câmara, Processo n° 186000-18.2004.5.01.0034, 6 octobre 2010 (traduction libre du portugais).

[1464] La Cour cite plus précisément la doctrine de C.R. Husek, *Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*, Ed. LTr, São Paulo, 2009, p. 168, selon lequel : « Enfin, il convient ici de formuler quelques critiques à l'égard de la position jurisprudentielle de la *Súmula* n° 207 du TST, qui demeure attachée à la conception classique, pas toujours adaptée au monde et aux nécessités modernes, dans la mesure où il est possible qu'à un étranger d'un pays riche et prospère, doté de lois extrêmement bénéfiques, mais travaillant au Brésil, s'applique la législation brésilienne, tandis qu'à un Brésilien détaché dans un pays inférieur en termes de législation et de protection du travail s'applique la législation de ce pays. Par conséquent, la protection de l'employé brésilien dans cette situation comparative serait déficitaire. Selon l'objectif proposé d'application de la loi territoriale (*lex loci executionis*), d'après les défenseurs de ce principe, le but ne serait pas atteint. Il n'existe pas d'élément de rattachement parfait qui embrasse toutes les contingences, raison pour laquelle nous prônons une plus grande flexibilité dans la loi applicable, avec promotion de l'autonomie de la volonté, précisément pour faire valoir le Droit comme instrument de justice. » Cf. *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1465] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1466] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

d'autodésignation, classant la matière comme une loi d'ordre public international[1467]. La Cour opère, en effet, comme nous l'avons déjà affirmé, une bilatéralisation de cette disposition.

Il est important de rappeler que le Code Bustamante adopte, en général, une logique différente de celle de la règle bilatérale classique, opérant, en réalité, une préclassification des lois en trois catégories distinctes (bien qu'il contienne également de règles bilatérales)[1468]. En particulier, l'article 198 « qualifie » ou plutôt « classe » les « lois de protection des travailleurs » comme des « lois territoriales ». Bien que la rédaction de l'article 198 puisse prêter à confusion[1469], selon la logique propre au Code, il ne s'agit pas d'un renvoi direct à la *lex executionis* — contrairement à l'interprétation adoptée par l'arrêt en cause, qui présente ce raisonnement comme une vérité établie. À dire vrai, le Code utilise comme synonymes les expressions « lois territoriales » et lois « d'ordre public international », notions qui, selon le Code, englobent toutes les lois qui « obligent également ceux qui résident sur le territoire, qu'ils soient ou non des nationaux » (art. 3, § 2). Sans s'accrocher à la logique propre à la doctrine de Bustamante, l'arrêt examiné se limite à affirmer que cet article renvoie à la *lex loci executionis*, rattachement qui — il convient de le souligner — n'est pas celui retenu par le Code Bustamante pour les contrats, ni celui adopté par la LINDB (il s'agissait plutôt d'une règle fixée par un précédent du tribunal supérieur du travail — la *Súmula* 207, désormais abrogée).

Certes, la référence à l'article 198 du Code Bustamante à la « loi territoriale » est susceptible d'engendrer certaines confusions, notamment lorsqu'elle est employée de manière interchangeable avec la notion de « loi d'ordre public international » dans le Code (art. 3) et qu'elle n'est assortie d'aucun critère précis de rattachement. Si, en pratique, cette référence conduit généralement à privilégier la loi matérielle du for[1470], il convient de relever que la jurisprudence a ici opté pour une démarche plus longue, en procédant à une véritable bilatéralisation de la norme unilatérale posée par le Code Bustamante. La Cour aurait pu, de manière plus directe, se limiter à une constatation selon laquelle la protection sociale relève de la notion de loi d'ordre public international au sens de l'article 198, conduisant, par ce biais, à l'application impérative de la loi du for brésilienne considérée comme une « loi territoriale » ou « d'ordre public international ». Autrement dit, l'interprétation de l'article 198 pourrait consister à reconnaître l'exclusivité de l'application de la *lex fori* aux situations relevant de son champ d'application — tout en refusant d'appliquer les législations des autres États parties lorsque leurs propres situations sont en cause.

[1467] À ce sujet, v. *supra* n° 228.

[1468] Pour la classification tripartite des lois dans le Code, v. *supra* n° 133.

[1469] Comme l'explique le professeur Samtleben, Bustamante comprend dans certains cas la « loi territoriale » comme renvoyant à la *lex fori*, la *lex rei sitae,* ou encore d'autres. À ce sujet, v. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 247-248.

[1470] V. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 75-76.

Cette bilatéralisation de la norme du Code Bustamante fut, par la suite, systématiquement confirmée et réitérée dans de nombreuses décisions du Tribunal supérieur du travail brésilien, même si la Cour continua à écarter l'application de la loi du lieu d'exécution en faveur de la loi brésilienne. Les juridictions nationales, s'appuyant notamment sur le principe de proximité et l'exigence de protection du travailleur, maintinrent une position constante de mise à l'écart de la solution préconisée par le Code Bustamante (interprétée comme désignant la loi du lieu d'exécution du contrat) au profit de la loi interne, comme en témoignent une série d'arrêts postérieurs fondés sur les mêmes arguments et poursuivant la même finalité protectrice[1471].

Par exemple, dans un arrêt de 2019 relatif à un contrat de travail conclu au Brésil et exécuté également en Allemagne et en Autriche, le TST rappela que, selon l'article 198 du Code de Bustamante, le lieu d'exécution du contrat constitue en principe le critère de rattachement, mais précisa que la jurisprudence contemporaine privilégie une approche plus flexible, intégrant d'autres éléments de rattachement, tels que la *proper law* anglaise, le « centre de gravité de la relation » ou la « règle des liens les plus étroits », afin de choisir la norme la plus appropriée au litige ; en l'espèce, la Cour jugea que tous ces critères, y compris la *lex loci executionis*, convergeaient vers le Brésil comme centre de gravité, justifiant l'application du droit brésilien[1472]. En effet, la Cour conclut que :

> « Cela [l'application de la loi brésilienne] est valable aussi bien par le *principe de territorialité*, puisque le travail était en partie effectué au Brésil lors des visites périodiques de l'auteur ; que ce soit par application de la théorie de la *lex loci executionis*, car une grande partie des tâches de l'auteur étaient exécutées au Brésil (même à distance, par téléphone ou e-mail, ou personnellement, en sélectionnant et en licenciant des employés) ; ou par principe de *la loi la plus appropriée* pour régler le litige, puisque l'auteur n'a pas même indiqué quelle loi allemande ou autrichienne serait applicable,

[1471] V., p. ex., Brésil, TST, Ag-Ag-AIRR-10682-19.2016.5.03.0107, Órgão Especial, DEJT 25/04/2025 ; TST, RR-194000-45.2009.5.10.0013, 7ª Turma, DEJT 06/12/2019 ; TST, AIRR-990-61.2012.5.09.0012, 6ª Turma, DEJT 12/09/2019 ; TST, RR-1396-76.2011.5.03.0047, 3ª Turma, DEJT 20/10/2017, TST, AIRR-102800-86.2009.5.04.0024, 5ª Turma, DEJT 09/12/2016.

[1472] La Cour considéra que : « En principe, l'élément de rattachement adopté comme règle générale pour déterminer la législation applicable est le lieu d'exécution du contrat, conformément à l'origine à l'art. 198 du Code de Bustamante, applicable au Brésil depuis la ratification par le Décret nº 18 871, du 13/08/1929 », mais que, « la jurisprudence supérieure adopte une nouvelle approche dans la résolution des conflits, en acceptant l'application de différents éléments de rattachement pour réglementer le contrat international de travail, notamment en raison des relations économiques juridiques issues de la mondialisation des marchés ». De ce fait, elle affirma que : « Pour déterminer la norme applicable en chaque cas, il faut privilégier non seulement des méthodes d'interprétation unilatérales et inflexibles, mais aussi celles qui, dans leur ensemble, favorisent la norme qui résout le mieux le litige » ; et que, « parmi ces critères flexibles figurent « la loi appropriée, utilisée par plusieurs pays de l'Union européenne (*proper law*), et le *Schwerpunkt* — le centre de gravité de la relation —, adopté en République fédérale d'Allemagne. La localisation du lieu d'exécution du contrat est, de ce fait, un des éléments de rattachement, mais loin d'être le seul. » (L'arrêt ici fait une mention expresse d'un arrêt d'un tribunal régional du travail : TRT-PR-03859-2003-009-09-00-0 (RO), publié le 28-06-2011). En outre, il a soulevé que : « La doctrine a même proposé, dans certains cas, l'application de la "règle des liens les plus étroits" comme moyen de rendre la décision plus juste en ce qui concerne la norme spatiale prépondérante ». Par ces raisons, la Cour conclut : « tous les éléments factuels convergent vers la conclusion que le centre de gravité de la relation était le Brésil : ainsi, en toute hypothèse, la législation brésilienne doit être adoptée ». Cf. Brésil, TST, AIRR-990-61.2012.5.09.0012, 6ª Turma, DEJT 12 septembre 2019 (traduction libre du portugais).

> alors même que plusieurs demandes reposent clairement sur la CLT ; ou encore par *principe du centre de gravité* de la relation, puisque le recrutement de l'auteur a été effectué au Brésil, par une entreprise brésilienne, et que ses supérieurs ainsi que ses subordonnés étaient également au Brésil »[1473].

De plus, le TST justifia également la mise à l'écart de l'article 198 du Code Bustamante lorsque les parties avaient expressément choisi la loi applicable, en l'occurrence, la loi brésilienne. En l'espèce, la demanderesse invoquait une violation de l'article 198 du Code Bustamante, arguant que la législation applicable devait être étrangère, puisque le travail avait été accompli en Angleterre[1474]. Toutefois, la Cour rejeta cette prétention et confirma la décision de la cour régionale qui avait retenu la législation brésilienne, en se fondant sur la primauté de l'autonomie de la volonté des parties, ainsi que sur l'article 3 de la Loi n° 7 064/1982, qui garantit l'application de la législation nationale en matière de protection du travail lorsqu'elle est plus favorable que la loi du lieu d'exécution. Il apparaît ainsi que l'autonomie de la volonté est admise dans le cadre des contrats de travail, dans la mesure où elle ne porte pas préjudice au travailleur[1475].

La jurisprudence brésilienne est également abondante en matière de contrats de travail des équipages de navires de croisière. Dans ces cas, la tendance majoritaire consiste également à privilégier l'application de la loi interne, jugée plus favorable aux travailleurs, et ce, en dépit de l'interprétation du Code Bustamante, laquelle conduirait en principe à l'application d'une loi étrangère de la loi du pavillon (art. 281)[1476]. Cette approche, selon la jurisprudence majoritaire de ce tribunal, s'applique aux employeurs de croisières maritimes, indépendamment de l'itinéraire du navire. Nombreux sont les arrêts récents qui vont dans ce sens, soulignant la compétence de la justice du travail brésilienne et l'application de la législation brésilienne jugée la plus favorable au travailleur[1477].

[1473] *Ibidem* (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

[1474] Brésil, TST, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, RO-52600-82.2009.5.10.0000, DEJT 17 mai 2019.

[1475] L'arrêt, qui fut confirmé par la Cour d'appel, avait décidé que : « Cependant, l'interprétation consacrée dans la *Súmula* 207/TST admet des exceptions et l'art. 198 du Code Bustamante n'est pas applicable lorsque les contractants eux-mêmes choisissent la législation qui, en raison d'une affinité évidente, régira leur relation, à condition qu'aucun préjudice n'en résulte pour le travailleur, conformément au principe énoncé dans la Consolidation des Lois du Travail, surtout lorsqu'en l'occurrence, la décision de première instance propose une interprétation raisonnable, conformément à l'article 7 de la Constitution fédérale, notamment parce que la norme en question vise à protéger le travailleur embauché pour travailler à l'étranger, la norme étrangère devant être appliquée si elle est plus favorable, ou la norme nationale, dans le cas contraire ». Cf. *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[1476] Cette situation peut s'expliquer par le grand nombre de litiges soumis au pouvoir judiciaire brésilien à ce sujet, ainsi que par l'application fréquente du Code en dehors de son champ d'application, dans des affaires liant le Brésil à des États non contractants. Sur ce sujet, v. V. de Oliveira Mazzuoli, « Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos », *op. cit.*, p. 152-153. Sur le champ d'application du Code Bustamante, v. *infra* n° 651 et s.

[1477] Parmi les arrêts les plus récents du TST en ce sens, v., en particulier : Ag-RR-1001623-84.2018.5.02.0062, 7ª Turma, Rel. Evandro Pereira Valadao Lopes, DEJT 23/05/2025 ; Ag-AIRR-1000271-76.2020.5.02.0012, 1ª Turma, DEJT 05/05/2025 ; EDCiv-Emb-Ag-RRAg-1631-89.2015.5.07.0015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 05/05/2025 ; Ag-AIRR-1127-27.2015.5.18.0161, 1ª Turma, DEJT 13/04/2025 ; Ag-AIRR-2258-73.2011.5.02.0015, 7ª Turma, DEJT 14/06/2024 ; Ag-AIRR-1187-14.2014.5.07.0008, 7ª Turma, DEJT 19/04/2024

Cette jurisprudence considère qu'en règle générale, la loi du pavillon du navire s'applique, conformément au Code Bustamante (art. 281)[1478]. Elle s'efforce néanmoins de préserver un niveau de protection minimal pour les travailleurs brésiliens. Ainsi, dans les situations où le contrat ou l'avant-contrat a été conclu au Brésil, elle applique le principe du « centre de gravité » et de la protection des droits de l'homme (« principe *pro homine* ») pour assurer la protection des travailleurs brésiliens à bord de navires étrangers, indépendamment de la route empruntée par le navire et des eaux qu'il traverse (brésiliennes ou internationales). En d'autres termes, il s'agit de rechercher l'application de la norme la plus proche (et bénéfique) à la réalité du travailleur.

Par exemple, dans un arrêt rendu par la troisième chambre de la Cour suprême du travail, il fut ainsi décidé :

> « En ce qui concerne la "compétence territoriale brésilienne" et "l'application des lois dans l'espace", la jurisprudence de cette Cour s'est alignée sur les prévisions de la Loi n° 7 064/82, qui prévoit à l'article 3 que les travailleurs brésiliens employés ou transférés à l'étranger sont soumis à la législation brésilienne sur la protection du travail, en ce qui n'est pas incompatible avec le règlement normatif spécial, lorsque plus favorable que la législation territoriale étrangère. Dans le cas présent, puisque la requérante, une Brésilienne, a été embauchée au Brésil pour travailler comme membre d'équipage à bord de navires de croisière qui ont sillonné les eaux brésiliennes et étrangères, *la juridiction nationale est impérative*, en vertu du paragraphe 2 de l'article 651 de la CLT. S'applique, en outre, le Droit du travail brésilien, en raison du *principe de la norme la plus favorable*, qui a été clairement incorporé par la Loi n° 7 064/1982. »[1479]

Selon le passage en question, le tribunal jugea que la justice brésilienne était compétente pour régler l'affaire et qu'il était approprié d'appliquer la disposition de la loi brésilienne plus protectrice dès lors que le travailleur fut embauché au Brésil. Ainsi, il suffirait que le contrat ait été conclu au Brésil pour que la loi brésilienne s'applique, indépendamment du lieu réel d'accomplissement des travaux. Cette solution se justifie par le « principe de la norme la plus favorable », selon lequel il convient d'appliquer la règle offrant la meilleure protection au salarié, au détriment de la loi du pavillon désignée comme applicable par le Code Bustamante[1480].

Suivant cette logique, l'article 3, II, de la Loi nº 7 064 du 6 décembre 1982 est considéré comme une norme impérative, primant donc sur tout autre droit éventuellement applicable

---

; Ag-AIRR-130382-63.2014.5.13.0015, 7ª Turma, DEJT 07/02/2020 ; TST, AIRR 388-58.2012.5.09.0016, 3ª Turma, DEJT 23.06.2017.

[1478] « Art. 281 — Les obligations des officiers et gens de mer et l'ordre interne du navire sont soumis à la loi du pavillon » (traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223).

[1479] Brésil, TST, AIRR 388-58.2012.5.09.0016, 3ª Turma, 14.06.2017, DEJT 23 juin 2017 (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

[1480] V. V. de Oliveira Mazzuoli, « Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos », *op. cit.*, p. 157.

au contrat. Par conséquent, la doctrine comprend que, lorsque la législation brésilienne est plus avantageuse pour le travailleur, elle doit être appliquée nécessairement et en priorité, et cela même si elle contrevient à des normes étrangères éventuellement applicables, ou même des traités internationaux auxquels le Brésil a souscrit. En fait, comme il a été souligné, « le principe de la primauté de la norme la plus favorable est supérieur à tout autre qui indiquerait d'autres lois ou normes internes ou internationales (moins bénéfiques) au cas concret »[1481].

Ce raisonnement fut aussi confirmé par la jurisprudence du Tribunal suprême du travail au Brésil. Dans un arrêt du 21 septembre 2023, la sous-section spécialisée dans les conflits individuels écarta la loi du pavillon prévu par le Code Bustamante, et décida d'appliquer la loi brésilienne qui traite des employés brésiliens embauchés ou transférés pour fournir des services à l'étranger (Loi n° 7 064/82). Selon l'arrêt :

> « Dans ce cas, conformément à l'article 3 du Diplôme mentionné [Loi n° 7 064/82], la loi brésilienne s'applique lorsqu'elle est plus favorable que la législation territoriale, *dans l'ensemble des normes relatives à chaque matière*. Cet aspect, d'ailleurs, repose sur un fondement qui surpasserait tout autre dans le domaine du droit international des droits de l'homme, concernant l'applicabilité de la norme la plus favorable à l'être humain, en cas de conflit éventuel, par une adhésion étroite à ce qui est disposé à l'art. 19.8, de la Constitution de l'Organisation internationale du travail (norme en vigueur au Brésil et en Suisse), qui, de manière claire, établit une *"clause de barrière"* à l'application du droit étranger et en même temps la prévalence du droit interne, lorsqu'il est plus favorable. Cela signifie que l'ensemble normatif provenant de cette Organisation ne prévaudra que s'il est plus favorable que le droit interne, qu'il provienne de la loi, d'une décision judiciaire, de normes collectives ou même coutumières. En ratifiant la norme internationale mentionnée, base de toute l'herméneutique des droits de l'homme et, en particulier, des droits sociaux, le Brésil a incorporé cette directive et *elle doit être observée, de manière impérative*, par le Pouvoir judiciaire. Soit dit en passant, il ne serait même pas nécessaire de la mentionner expressément, car le principe de la prévalence de la norme la plus favorable à l'individu oriente l'application de tout le droit international des droits de l'homme (principe *pro homine*) »[1482].

Dans les décisions susmentionnées, la Cour ne précise pas explicitement la méthode employée, laissant ainsi dans l'incertitude le fondement juridique retenu (loi de police, exception d'ordre public, ou autre mécanisme correcteur). Si à première vue, la mécanique utilisée par la Cour peut s'apparenter à celle des lois de police (la Cour parle de « clause de barrière » et d'« observation impérative »), celle-ci diffère de la méthodologie employée par elle. La méthode utilisée par la Cour ressemble, en effet, plutôt à celle de l'ordre public lorsqu'elle écarte la loi désignée par la règle de conflit (en l'occurrence celle du Code Bustamante, qui indiquait la loi du pavillon panaméenne) pour appliquer la loi brésilienne

[1481] *Ibid*, p. 163.

[1482] Brésil, TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR-15-72.2019.5.13.0015, 21 septembre 2023, DEJT 17 décembre 2023 (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

du for, considérée comme la plus favorable au travailleur. En effet, une question logique se pose : pour déterminer si la loi brésilienne est plus favorable, il convient de la comparer à la législation désignée comme applicable. Or, si la loi brésilienne est systématiquement appliquée en priorité, il devient impossible d'évaluer objectivement si elle constitue réellement la protection la plus avantageuse pour le travailleur. La combinaison des deux méthodes est du moins paradoxale. Cette apparente contradiction trouve son origine dans une autre justification avancée par ces arrêts : la protection des droits de l'homme, et plus particulièrement du principe *pro homine*. La Cour procède, en réalité, à une application directe du droit brésilien, en se fondant sur la primauté des droits de l'homme.

Il convient également de souligner que la Cour opère cette comparaison de la loi la plus favorable « dans l'ensemble des normes relatives à chaque matière », adoptant ainsi une approche thématique, thème par thème, plutôt qu'une appréciation globale de la protection offerte par un système juridique. Par conséquent, à l'instar de la jurisprudence française, elle confronte des règles ayant le même objet et se rapportant aux mêmes chefs de demande, afin de retenir la solution la plus protectrice[1483].

La Cour a par ailleurs invoqué un motif supplémentaire pour justifier l'éviction de la loi étrangère. Elle souligna que la jurisprudence nationale, ainsi que la communauté juridique internationale, a « relativisé le rattachement à la loi du pavillon », en particulier dans le cadre de l'usage des « pavillons de complaisance ou de location », pratique qui consiste pour l'armateur ou le propriétaire à immatriculer le navire dans un pays autre que celui où il concentre ses activités, afin de bénéficier de lois et de contrôles gouvernementaux plus souples. La Cour précisa que « les conséquences de cette pratique sont gravissimes et de divers ordres, notamment en ce qui concerne la violation des droits humains et la dignité des travailleurs »[1484]. Et, en s'appuyant sur l'opinion du professeur Valerio de Oliveira Mazzuoli, l'arrêt met en lumière que la loi du pavillon, comme prévu par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1986), concerne strictement le navire lui-même, et non le travail exercé par des étrangers à bord, ce qui n'exclut en rien la compétence des juridictions nationales pour juger des différends relatifs aux contrats conclus au Brésil pour la prestation de services sur ces navires. Par conséquent, la Cour justifie la compétence des tribunaux brésiliens et l'application de la loi brésilienne afin de protéger les travailleurs, écartant en définitive la loi panaméenne du pavillon.

Cependant, une récente loi entrée en vigueur le 19 septembre 2024 (Loi n° 14 978/2024) modifia la Loi n° 7 064/82[1485]. En réalité, la modification affecta uniquement le premier et

[1483] Pour une analyse de la jurisprudence française à ce sujet, v. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 692.

[1484] V. de Oliveira Mazzuoli, « Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos », *op. cit.*, p. 157 (traduction libre du portugais).

[1485] Loi n° 14 978, du 19 septembre 2024, qui dispose : « Art. 1er — Le paragraphe unique de l'article 1er de la Loi n° 7 064, du 6 décembre 1982, est modifié pour être rédigé comme suit : Paragraphe unique. Sont exclus du régime de la présente loi : […] II — les membres d'équipage des croisières aquatiques en eaux juridictionnelles

unique article de cette législation, qui énonce les conditions d'exemption. Désormais, la Loi n° 7 064/82 ne s'applique plus aux contrats de travail des membres d'équipage des navires de croisière opérant dans les eaux juridictionnelles nationales et internationales. Ces contrats seront dorénavant, conformément à la nouvelle loi, régis par la Convention du travail maritime de 2006 de l'Organisation internationale du travail (OIT), promulguée au Brésil par le Décret n° 10 671 du 9 avril 2021.

Avant cette réforme législative, la doctrine brésilienne soutenait que, même si la Convention de l'OIT était en vigueur au Brésil, « ses préceptes ne peuvent pas contredire les normes brésiliennes plus favorables »[1486]. Ce raisonnement s'appuie d'une part sur le propre préambule de la Convention ainsi que sur plusieurs de ses dispositions, selon lesquels la Convention ne peut pas entraver l'application de la norme la plus favorable aux travailleurs. Il se fonde également sur la Constitution de l'OIT, laquelle prévoit que « en aucun cas, l'adoption d'une convention ou d'une recommandation par la Conférence, ou la ratification d'une convention par un Membre, ne devront être considérées comme affectant toute loi, toute sentence, toute coutume ou tout accord qui assurent des conditions plus favorables aux travailleurs intéressés que celles prévues par la convention ou la recommandation » (art. 19, § 8). Comme il fut souligné par la doctrine brésilienne, « la Convention de l'OIT en question établit seulement un seuil minimum de protection pour les travailleurs dans les cas qu'elle prévoit », laissant à l'État la faculté d'adopter des lois plus protectrices[1487].

Depuis l'adoption de la nouvelle loi et les débats qui ont suivi quant à sa mise en œuvre, le TST décida d'adopter un mécanisme visant à uniformiser sa jurisprudence, appelé « incident de recours répétitifs ». Ce dispositif a pour objectif d'harmoniser la question de la loi applicable dans les affaires où un employé, embauché au Brésil, travaille à bord d'un navire de croisière opérant en eaux brésiliennes ou internationales, en fixant une règle commune pour les cas similaires et en constituant un précédent juridiquement contraignant. Cette procédure fut admise par le TST le 24 mars 2025 et est actuellement en attente d'un jugement au fond[1488]. Il convient donc d'attendre la décision définitive afin de connaître la solution retenue par la juridiction.

---

nationales et internationales, qui sont régis par la Convention sur le Travail Maritime de 2006, de l'Organisation Internationale du Travail, promulguée par le Décret n° 10 671, du 9 avril 2021. » (Traduction libre du portugais).

[1486] V. de Oliveira Mazzuoli, « Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos », *op. cit.*, p. 166 (traduction libre du portugais).

[1487] *Ibid*, p. 165-166 (traduction libre du portugais).

[1488] « […] Face à la multiplicité des recours en révision fondés sur une question de droit identique, la pertinence de la matière et l'absence de jurisprudence uniforme entre les Chambres du TST, il devient nécessaire d'affecter l'incident de recours en révision répétitifs, afin de résoudre la question juridique suivante : quelle est la législation du travail applicable dans les cas où l'employé est engagé au Brésil pour travailler sur un navire de croisière international dans les eaux brésiliennes et internationales ? […] ». Cf. TST, Tribunal Pleno, RR-0010946-64.2023.5.03.0180, DEJT 06/04/2025 (traduction libre du portugais). Pour vérifier le statut de cette mesure, consulter : https://www.tst.jus.br/nugep-sp/tabela-de-recursos-de-revista-repetitivos (consulté le 6 août 2025).

Quoi qu'il en soit, à notre avis, le changement législatif ne remet pas en cause l'interprétation antérieure selon laquelle la loi brésilienne, plus favorable au travailleur, devrait continuer de s'appliquer même en présence d'une norme conventionnelle comme celle de l'OIT. Cette application trouve sa justification, selon la doctrine nationale, dans son caractère d'ordre public, ou encore du principe *pro homine*[1489]. Elle s'appuie également sur les mécanismes de « dialogue » normatif prévus par la convention de l'OIT en question, visant à assurer la protection maximale des travailleurs[1490]. En outre, une telle interprétation se trouve également renforcée par le texte de l'article 198 du Code Bustamante, lequel fut régulièrement mal interprété par la jurisprudence brésilienne. En effet, cet article qualifie les lois protectrices des travailleurs comme des lois d'ordre public international, ce qui conduit, à notre avis, à écarter des lois étrangères éventuellement applicables et les substituer à la loi interne.

245. Convention de Mexico et la jurisprudence vénézuélienne. En ce qui concerne la Convention de Mexico, il est important de mentionner une décision du tribunal suprême vénézuélien du 16 mars 2015 qui rejeta l'application d'une loi étrangère convenue entre les parties dans un contrat de travail international en écartant le rattachement prévu par la Convention de la volonté des parties, car elle était jugée contraire à l'ordre public vénézuélien[1491].

En l'occurrence, la décision contestée avait appliqué les lois des États-Unis en vertu de l'article 7 de la Convention de Mexico, choisies par les parties. La Cour suprême vénézuélienne commença par souligner que la Convention de Mexico « vise à harmoniser les solutions aux questions relatives au commerce international »[1492]. Elle décida ensuite de ne pas appliquer l'article 7 de la Convention, qui permet aux parties de choisir la loi applicable, et appliqua les normes vénézuéliennes en matière de protection des travailleurs. Selon l'arrêt, les normes de la Convention ne s'appliquent pas aux relations de travail exécuté au Venezuela, puisque ces dernières sont régies par des normes d'ordre public, telles que la Constitution du pays et la Loi organique sur le travail. Cela s'applique, selon

[1489] V. de Oliveira Mazzuoli, « Ainda a questão da lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiro », *Revista Venturoli Trabalhista*, vol. 1, 2026, p. 130-147, p. 132-133. Pour l'auteur : « […] malgré cette tentative de manœuvre législative, il est certain que les lignes directrices régissant le droit international des droits de l'homme n'acceptent pas (et rejettent) une telle construction, à la lumière du principe reconnu de l'interdiction du recul ou de la prohibition de régression (l'"effet cliquet" des droits humains). […] à la lumière du principe de l'interdiction du recul social et de l'"effet cliquet" des droits humains, si la loi brésilienne est la plus favorable aux travailleurs, il ne fait aucun doute qu'elle doit prévaloir sur les normes étrangères et même sur les traités internationaux auxquels le Brésil est partie, étant donné que le principe de la primauté de la norme la plus favorable aux travailleurs est, sur le plan axiologique, supérieur à toute autre règle qui indiquerait des lois ou normes internes ou internationales moins bénéfiques au cas concret, dès lors que les propres normes internationales comportent des "clauses de dialogue" ou des "vases communicants" qui autorisent l'application des normes les plus favorables au citoyen titulaire de droits. » (Traduction libre du portugais).

[1490] *Ibidem*.

[1491] Venezuela, TSJ, Sala de Casación Social, Expediente 11-1515, n° 0112, Recurso de Casación, *Eric Gerardo Cedeño contra Boc Gases de Venezuela*, C.A. y otras, 16 mars 2015. Il est intéressant d'observer que le Tribunal, même sans se prononcer sur ce sujet, a adopté une interprétation d'application universelle de la Convention, s'appliquant aux contrats liant le Venezuela à un État non partie à la Convention, en l'occurrence, les États-Unis.

[1492] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

le tribunal suprême, même si le travailleur est étranger et que le contrat n'ait pas été conclu dans le pays. Par conséquent, la Cour décida que : « le juge d'appel a mal appliqué l'article 7 de la Convention interaméricaine sur les droits applicables aux contrats internationaux, car cette norme régit le commerce et non la matière du travail, qui est régie, lorsque le travail est effectué au Venezuela, par la Loi organique du travail, qui contient des normes d'ordre public et d'application territoriale, conformément à son article 10 »[1493]. La Cour s'utilise, ainsi, sans distinction entre les méthodes d'ordre public et les lois de police (« d'application territoriale »), pour appliquer la loi interne jugée plus protectrice du travailleur.

Section 6 — Droit non étatique

246. Les termes « droit non étatique » ou « règles de droit » sont loin de faire l'objet d'un usage homogène, pouvant englober différentes notions et normes juridiques. Cette diversité se manifeste également dans le contexte latino-américain. Tout d'abord, différents termes sont utilisés, tels que coutume, usage, pratiques commerciales d'acceptation générale, principes généraux du droit, principes généraux du droit commercial international, des règles de droit généralement acceptées au niveau international, *lex mercatoria*, entre autres[1494]. En plus de cette hétérogénéité de terminologie, la place des règles de droit varie considérablement d'un système à l'autre.

Compte tenu de l'ancienneté des Traités de Montevideo (1889, 1940) et du Code Bustamante (1928), adoptés à une époque où l'autonomie de la volonté faisait encore l'objet de débats, le rôle du droit non étatique dans les contrats internationaux n'avait guère été envisagé (§1). Bien que la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé (1979) ait amorcé une certaine ouverture aux règles anationales, ce n'est véritablement qu'avec la Convention de Mexico (1994) que la faculté de recourir, de manière expresse, à des sources de droit non étatique fut consacrée, sans qu'il soit toutefois clairement précisé quel rôle exact ces sources sont appelées à jouer (§2).

§1 — Les Traités de Montevideo et le Code Bustamante

247. Ni les Traités de Montevideo ni leurs protocoles additionnels ne font mention de la *lex mercatoria*, des coutumes, des usages ou de tout autre terme équivalent. Il en va de même pour le Code Bustamante.

[1493] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1494] Pour une analyse de différents termes utilisés dans le contexte américain, v. OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, p. 95-100. Pour une analyse des doctrines concernant la *lex mercatoria* en tant que « système et ordre juridique », v. les études du professeur brésilien I. Strenger, « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *RCADI*, 1991, vol. 227 ; V. aussi, B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé,* 2e année, 1977-1980, p. 221-270.

Cependant, en ce qui concerne ce dernier, le professeur Giménez Corte a estimé qu'il n'est pas réfractaire aux usages ou coutumes en tant que sources du droit, puisqu'il reconnaît, selon l'auteur, l'autonomie de la volonté des parties. En effet, comme il l'affirme, « les parties peuvent, conformément à l'article 166 du Code, donner à leur contrat le contenu qu'elles souhaitent, ce qui inclut la possibilité de le soumettre à une coutume particulière »[1495]. Autrement dit, les parties jouiraient d'une liberté matérielle leur permettant d'incorporer des éléments de la *lex mercatoria* dans leurs contrats. Cette position trouve par ailleurs un écho dans la théorie même de Bustamante, qui, bien que de manière hésitante, semble reconnaître une certaine importance des coutumes en droit international[1496].

Concernant la possibilité pour le juge d'appliquer une coutume juridique sans choix exprès des parties, le professeur Giménez Corte estime que cette faculté « s'impose indubitablement dans les contrats de transport terrestre (art. 259, Code Bustamante), ainsi que dans les domaines où les usages et coutumes du commerce international se sont considérablement développés, tels que le crédit documentaire ou le recouvrement interbancaire »[1497]. Cette position s'appuie, selon lui, sur la théorie de Bustamante, selon laquelle les lois d'ordre privé ne sont donc ni territoriales, ni personnelles, ni nationales, ni locales ; elles s'invoquent et s'utilisent en droit sans égard au lieu où les normes applicables naissent et où elles sont promulguées[1498]. Or, selon le professeur Corte, « une

[1495] C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 241 (traduction libre de l'espagnol). L'art. 166 dispose en ce sens : « Les obligations qui naissent des contrats ont force de loi entre les parties contractantes et doivent être exécutées suivant ces contrats, sauf les restrictions établies par le présent Code ».

[1496] Bustamante affirmait qu'« une série d'actes humains, uniformément répétés avec une intention juridique, conduit à l'acceptation de règles qui s'élèvent au rang de préceptes légaux ». Toutefois, il nuance son propos en affirmant que « les usages et coutumes internationales ne peuvent être considérés comme sources du droit international privé. Lorsqu'un ensemble de codes ou coutumes nationales régissent à peu près les mêmes limites d'un précepte juridique, cela ne constitue pas une coutume internationale. Même si la coutume est uniforme, elle conserve son caractère coutumier, mais acquiert une portée nationale en raison de l'identité de son contenu ». Cf. C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 240 (traduction libre de l'espagnol).

[1497] *Ibid*, p. 241 (traduction libre de l'espagnol).

[1498] L'auteur fait référence au passage suivant de Bustamante : « On ne peut pas les appeler territoriales, car elles sont acceptées à l'étranger et ne s'imposent pas à tous à l'intérieur de la nation. Les cas abondent où l'application de la loi locale en tant que droit supplétif de l'acte juridique amène les tribunaux à accepter une règle différente de la *lex fori*. Elles ne sont pas non plus personnelles, car, à la différence de celles qui ont proprement ce caractère, elles composent avec le droit étranger et avec la volonté des personnes. Lorsque le national les accepte hors de son pays, leur extension peut s'étendre, mais jamais en intensité, à la souveraineté de son État, puisqu'une telle souveraineté et les obligations et droits qu'elle implique ne sont nullement lésés si, dans un cas particulier, on préfère la législation d'un autre pays. On ne peut pas non plus les appeler lois d'exception ou d'atténuation, car elles répondent à une exigence sociale et reposent sur la nécessité que l'État ne prive l'individu de sa liberté que là où cela est strictement nécessaire. Le droit de l'État et le droit des individus, nationaux ou étrangers, du point de vue des relations internationales privées, revêtent un caractère égal au sein de leurs sphères respectives. On ne peut les appeler nationales, car on les confondrait avec celles de l'ordre public interne, présentes dans toutes les législations qui déterminent par la nationalité l'efficacité constante de ces droits hors du territoire. Et on ne doit pas non plus les qualifier de locales, car l'autarcie est inconciliable avec leur nature. Ce droit invoque et utilise le droit sans se soucier du lieu où sont nées ou promulguées les règles appliquées ». A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. 1, *op. cit.,* p. 169-170 (traduction libre de l'espagnol).

définition plus complète de ce que pourrait être le droit transnational serait difficile à trouver »[1499].

Un autre passage de la doctrine de Bustamante peut également appuyer ce propos. Selon l'auteur cubain, en ce qui concerne les contrats civils et commerciaux, « Il faut espérer que ces préceptes [qui imposent l'application du droit interne pour l'exécution des actes convenus à l'étranger] disparaîtront des législations positives au fur et à mesure que les échanges internationaux éviteront les difficultés pratiques auxquelles ils peuvent répondre »[1500].

Quoi qu'il en soit, l'interprétation du Code Bustamante autorisant l'application de la *lex mercatoria* en tant que *lex contractus* nous paraît excessive. Toutefois, nous partageons l'avis du professeur Giménez Corte selon lequel rien n'empêche, dans le cadre du Code Bustamante, les parties d'exercer leur autonomie matérielle — largement reconnue dans la doctrine de Bustamante — pour incorporer des règles non étatiques dans leurs contrats. En revanche, en ce qui concerne l'application de telles règles par le juge en l'absence de choix exprès des parties, la situation semble plus complexe en raison de l'absence de toute disposition explicite dans le Code.

§2 — Les instruments interaméricains

248. Par une rédaction ayant suscité des débats doctrinaux importants, la Convention de Mexico a ouvert la voie à la reconnaissance de règles de droit non étatiques. Elle s'est ainsi distinguée, sur ce point, de la Convention de Rome, qui fut pourtant l'une de ses principales sources d'inspiration. Toutefois, d'une part, la Convention de Mexico n'a pas clairement précisé si les parties étaient habilitées à choisir un droit non étatique pour régir leurs contrats (A). D'autre part, elle ne définit pas le rôle que de telles règles pourraient jouer en l'absence de choix exprès des parties, question qui avait, par ailleurs, déjà été débattue lors de l'adoption de la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé (B)

A. La possibilité pour les parties de choisir un droit non étatique pour régir leurs contrats

249. Le texte de la Convention. L'article 7 de la Convention de Mexico, qui traite du choix de la loi applicable, dispose que le contrat sera soumis au « droit » (*derecho*) choisi par les parties, une expression qui renvoie généralement à la fois aux lois étatiques et au droit anational. Toutefois, le texte de cet article ne prévoit pas expressément la possibilité

[1499] C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 241 (traduction libre de l'espagnol).

[1500] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 87 (traduction libre de l'espagnol).

pour les parties de faire du choix des règles non étatiques un véritable choix de droit international privé, avec les mêmes conséquences que celles attachées au choix d'une loi étatique.

Il convient de rappeler que, lorsque les parties stipulent que le contrat sera régi par une règle de droit non étatique, cette indication aura pour effet de se substituer au droit national — y compris à ses dispositions « simplement » impératives qui auraient été applicables en l'absence d'une clause de choix de loi (tout comme dans le cas de la désignation d'une loi étrangère). En revanche, si l'indication de règles de droit non étatiques n'est pas considérée comme un véritable « choix de loi » (*kollisionsrechtliche Verweisung*), la détermination du droit applicable intervient dans les limites du droit contractuel national et sur le fondement de celui-ci, lequel doit alors être objectivement déterminé (équivalant ainsi à une désignation matérielle)[1501].

La référence aux règles de droit est introduite par l'article 9.2, et par l'article 10 de la Convention. Ces articles énoncent ce qui suit :

> « Article 9.2 — Le tribunal tient compte de tous les facteurs objectifs et subjectifs inhérents au contrat en vue de déterminer la loi de l'État avec lequel il est en rapport plus étroit. Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales.
>
> Article 10 — Outre les dispositions des articles précédents, seront appliqués, le cas échéant, les normes, les coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciales *(sic)* généralement reconnus en vue d'assurer le respect des exigences imposées par la justice et l'équité dans le règlement d'un cas concret. »[1502]

En général, lors des discussions de la CIDIP-V, les délégués étaient d'accord sur l'importance du droit non étatique pour les contrats internationaux, mais son rôle faisait l'objet d'opinions diverses. D'une part, le professeur Friedrich K. Juenger, membre de la délégation des États-Unis, a soutenu que, en l'absence de choix, le contrat devrait être directement régi par les principes généraux du droit du commerce international reconnus par les organisations internationales[1503]. Mais, d'autre part, les délégations du Mexique, du

---

[1501] V. K. Boele-Woelki, « ¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales? », *in* D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 98-99.

[1502] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[1503] Le professeur Juenger a proposé à la CIDIP-V la rédaction suivante pour l'article 9 : « Si les parties n'ont pas choisi la loi applicable ou si un tel choix devient inefficace, le contrat est régi par les principes généraux du droit commercial international acceptés par les organisations internationales. Dans la mesure où ses principes ne les couvrent pas, le droit applicable sera déterminé de la manière suivante : […] ». Cf. F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *op.*

Brésil, du Pérou et de l'Uruguay, plus réticentes, étaient opposées à la proposition du délégué nord-américain, arguant que le droit non étatique était déjà réglementé par l'article 10 de la Convention. Finalement, grâce au soutien du professeur vénézuélien Gonzalo Parra-Aranguren, qui présidait la commission chargée d'analyser la question, un compromis fut trouvé. Ce compromis consista dans l'ajout de la dernière phrase de l'article 9, alinéa 2, qui figure à la Convention de Mexico : le tribunal « tient également compte des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales »[1504].

250. Divergences d'interprétation. En raison des incertitudes que soulève cette solution de compromis, la Convention de Mexico a reçu des interprétations diverses quant à l'effet d'un éventuel choix de règles de droit non étatique. Une partie de la doctrine estima que le choix du droit anational serait considéré comme un véritable « choix de loi », c'est-à-dire, un choix de droit international privé ; pendant que d'autres jugèrent que la Convention n'admet qu'une « incorporation » de ces types de normes au contrat, sans qu'elles ne puissent prétendre au statut de *lex contractus.*

D'une part, certains auteurs estimèrent que l'utilisation du terme « droit » dans l'article 7 de la Convention (dans sa version originale en espagnol)[1505], se référait non seulement au droit créé et reconnu par l'État (« droit positif »), mais aussi au droit non étatique. Parmi les professeurs qui se sont manifestés en faveur d'un choix des règles de droit dans la Convention de Mexico, nous pouvons mentionner le rapporteur José Luis Siqueiros[1506], le délégué nord-américain Friedrich K. Juenger[1507], le délégué vénézuélien Gonzalo Parra-

cit., p. 391. En fait, dans un document qui circulait de manière informelle, le professeur Friedrich K. Juenger a soutenu que le critère de la « prestation caractéristique » ne peut garantir ni la sécurité juridique ni des résultats justes ; et il a rappelé les paroles de Josephus Jitta, selon lesquelles « il vaut mieux un droit international matériel que la "guillotine conflictuelle" ». Il a ensuite fait référence aux enseignements de Quintín Alfonsín dans le même sens et a affirmé que les inconvénients de soumettre les contrats à un droit anational avaient été surmontés à l'époque contemporaine, « puisque nous avons déjà une codification supranationale du droit contractuel, c'est-à-dire les principes d'UNIDROIT ». Dès lors, selon lui, « en prévoyant que ces principes s'appliquent lorsque les parties n'ont pas choisi le droit applicable à leur contrat, on élimine les inconvénients de la guillotine conflictuelle. Au lieu de nous fonder sur des critères conflictuels vagues et défectueux, nous pouvons protéger les valeurs que le système classique de droit international privé cherche à protéger, mais n'a jamais réussi à garantir, à savoir la sécurité juridique et l'uniformité ». Cf. G. Parra-Aranguren, « La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP-V, México, 1994 », *op. cit.*, p. 214, note de bas de page n° 78 (traduction libre de l'espagnol).

[1504] V. F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *op. cit.*, p. 391.

[1505] La version originale de la Convention de Mexico est en espagnol, telle qu'approuvée par la Troisième session plénière de l'OEA le 17 mars 1994. Une autre version officielle en anglais fut également préparée par l'OEA. Dans la version en langue anglaise, le terme utilisé est *law*.

[1506] J.L. Siqueiros, « Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *Contratación Internacional: Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 222.

[1507] F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *op. cit.*, p. 391-392 ; et F. K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas », *op. cit.*, p. 204-205.

Aranguren[1508], ainsi que les professeurs Eugenio Hernández-Bretón[1509], Leonel Pereznieto Castro[1510], José Antonio Moreno Rodríguez[1511], Jacob Dolinger[1512], Lauro Gama[1513], J.C. Fernández Rozas[1514], Cristián Giménez Corte[1515], et Naiara Posenato[1516].

[1508] G. Parra-Aranguren, « The fiflh Inter-Américan Specialized Conference on Prívate International Law », *E Pluribus Unum: Liber Amicorum Georges A.L., Droz*, 1996, p. 308. Selon l'auteur : « La portée du choix permise par l'article 7 est beaucoup plus large, comme le montre sa lecture en relation avec l'article 10 qui, en "outre", renvoie aux normes, coutumes et principes du droit commercial international ainsi qu'aux usages et pratiques commerciaux généralement acceptés. Par conséquent, le choix n'est pas limité à une loi étatique en vigueur au moment de la sélection, mais peut également porter sur une convention internationale ou sur d'autres principes internationaux relatifs aux contrats internationaux. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1509] E. Hernández-Bretón, « Venezuela », *op. cit.*, p. 806-807, selon lequel : « il est clair pour nous que les références faites au premier paragraphe de l'art. 9 de la CIDACI et à l'art. 30 de la LDIP aux "principes généraux du droit commercial international acceptés par les organismes internationaux", d'une part, et, d'autre part, aux arts. 10 et 15 de la CIDACI et 31 de la LDIP aux "règles, coutumes et principes du droit commercial international, et aux usages et pratiques d'acceptation générale", selon qu'ils soient appliqués aux contrats internationaux, nous permettent de conclure, sans aucun doute, que la CIDACI permet aux parties contractantes de soumettre leur contrat aux dispositions de la nouvelle *lex mercatoria*. Il est peu uniforme, contradictoire et inexplicable que, en l'absence de choix de droit par les parties contractantes, des réglementations non nationales soient appliquées comme lois, alors qu'une telle possibilité est niée quand les parties expriment leur désir d'appliquer des réglementations non nationales, comme telles, à des contrats commerciaux internationaux. À mon avis, l'admission de l'élection d'un droit non étatique selon la CIDACI et la LDIP est la conclusion valable qui devrait être tirée de l'histoire de ces dispositions. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1510] L. Pereznieto Castro, J.A. Silva Silva, *op. cit.*, p. 283 ; et L. Pereznieto Castro, « Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales », *Revista de Derecho Privado*, 1994, n° 13/14, p. 137-149, p. 147 : « Or, la convention que nous commentons *[Convention de Mexico]* a considéré que ce droit pouvait très bien être constitué par des règles, usages, coutumes et pratiques, sans qu'il soit nécessairement engendré par l'État ».

[1511] J.A. Moreno Rodríguez, *Contratación y Arbitraje: Contribuciones recientes*, Asunción, Paraguay, CEDEP, 2010, p. 115-118 : « Mais l'ouverture autonomiste va plus loin, au point de permettre aux parties de choisir des droits "non étatiques", tout en habilitant également le juge à recourir au droit transnational, à la "soft law" ou à la "lex mercatoria". En effet, la Convention de Mexico parle de "droit applicable" plutôt que de "loi applicable", non seulement parce qu'il s'agit d'une expression plus appropriée en espagnol, mais surtout — selon ceux qui ont participé à sa rédaction — pour marquer clairement que sa réglementation englobe les usages internationaux, les principes du commerce international, la "lex mercatoria" et des expressions analogues. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1512] J. Dolinger, « Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts », *RCADI*, 2000, vol. 283. Le professeur Dolinger adopte une position hésitante. En se référant à la doctrine de Juenger il note que « cependant, à une lecture attentive, la disposition de l'art. 10 semble se référer exclusivement au juge […], un langage qui ne s'étend pas à l'autonomie des parties » ; et, postérieurement il affirme : « Malgré ces considérations, on pourrait néanmoins soutenir la position de Juenger. Premièrement, en comparant les articles introductifs des Conventions de Rome et de Mexico […] l'article 1er de la Convention de Mexico prévoit que cette convention détermine la loi applicable aux contrats internationaux, sans aucune référence au droit national ou au droit étatique ; il s'ensuit que l'on peut interpréter que le choix de loi par les parties ou par les tribunaux dans le système de cette convention peut se porter sur un droit non étatique. Deuxièmement, pourquoi le choix des parties ne pourrait-il pas aller aussi loin que celui du juge ? Si le juge peut appliquer des principes internationaux de commerce, pourquoi les parties ne pourraient-elles pas faire le même choix ? » (Traduction libre de l'anglais).

[1513] L. Gama, *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004*, Soft Law, Arbitragem e Jurisdição, Rio de Janeiro, 2006, p. 431-432. Selon l'auteur : « Présentant des traits d'une perspective post-positiviste du droit, la Convention de Mexico (1994) accorde une large efficacité au choix des parties en faveur des règles qui leur conviennent le mieux, qu'il s'agisse de l'ordre juridique d'un État ou d'un droit non positivé, tel que les Principes d'Unidroit. » (Traduction libre du portugais).

[1514] J.C. Fernández Rozas, « Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina », *op. cit.*, p. 115-116. L'auteur reconnaît les ambiguïtés de la Convention sur la possibilité des parties de choisir la *lex mercatoria*, mais affirme : « Toutefois, il ne faut pas non plus écarter une ligne interprétative favorable à "l'autonomie conflictuelle de la *lex mercatoria"*. ». En mentionnant les arts. 9 et 10 de la Convention il conclut : « Cela permettrait

Le professeur José Luis Siqueiros, qui a préparé le premier projet de la Convention interaméricaine, affirma dans un article ultérieur que l'instrument mentionne le « droit applicable » (*derecho aplicable*), plutôt que la « loi applicable » (*ley aplicable*), car, en espagnol, la notion de droit est plus générique que celle de loi, englobant d'autres sources en plus du droit positif. Et, selon lui, cette expression ne fut pas choisie parce qu'elle est « meilleure », mais pour faire apparaître l'intention d'inclure les usages, les principes du commerce international, la *lex mercatoria* et des expressions similaires[1517]. Suivant son raisonnement, le choix de la *lex mercatoria* équivaudrait alors à un choix de loi étatique.

Selon le professeur Juenger, le compromis opéré lors de la CIDIP-V, qui « articule la théorie de la *proper law* à une approche de droit matériel », « ne manquera pas de déplaire aux puristes », mais devrait en pratique « bien fonctionner », en permettant aux juges et arbitres d'« d'éviter une fastidieuse analyse des subtilités du conflit de lois et de s'appuyer plutôt sur les règles énoncées dans les Principes d'Unidroit »[1518]. Dans un article ultérieur, il affirma qu'une telle latitude dans le choix du droit « correspond mieux aux réalités commerciales modernes que l'insistance étrangement rétrograde de la Convention de Rome à limiter le choix des parties aux lois nationales », ajoutant qu'il « est assurément difficile de percevoir quel intérêt (sinon doctrinal) serait servi par l'interdiction faite aux parties de dénationaliser ainsi leur accord »[1519].

Cette interprétation fut également fondée sur les articles 9 et 10 de la Convention. La doctrine vénézuélienne souligna que l'article 9, alinéa 2, permettait aux parties de

---

de considérer la *lex mercatoria* comme un droit autonome pouvant être désigné directement par les parties ou par le juge en recherchant les liens les plus étroits en l'absence de volonté de celles-ci. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1515] C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 300. Selon l'auteur : « Quoi qu'il en soit, cette ambiguïté et cette imprécision dans la manière de se référer au droit constituent une caractéristique constante de la Convention. Et cette ambiguïté a peut-être été délibérée, dans le but d'intégrer au concept de droit de nouvelles formes et diverses manifestations juridiques. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1516] N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 128-129, qui, en faisant une lecture systématique de la Convention conclut : « Sur la base des considérations menées et en revenant à l'interprétation du contenu de l'article 7, alinéa 1, de la Convention de Mexico et de la référence qu'il contient au "droit" au lieu de la "loi", cette norme, à notre avis, doit être lue comme autorisant les parties à choisir des normes non étatiques pour la réglementation des contrats […] ». Toutefois l'auteure conclut que cette possibilité de choix ne renvoie pas à la notion générale de la *lex mercatoria,* mais uniquement aux principes de droit commercial international reconnus par des organisations internationales, « car ce n'est que dans ces cas qu'un certain degré de certitude juridique est garanti. » (Traduction libre de l'italien).

[1517] J.L. Siqueiros, « Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *op. cit.*, p. 222. V. note de bas de page n° 18.

[1518] F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *op. cit.,* p. 391-392 (traduction libre de l'espagnol). Selon lui : « While CIDIP-V can be faulted for mixing together the oil of supranationality and the water of positive laws, one can expect, in the natural course of things, the oil to rise and the water to sink ». Et, « The contracting parties are surely better off if their rights and obligations are determined by a modern, well-thought out code that is sensitive to commercial practices and needs than by some local law that may fall short of international standards, be outdated and unfair. Entrepreneurs who fail to avail themselves of the opportunity to stipulate the law they wish to govern their agreement can hardly complain about the application of such a modern, functional set of contract rules. Beyond that, it is surely fairer to apply supranational standards than to privilege one party by granting it the benefit of its home-state law ».

[1519] F.K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas », *op. cit.*, p. 204-205 (traduction libre de l'anglais).

soumettre expressément leur contrat à un droit non étatique. Il fut également affirmé qu'il serait « peu uniforme, contradictoire et inexplicable » que des règles de droit de source non étatique puissent régir le contrat en l'absence de choix, alors qu'une telle possibilité n'est pas prévue dans le cas où les parties souhaitent expressément choisir de telles règles de droit pour régir leur contrat[1520]. Il fut encore noté qu'une telle liberté de choix est plus adaptée aux réalités modernes du commerce et qu'il « est certainement difficile de comprendre quels intérêts (autres que ceux de nature doctrinale) seraient servis en empêchant les parties de dénationaliser leur accord de cette manière »[1521]. De plus, il fut révélé que ni l'article 2 ni l'article 17 de la Convention de Mexico (qui font référence expresse à la « loi étatique ») ne font obstacle à une telle interprétation libérale, dès lors que ces articles se limitent à établir le caractère universel de la Convention pour le premier, et à exclure le renvoi pour le second[1522]. Il fut enfin affirmé que l'ouverture de la Convention est « raisonnable » et « ne va pas jusqu'à admettre le "contrat sans loi" », comme il fut soutenu par une autre partie de la doctrine[1523].

D'autre part, une partie de la doctrine considéra que la Convention de Mexico ne permettrait pas un véritable choix de règles de droit d'origine non étatique comme *lex contractus*. Parmi ces auteurs figurent notamment des professeurs latino-américains, tels

[1520] E. Hernández-Bretón, « Venezuela », *op. cit.*, p. 807 ; et E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.,* p. 177.

[1521] F.K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas », *op. cit.,* p. 204-205.

[1522] En réponse aux critiques concernant une éventuelle interdiction de l'acceptation de la *lex mercatoria* comme norme de droit régissant les contrats en raison des dispositions des arts. 2 et 17 de la Convention, Hernández-Bretón explique que : « Il n'est pas possible d'aller contre cette idée sur la base des textes des arts. 2 et 17 de la CIDACI. L'art. 2 dispose que la loi désignée par la Convention serait applicable si ladite loi est la loi d'un État partie à la Convention. Celui-ci prétendait seulement affirmer la nature universelle de la CIDACI, mais jamais exclure la possibilité de choisir une loi non étatique. […] De son côté, l'art. 17, qui dispose que, pour les fins de ladite Convention, "droit" se comprend comme la loi en vigueur dans un État en excluant ses règles de conflit ou de droit international privé, n'a pas non plus été conçu pour exclure la possibilité de soumettre un contrat international à un droit non étatique. Le seul propos de cet article était d'exclure la possibilité du renvoi ». Cf. E. Hernández-Bretón, « Venezuela », *op. cit.*, p. 807. V. aussi, E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.,* p. 177-178.

[1523] J.A. Moreno Rodríguez, *Contratación y Arbitraje: Contribuciones recientes, op. cit.,* p. 118.

que Diego P. Fernández Arroyo[1524], Antonio Boggiano[1525], Nadia de Araujo[1526], Ruben B. Santos Belandro[1527], María Mercedes Albornoz[1528], Fernanda Vieira da Costa Cerqueira[1529],

[1524] D.P. Fernández Arroyo, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, n° 5. Selon l'auteur : « En revanche, la philosophie de la Convention de Mexico, semble — selon l'interprétation mentionnée — permettre d'introduire dans le catalogue des règles à choisir des principes généraux du droit, lois modèles, conventions internationales sur le droit matériel des contrats et, enfin, de la *lex mercatoria*. […] Néanmoins, il est difficile d'accepter une telle interprétation, en raison de l'impossibilité du contrat sans loi ». Le propre texte de la Convention l'empêche. En premier lieu, l'article 7 parle clairement de "la loi" choisie par les parties. Deuxièmement, l'article 17 établit que "on entend par 'loi', la loi en vigueur dans un État". Mais, surtout, il y a un obstacle systématique : la Convention incorpore la notion de "principes généraux du droit commercial international" dans l'article 9, selon lequel le juge doit prendre en considération ces principes lorsque l'utilisation de l'autonomie de la volonté des particuliers se révèle inefficace ou lorsqu'elle n'existe pas ».

[1525] V. A. Boggiano, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les principes d'UNIDROIT », *Revue de droit uniforme*, 1996, p. 224-226, spéc. 226 ; et A. Boggiano, *Tratado de derecho internacional privado*, t. 2, *op. cit.*, chap. XXX, §1, B, 5.

[1526] N. de Araujo, *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, *op. cit.*, p. 203. Selon l'auteure : « À cet égard, nous comprenons de la lecture de la Convention de Mexico qu'il est permis aux parties de choisir la loi applicable, quelle qu'elle soit, à condition qu'elle fasse partie d'un ordre juridique national […] Le simple choix des principes d'UNIDROIT peut s'avérer insuffisant, car on reviendrait alors au problème initial de l'utilisation de la règle de rattachement pour déterminer la loi nationale applicable. Cependant, rien n'empêche que les principes soient incorporés au contrat et appliqués en premier lieu. » (Traduction libre du portugais).

[1527] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, *op. cit.*, p. 92-93. Selon l'auteur : « Pour notre part, nous pensons que, même si la Convention de Mexico profite d'un certain laxisme qui rejette une vision absolutiste — puisqu'elle reconnaît la nécessité pour les États de s'auto-limiter dans leurs actions sur la scène internationale —, l'examen de l'article 9 ne semble pas permettre d'envisager une application exclusive de la *lex mercatoria* aux contrats internationaux, étant donné que ce même article commence en exprimant que « Lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable ou lorsque leur choix s'avère inefficace […] » (Traduction libre de l'espagnol).

[1528] M.M. Albornoz, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome" I », *op. cit.*, p. 5-42, n° 33. Selon l'auteure : « Il est clair que la liberté dont les parties jouissent en matière contractuelle permet à celles-ci d'insérer dans le contenu de leur contrat (soit directement, soit par référence) des règles non étatiques. Et nous reconnaissons avec satisfaction qu'au fur et à mesure de son évolution, certains secteurs du droit non étatique, tels que les Principes d'Unidroit ou les Principes du droit européen des contrats, gagnent de plus en plus de concision, de certitude et donc de prévisibilité. Mais étant donnée l'absence de jurisprudence au Mexique et au Venezuela quant à ce propos, il est assez probable que le choix de la *lex mercatoria* tout court ou même des Principes d'Unidroit dans des contrats litigieux portés devant des juges étatiques des États parties de la Convention interaméricaine ait, en application de la Convention interaméricaine, les effets d'une incorporation ». L'auteure écrit également dans un article antérieur écrit avec le professeur Moreno Rodríguez qu'« il a été enfin été affirmé qu'il serait plus prudent de permettre aux parties d'exercer ce choix elles-mêmes, plutôt que de laisser au tribunal, en vertu de l'article 9, « le soin d'imposer l'application de principes "out of the blue" ». J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts », *op. cit.*, p. 507 (traduction libre de l'anglais).

[1529] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 330. Selon l'auteure : « Nous sommes du même avis que ceux qui estiment que l'objectif fondamental de l'article 10 de la Convention du Mexico de 1994 est d'appliquer le droit non-étatique comme réglementation complémentaire à la *lex contractus*. […] À notre avis, l'élection d'un droit non étatique par les parties devrait être comprise, dans le cadre d'application de la Convention de Mexico de 1994, comme une simple incorporation de ses dispositions au contrat et non comme la loi applicable à celui-ci. Le contrat doit toujours être soumis à un droit étatique ».

ainsi que la doctrine internationaliste, représentée notamment par les professeurs Ralf Michaels[1530], Ole Lando[1531], et Peter E. Nygh[1532].

Le professeur Antonio Boggiano, qui a représenté l'Argentine lors de la CIDIP-V, a affirmé que la *lex mercatoria* ne peut être qu'« incorporée au contrat en vertu de l'autonomie matérielle des parties, dans les limites plus souples du droit international privé »[1533]. Selon lui, « la preuve absolue et irréfutable que la Convention interaméricaine ne permet pas aux parties de choisir des principes généraux ou la *lex mercatoria* comme système autonome et exclusif de toute loi étatique » se trouve dans l'article 11 qui rend nécessairement applicable les lois de police du for[1534]. En d'autres mots, en suivant le raisonnement de l'auteur, le recours aux lois de police étatiques témoignerait de l'impossibilité de déterminer les règles de droit appelées à régir le contrat. De plus, selon cette interprétation, le terme « droit » de l'article 7 de la Convention de Mexico doit être interprété au sens strict, c'est-à-dire en se limitant au droit positif. Le choix du droit non

[1530] R. Michaels, « Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts », *in* D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 153-188, p. 157 et s. : « Where the Convention talks about party autonomy, by contrast, non-state law does not seem to be available. Article 7(1) (1) reads simply: 'The contract shall be governed by the law chosen by the parties.' Allowing parties to choose the applicable law was already a novelty for many countries in Latin America, where party autonomy is still viewed by many with suspicion. Nonetheless, some commentators suggest that the provision is even more far-reaching: for them, 'Law' has been read to include non-state law. This would be rather unusual; in most other choice-of-law statutes, 'law' is restricted to the law of states, and Article 17 defines law as 'the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws'. The Spanish version has 'derecho' instead of 'ley,' which could suggest a different meaning, but this seems by no means conclusive. In practice, this may matter little, since the Convention has been ratified only by Mexico and Venezuela. ».

[1531] O. Lando, « Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations », *The King's College Law Journal*, 1997, p. 55 et s. : « The present writer has sympathy for the idea of taking into consideration the international elements listed in Arts. 9 (2) and 10. However the I.C.A. does not seen to allow the parties and the courts to replace the national law by the *lex mercatoria* as if were a legal system ».

[1532] P.E. Nigh, « The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort », *RCADI*, 1995, vol. 251, p. 309-310 : « The latest international formulation of choice of law in contracts, the Mexico Convention 1994, has, at least, given partial recognition to the possibility of applying supernational law. While it does not permit a choice of anational law *per se*, Article 9, which provides for the case where no choice by the parties can be discerned by referring to the law which has the closest ties, includes amongst the factors 'the general principles of international commercial law recognized by international commercial organizations'. It is not quite certain whether this is to be read only as an assistance for discovering the municipal law in the absence of choice, for example by reason of its conformity with such principles, or whether it will allow a court to proceed to apply such principles directly. In any event it is a breach in the hitherto fairly solid wall ».

[1533] A. Boggiano, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les principes d'UNIDROIT », *op. cit.*, p. 225.

[1534] A. Boggiano, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les principes d'UNIDROIT, *op. cit.*, p. 226. L'auteur a confirmé son raisonnement ultérieurement en affirmant : « En revanche, ce que les parties ne peuvent pas faire, c'est un renvoi exclusif aux Principes d'UNIDROIT comme s'ils constituaient un ordre juridique autonome au même titre que l'ordre juridique d'un État. […] Par conséquent, les parties peuvent toujours procéder à une incorporation de normes du droit du commerce international, quel qu'il soit, en gardant à l'esprit qu'il y aura toujours un droit étatique en arrière-plan, éventuellement supplétif, si l'on considère l'intensité dérogatoire étendue que, selon moi, l'autonomie des parties confère à cette possibilité d'incorporer, par exemple les Principes d'UNIDROIT ». Cf. A. Boggiano, *Tratado de derecho internacional privado*, t. 2, *op. cit.*, chap. XXX, §1, B, 5 (traduction libre de l'espagnol).

étatique ne serait donc qu'un choix *matériel*, équivalant à une « intégration par référence », comme dans le système du Règlement Rome I[1535].

L'un des arguments avancés pour soutenir cette position est d'ordre logique : la mention des règles de droit non étatiques apparaît uniquement aux articles 9 (relatif à la loi applicable en l'absence de choix) et 10 (applicable « le cas échéant »), mais pas à l'article 7, qui traite expressément du choix de la loi applicable par les parties[1536]. En outre, selon cette doctrine, le choix des règles de droit serait incompatible avec les articles 2 (champ d'application) et 17 (champ de la loi applicable) de la Convention de Mexico, qui font expressément référence à la loi étatique. À cet égard, il fut souligné que l'article 17, bien qu'il vise précisément à exclure le renvoi, « ne peut être laissé de côté » et doit être utilisé pour « interpréter le terme "loi" tout au long de la Convention »[1537]. Enfin, il fut également soulevé que « le rejet du "contrat sans loi" conduirait à considérer, d'une part, le droit non étatique choisi incorporé au contrat [et], d'autre part, la *lex contractus* déterminée par application de l'article 9 de la Convention interaméricaine »[1538].

Nous partageons l'avis de ceux qui estiment que, bien que la *lex mercatoria* ne puisse pas constituer le droit exclusivement applicable au contrat dans le système de Mexico (en tant que *lex contractus*), elle peut s'appliquer de façon *complémentaire* au droit positif qui régit le contrat. Il existerait, alors, une complémentarité entre les deux[1539]. À notre avis, bien que les arguments en faveur du choix de règles de droit non étatique en tant que loi régissant le contrat soient séduisants, une interprétation plus restreinte paraît mieux correspondre à la volonté des parties lors de la conclusion du Traité et au contexte des discussions entourant l'adoption de la Convention. Ces échanges rejetèrent l'idée qu'une règle de droit puisse régir directement un contrat en tant que véritable choix de droit international privé. Cette position s'accorde également avec la doctrine majoritaire de l'époque, prédominante dans les pays latino-américains, qui s'opposait à une telle reconnaissance. Nous convenons donc qu'une lecture littérale et téléologique des articles 9 et 10, ainsi que de l'ensemble de la Convention, conduit au même résultat[1540].

Contrairement au domaine de l'arbitrage, où les règles juridiques non étatiques sont de plus en plus utilisées pour trancher les questions de fond, les tribunaux nationaux des États

---

[1535] V. le considérant 13 du Règlement Rome I. À ce sujet, v. *infra* n° 612 et s.

[1536] V. D.P. Fernández Arroyo, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, p. 179 ; R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, *op. cit.*, p. 92 et s. ; R. Michaels, « Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts », *op. cit.*, p. 157 et s.

[1537] M.M. Albornoz, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *op. cit.*, p. 19.

[1538] V. *Ibidem*.

[1539] V. R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, *op. cit.*, p. 92-93 ; V. aussi, F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 330. Sur l'application de la *lex mercatoria* par le juge pour compléter la loi applicable dans la Convention de Mexico, v. *infra* n° 251 et s.

[1540] V. *infra* n° 251 et s.

signataires de la Convention interaméricaine n'ont pas encore pris position sur cette question[1541]. Bien que la doctrine, tant au Venezuela qu'au Mexique, adopte une interprétation libérale de la Convention, permettant le choix des règles de droit pour régir le contrat[1542], et que la jurisprudence montre une tendance favorable à la *lex mercatoria*, cette question n'a pas encore fait l'objet d'une analyse approfondie par les tribunaux des deux pays[1543]. Par conséquent, à notre avis, il serait plus judicieux d'interpréter la Convention de Mexico en acceptant une simple incorporation des règles de droit, mais non leur désignation pour régir le contrat.

B. Le rôle du droit non étatique pour les juges

251. Une approche flexible quant à l'application judiciaire des règles de droit non étatiques fait l'objet de débats en Amérique latine depuis longtemps. Ce questionnement apparaît déjà en 1979, lors de l'adoption de la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé (1), et se prolonge dans le cadre de l'élaboration de la Convention de Mexico adoptée en 1994 (2).

1. La Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé

252. L'article 9 de la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé de 1979 dispose que :

> « Les diverses lois qui peuvent être compétentes pour régir les différents aspects d'un même rapport juridique doivent être appliquées de façon harmonieuse, en s'efforçant d'atteindre les buts poursuivis par chacune d'elles.

[1541] Cf. M.M. Albornoz, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *op. cit.*, p. 20. Aussi, cf. recherche effectuée jusqu'au 21 mai 2025 avec les mots-clés « *lex mercatoria* », « convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », « convención de México », « UNIDROIT » sur le site de la Cour suprême de justice du Mexique, en ligne https://bj.scjn.gob.mx/; et sur https://jurislex.scjn.gob.mx/#/. Pour le Venezuela, recherche effectuée sur le site officiel du Tribunal suprême de justice vénézuélien (en ligne http://www.tsj.gov. Ve/). Recherche également effectuée sur Unilex, en ligne https://www.unilex.info/, pour les deux pays.

[1542] V. au Venezuela, E. Hernández-Bretón, « Venezuela », *op. cit.*, p. 807 ; et au Mexique, L. Pereznieto Castro, J. A. Silva Silva, *op. cit.*, p. 283 ; et L. Pereznieto Castro, « Introducción a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », *op. cit.*, p. 148.

[1543] Au Mexique, v., en particulier, Tesis aislada I.3o.C.810 C, registre digital n° 164196, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, 2010 ; et Tesis aislada IV.2o.A.217 A, registre digital n° 169685, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, 2007. Au Venezuela, v., en particulier, TSJ, *Bottling Companies c. Pepsi Cola Panamericana*, 9 octobre 1997 ; et TSJ, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal CA*, 12 décembre 2014. Pour une analyse de ces décisions, v. *infra* n° 259 et s.

> Les difficultés éventuelles causées par leur application simultanée sont résolues en tenant compte des exigences imposées par l'*équité* dans le cas concret »[1544].

Cette disposition de la Convention interaméricaine, adoptée lors de la CIDIP-II (Montevideo, 1979), et toujours en vigueur en Argentine, au Brésil, en Colombie, en Équateur, au Guatemala, au Mexique, au Paraguay, au Pérou, en Uruguay et au Venezuela, fut interprétée de manière très souple par une partie de doctrine latino-américaine, notamment paraguayenne et vénézuélienne.

253. Divergences d'interprétation. Dans une interprétation particulièrement libérale, la professeure vénézuélienne Tatiana B. de Maekelt souligne que les termes retenus par l'article 9 sont suffisamment larges pour surmonter ce que Kegel qualifie de contradiction logique ou d'antinomie (*Seinswiderspruch*), ou de résultat inadéquat (*Sollenswiderspruch*). Ainsi, l'article couvrirait deux hypothèses : l'application harmonieuse des différentes dispositions et, le cas échéant, la nécessité de résoudre le conflit en recourant à la justice ou à l'équité dans chaque espèce particulière, ce que la doctrine désigne comme l'« adaptation »[1545].

Comme l'ont noté les professeurs Cecilia Fresnedo de Aguirre et Ronald Herbert, cet article, se fonde sur les doctrines nord-américaines de Currie (des intérêts gouvernementaux) et de Cavers (de la justice matérielle)[1546]. Le professeur José Antonio Moreno Rodríguez précise que cet article, par opposition au système abstrait et automatique qui existait en Amérique latine jusqu'à alors, « a le mérite de permettre un large champ d'interprétation pour assouplir le critère rigide appliqué par le continent jusqu'alors »[1547]. En incluant la règle en question, les juristes de la CIDIP-II voulurent ainsi, comme l'a noté la professeure Tatiana B. de Maekelt, rapprocher les systèmes de *common law* et de droit civil, en favorisant la flexibilité du premier[1548].

Le professeur vénézuélien Gonzalo Parra-Aranguren, qui avait proposé l'inclusion de cet article, explique qu'il s'agissait « de parvenir à un équilibre indispensable entre la justice formelle visée par les règles de conflit et la justice matérielle qui devrait être obtenue dans

---

[1544] Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, CIDIP II, Montevideo, 8 mai 1979 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1545] T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.*, p. 325-326 (traduction libre de l'espagnol). Le professeur Hernández-Bretón paraît adhérer à cette position.(bien qu'il ne soit pas explicite à ce sujet). Commentant la possibilité du dépeçage prévue à l'article 9 de la Convention de Mexico, l'auteur affirme que cette possibilité s'inspire de l'institution de « l'adaptation », laquelle, à son tour, découle de la solution adoptée à l'article 9 de la Convention interaméricaine sur les normes générales. Cf. E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.*, p. 182.

[1546] C. Fresnedo de Aguirre, R. Herbert, « Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano », *op. cit.*, p. 57-61.

[1547] Cf. J.A. Moreno Rodríguez, « Miscelánea: la nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte II) », *op. cit.,* p. 279.

[1548] T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.*, p. 326.

la solution spécifique de la controverse »[1549]. D'autre part, comme il le précise, « l'article représente une ouverture claire vers de nouveaux concepts de la doctrine moderne aux États-Unis d'Amérique et constitue une réponse adéquate à certaines critiques contre l'utilisation prédominante des règles indirectes pour résoudre les problèmes de droit international privé »[1550]. Faisant écho aux auteurs cités, la professeure Tatiana B. de Maekelt salua la règle introduite par la Convention de 1979 comme « une avancée positive dans le processus de codification sur le continent », nécessaire pour « conférer au juge la flexibilité requise pour statuer dans les cas spécifiques »[1551].

Toutefois, adoptant une approche plus conservatrice, la doctrine uruguayenne — notamment les professeurs Cecilia Fresnedo de Aguirre et G.L. Idiarte — précise, en interprétant le nouvel article 11 de la loi uruguayenne (qui reprend avec quelques adaptations l'article 9 de la convention interaméricaine), que l'application coordonnée de plusieurs lois à un même contrat demeure « exceptionnelle » et s'applique essentiellement dans l'hypothèse d'un dépeçage contractuel nécessitant une harmonisation des textes[1552]. En outre, selon ces mêmes professeurs, « il s'agit d'un outil dont les juges devront user avec une extrême prudence, afin de ne pas altérer la portée et le sens de chaque législation applicable au même cas ». Ainsi, « la première exigence est de réaliser les finalités poursuivies par chaque législation applicable, et ce n'est qu'en cas de difficulté à satisfaire ce mandat qu'il sera fait recours à l'équité dans le cas d'espèce »[1553].

Dans une autre étude, les professeurs Cecilia Fresnedo de Aguirre et Ronald Herbert interprétèrent cette norme en ne retenant que « l'application effective et harmonieuse des différentes lois éventuellement compétentes » ; approche qui, selon les auteurs, exclut toute arbitraire et demeure strictement « encadrée ». Selon cette conception, le juge doit s'employer « à poursuivre les finalités visées par chacune des législations concernées » et « à prendre en compte les exigences imposées par l'équité au cas d'espèce »[1554]. Il en résulte qu'il n'apparaît pas, selon cette interprétation, que le juge peut véritablement « adapter » la loi compétente en utilisant de ses notions d'équité, comme le suggère une partie de la doctrine.

[1549] G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 148 (traduction libre de l'anglais).

[1550] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[1551] T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.*, p. 327 (traduction libre de l'espagnol).

[1552] Les auteurs affirment que l'hypothèse prévue à l'article 9 de la Convention, « tel qu'il ressort du libellé même de la norme, est celle dans laquelle il existe un démembrement ou un dépeçage, c'est-à-dire que le législateur régit par des lois différentes les divers aspects d'une même relation juridique ». Cf. C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 139 (traduction libre de l'espagnol).

[1553] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 139 (traduction libre de l'espagnol).

[1554] C. Fresnedo de Aguirre, R. Herbert, « Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano », *op. cit.*, p. 57-61.

Bien que la doctrine vénézuélienne et paraguayenne adopte une interprétation très large — admettant l'application des règles non étatiques pour « corriger » des conséquences issues de la loi désignée, au nom de l'équité dans le cas d'espèce —, une approche plus prudente paraît préférable. À notre avis, la Convention de 1979 ne saurait être comprise comme permettant aux juges de s'écarter librement, à leur propre guise, des solutions prévues par la loi compétente, mais plutôt d'appliquer différentes lois éventuellement compétentes à régir le même contrat de manière harmonieuse et équitable. Ce constat découle du texte même de la Convention, qui prévoit « l'application simultanée » de « diverses lois » compétentes, et seulement dans ce cas, si des difficultés surgissent, elles devront être résolues sur une base équitable.

2. La Convention de Mexico

254. Outre les difficultés relatives à la possibilité offerte aux parties de désigner une règle de droit pour régir leur contrat, la rédaction de la Convention de Mexico demeure également ambiguë quant au rôle que ces règles peuvent jouer pour le juge, tant en cas d'absence de choix par les parties, qu'en matière d'interprétation ou de complément des lacunes de la loi étatique choisie ou désignée par les liens les plus étroits.

255. Réelle portée de l'article 9 : possibilité pour le juge de désigner un droit non étatique en l'absence de choix ? Tout d'abord, il convient de noter que la dernière partie de l'article 9, alinéa 2, de la Convention de Mexico impose au juge de « tenir compte » des « principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales » lors de la recherche de la loi étatique applicable[1555]. En effet, une interprétation littérale du deuxième alinéa de l'article 9 amène à conclure que les principes généraux du droit commercial international servent « également » à déterminer la loi applicable, c'est-à-dire à définir la loi à laquelle la relation contractuelle se rattache de la manière la plus significative. Le terme « également » impliquerait, ainsi, une application cumulative des facteurs subjectifs et objectifs inhérents au contrat et des principes généraux reconnus par les organisations internationales afin de déterminer le droit applicable en l'absence de choix. En d'autres termes, on applique les principes *en plus* de la recherche des facteurs subjectifs et objectifs propres au contrat pour identifier l'État avec lequel il est en rapport plus étroit[1556]. La jurisprudence vénézuélienne, comme nous

[1555] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s. S'agissant de l'analyse doctrinale relative à l'interprétation de l'article 9, et plus particulièrement de la question de savoir si les parties contractantes peuvent soumettre leur convention à un ordre juridique non étatique, v. *supra* n° 249.

[1556] V. J. Samtleben, « Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *op. cit.*, p. 18 et s. ; V. aussi, J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts », *op. cit.*, p. 520.

le verrons, comprit cet article de cette manière[1557]. Et, comme l'a relevé une auteure, l'article 9 n'en ordonne pas l'application directe du droit non étatique, « mais recommande d'en tenir compte afin d'identifier le droit le plus étroitement lié au contrat » ; la *lex mercatoria* remplirait ainsi une fonction de « règle de conflit de lois » complémentaire au système principal fondé sur les liens les plus étroits[1558].

Cependant, comment le juge doit-il intégrer ces principes pour déterminer la loi applicable au contrat ? Il n'est pas facile de comprendre comment ces principes peuvent, dans un cas concret, contribuer à la recherche de la loi la plus étroitement liée au contrat. En raison de la complexité liée à son utilisation, la doctrine s'est divisée quant à la vraie portée de l'article 9. Certains, comme la professeure argentine Noodt Taquela, ont même soutenu que cette disposition était « dénuée d'utilité pratique », car la *lex mercatoria* était déjà prévue comme source normative indépendante à l'article 10 et qu'il n'y avait pas de raison d'utiliser des principes généraux du droit commercial international dans la détermination de la loi applicable[1559]. Toutefois, dans le but de lui donner un sens, il fut soutenu que « face à plusieurs lois étatiques ayant des liens étroits avec le contrat, le juge devrait préférer celle qui s'accorde le mieux avec les intérêts du commerce international »[1560].

D'autres interprétations, plus libérales, furent également avancées, en autorisant le tribunal, en l'absence de choix, à éviter la recherche des règles de conflit et à se référer *directement* aux normes non étatiques. Cette approche fut notamment soutenue par le professeur américain Friedrich K. Juenger[1561]. Ce dernier, qui était membre de la délégation

---

[1557] V., en particulier, Venezuela, TSJ, Sala de Casación Civil, *Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona C.A y outro*, Recurso de Casación, Expediente 22-071, n° 000090, 17 mars 2023 ; et TSJ, Recurso de Casación, Expediente 14-257, n° RC.000738, Sala de Casación Civil, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, C.A. Banco Universa*, 2 décembre 2014, cit. *infra*, n° 260.

[1558] C. Madrid Martínez, « Una buena interpretación en el ámbito equivocado: el caso de la letra de cambio que fue contrato », *RVDM*, 2023, nº 10, p. 41-62, p. 55.

[1559] Cf. M.B. Noodt Taquela, « Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable A Los Contratos Internacionales (México, 1994) », *op. cit.*, p. 12. Selon l'auteure : « Étant donné que la *lex mercatoria* est prévue comme source normative indépendante à l'art. 10, on peut se demander quel est le sens de sa mention dans la norme de l'art. 9 qui détermine la loi applicable en l'absence de choix. L'avis du rapporteur indique que cette phrase a été incorporée au deuxième paragraphe de l'art. 9 pour donner une plus grande orientation au tribunal et que le concept "d'organisations internationales" intègre tous les éléments de la *lex mercatoria*. Je partage pleinement l'inclusion expresse de la "lex mercatoria" comme source normative dans une convention sur le droit applicable aux contrats internationaux. Cependant, je ne comprends pas l'utilité que pourrait apporter la mention des principes généraux du droit commercial international dans la détermination de la loi applicable. Comment la *lex mercatoria* peut-elle orienter le juge pour savoir quel est le droit avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits ? Je pense que la phrase ajoutée sur proposition des États-Unis d'Amérique n'a pas de plus grande application. L'inclusion ne cause pas plus de dommage si ce n'est que celui d'un manque de systématisation dans le texte de la convention. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1560] M.M. Albornoz, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *op. cit*, p. 27.

[1561] V. F.K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas », *op. cit.*, p. 206. Selon cet auteur : « la Convention de Mexico ne s'appuie pas exclusivement sur le critère du "lien le plus étroit". En effet, l'article 9(1), deuxième phrase, impose aux tribunaux, pour déterminer avec quelle juridiction un acte présente les liens les plus étroits, de prendre en compte "les principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales". On peut évidemment reprocher à cette formule de mélanger des notions totalement

nord-américaine lors de la CIDIP-V, avait, comme on l'a mentionné, suggéré d'inclure la possibilité pour les juges d'appliquer directement les Principes d'Unidroit en l'absence d'une désignation valable de la loi applicable. Cette proposition a été catégoriquement rejetée et a mené à la rédaction actuelle de l'alinéa 2 de l'article 9. Toutefois, même après le refus de sa proposition, le professeur nord-américain continua à soutenir que l'inclusion de la solution de compromis du deuxième alinéa de l'article 9 n'exclut pas la possibilité pour les juges d'appliquer directement ces Principes en l'absence de choix. Pour lui, la Convention de Mexico ne se fonde pas exclusivement sur le critère du lien le plus étroit[1562], et « les parties n'ont certainement aucune raison de se plaindre si leur incapacité à se mettre d'accord sur la loi qu'elles souhaitent régir fait apparaître un droit de qualité supérieure »[1563].

Les professeurs vénézuéliens, Eugenio Hernández-Bretón et Claudia Madrid Martínez appuyèrent également cette interprétation libérale. Selon eux, la référence aux principes généraux du droit commercial international acceptés par les institutions internationales dans l'article 9 de la Convention de Mexico doit être comprise comme « une solution *complémentaire* du système de conflit prévu dans la première partie de cet article » ; et qu'elle vise à doter l'interprète d'un mécanisme souple qui lui « permet de désigner le système réglementaire national ou anational le mieux adapté à la justice et aux besoins du commerce international, en l'absence de choix ou en présence d'un choix inefficace de la loi applicable par les parties contractantes »[1564]. Dans une position encore plus libérale, un autre auteur affirma que les normes matérielles uniformes, les coutumes, les principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques « s'appliquent avec préférence à la loi interne » dès lors qu'elles « ont une prévalence hiérarchique sur la loi interne applicable par application de la norme de conflit »[1565].

---

incompatibles, à savoir l'idée traditionnelle du "siège de la relation" et la nouvelle *lex mercatoria*. Ce mélange incongru d'éléments discordants reflète un compromis devenu nécessaire après le rejet de la proposition de la délégation américaine d'appliquer les Principes d'Unidroit en l'absence d'une désignation valable de la loi applicable. L'article 9, tel qu'il est actuellement rédigé, signale aux tribunaux la nécessité de choisir le droit qui s'accorde le mieux avec la justice substantielle et les exigences du commerce international. On peut s'attendre à ce que les tribunaux et les arbitres avertis préfèrent les principes élaborés par un groupe international prestigieux d'experts aux règles nationales syncrétiques. Les parties n'ont certainement aucune raison de se plaindre si leur incapacité à se mettre d'accord sur la loi qu'elles souhaitent régir crée une loi de qualité supérieure. » (Traduction libre de l'anglais).

[1562] V., en particulier, F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *op. cit.,* p. 392 ; et F.K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas », *op. cit.*, p. 204-205. V. aussi, J.A. Moreno Rodríguez, « Más allá de la Convención de México y los Principios 189 de La Haya: ¿qué sigue para las Américas? », *op. cit.*, p. 191. Selon ce dernier, en l'absence de choix, le recours au lien de rattachement le plus étroit « peut conduire soit à l'application du droit national, soit à l'application du droit non étatique ».

[1563] F.K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas », *op. cit.*, p. 204-205.

[1564] V. E. Hernández-Bretón, C. Madrid Martínez, « Use of the UPICC in Order to Interpret or Supplement National Contract Law : Venezuela. », *in* A. Garro, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law n° 51, 1re éd., 2021, p. 397 (traduction libre de l'anglais ; original sans italiques) ; en ce sens, v. aussi E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.*, p. 180.

[1565] C. Giménez Corte, *op. cit.,* p. 316-317 (traduction libre de l'espagnol).

Selon le professeur et délégué argentin lors de la CIDIP-V, Antonio Boggiano, si l'on envisage un contrat international dépourvu de toute référence à la *lex mercatoria*, « il est loisible de penser que les tribunaux nationaux lui appliqueront les règles objectives du commerce international qui ont typiquement pour objet de tels contrats »[1566]. Il illustre cette affirmation avec l'exemple d'un crédit documentaire ne comportant aucune référence aux règles et usances de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), et affirme qu'il serait probable, qu'un tribunal argentin procède à l'application directe de ces règles, sans préalablement déterminer le droit étatique à retenir au regard de ses propres règles de conflit[1567]. Ce recours direct, selon le professeur, « paraît cependant exceptionnel », et il n'aurait lieu qu'en présence de « règles précises d'usage très répandu dans le commerce international ». Dans ce cas, le silence ou l'omission des parties pourrait être interprété comme une « référence implicite », un choix tacite du droit applicable. À défaut, ces règles s'appliqueraient en vertu de l'autonomie matérielle des parties[1568].

En adoptant une interprétation intermédiaire qu'il nomme « téléologique », le professeur allemand Jürgen Samtleben, qui lut l'article du professeur Boggiano, relégua le recours à la *lex mercatoria* à un rang encore plus subsidiaire. Selon lui, l'alinéa 2 de l'article 9 de la Convention autoriserait les tribunaux à se référer directement aux principes généraux mentionnés par cet article, mais seulement si la règle de conflit établie par la convention ne peut être appliquée, soit lorsqu'il est impossible de déterminer quel système juridique présente un lien plus étroit avec le contrat[1569]. En d'autres termes, le tribunal peut appliquer le droit non étatique, plus précisément « des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales », lorsqu'un rattachement suffisant avec une loi étatique ne peut pas être établi[1570]. Ici, l'auteur entend la mention des « principes généraux » dans un sens strict, couvrant à ce jour exclusivement les Principes d'Unidroit, voire la CVIM lorsque celle-ci est appliquée en dehors de son champ d'application[1571]. Comme il l'explique :

> « Dans le monde de la globalisation, il existe des cas qui sont liés à plusieurs États sans qu'il soit possible de dire que le système juridique de l'un d'entre eux se prête mieux que les autres à réglementer les obligations des parties au contrat. Il n'est donc pas justifié

[1566] A. Boggiano, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT », *op. cit.*, p. 224 (traduction libre de l'espagnol).

[1567] Il fait ici une référence à l'arrêt « Gobierno de la República del Perú c. SIFAR » du 10 décembre 1956 de la Cour suprême argentine, qui a appliqué une telle méthodologie. Cf. A. Boggiano, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT », *op. cit.*, p. 224.

[1568] A. Boggiano, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT », *op. cit.*, p. 224.

[1569] V. J. Samtleben, « Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *in* D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.), *op. cit.*, p. 26-27.

[1570] V. *Ibid*, p. 25-26.

[1571] Selon l'auteur : « À ce jour, seuls les Principes d'Unidroit peuvent remplir cette fonction — à moins d'inclure également dans cette référence des traités internationaux, tels que la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, appliquée hors de son champ d'application ». *Ibid*, p. 26 (traduction libre de l'espagnol).

> d'insister sur la méthode des conflits pour rechercher une loi étatique applicable dont les rapports avec le contrat dans ces circonstances sont plus occasionnels que réels. Ce sont ces cas pour lesquels les Principes d'Unidroit offrent une solution. » [1572]

Le professeur uruguayen Ruben B. Santos Belandro a repris l'interprétation du professeur Samtleben[1573], et d'autres auteurs semblent, eux aussi, bien que de façon parfois ambiguë, considérer que la loi présentant les liens les plus étroits doit primer sur les principes généraux tels que décrits à l'article 9 de la Convention de Mexico[1574]. Ainsi, il fut soutenu que, en l'absence d'une désignation valide du droit applicable par les parties, celui-ci sera déterminé, dans un premier temps, selon des critères objectifs et subjectifs permettant d'identifier la loi étatique présentant le lien le plus étroit avec le contrat. Et, ce n'est qu'en second lieu, si, après avoir épuisé toutes les voies disponibles, il s'avère impossible d'appliquer la loi ainsi déterminée, les principes du droit commercial international, reconnus par des organismes internationaux, seront alors mobilisés[1575].

D'une part, malgré les opinions doctrinales divergentes, la formule de compromis adoptée lors du Congrès, ainsi que le rejet catégorique par la délégation nord-américaine de la proposition visant à permettre aux tribunaux de recourir immédiatement aux Principes d'Unidroit en l'absence de choix contractuel, témoigne, à notre avis, du refus des délégués d'entériner cette possibilité lors de l'adoption de la Convention. D'autre part, interdire totalement le recours au droit non étatique semblerait, à notre sens, contraire à la tendance observée dans les États concernés, qui reconnaissent une place prépondérante à la *lex mercatoria*[1576]. À cet égard, l'interprétation téléologique avancée par le professeur Samtleben apparaît pertinente, dans la mesure où elle confère une certaine latitude aux tribunaux pour appliquer, dans des cas particuliers, les « principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales », cas des Principes d'Unidroit. Cette solution apparaît envisageable lorsqu'il demeure impossible de

---

[1572] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1573] R.B. Santos Belandro, *Ley General Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020*, El texto y su contexto americano, Curso general, 1re éd., Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, p. 574.

[1574] V., en particulier, J.A. Giral Pimentel, *El contrato internacional*, Su régimen en el derecho internacional privado venezolano moderno basado en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, Caracas, Ed. Jur. Venezolana, 1999, p. 235-236 ; et Z. MARÍN, « Rol de la lex mercatoria en la contratación internacional venezolana del siglo XXI », *op. cit.*, p. 136-138.

[1575] V., en particulier, la doctrine du professeur Giral Pimentel, qui interprète les articles 29 à 31 de la loi vénézuélienne, dont la rédaction est similaire à celle de la Convention de Mexico, en ce sens : J.A. Giral Pimentel, *El contrato internacional*, *op. cit.,* p. 235-236. V. également la thèse de Mme Z. Marín, qui adopte la même interprétation tant à l'égard de la Convention de Mexico que de la loi vénézuélienne : Z. Marín, « Rol de la lex mercatoria en la contratación internacional venezolana del siglo XXI », *op. cit.*, p. 136-138. Toutefois, la position de l'auteure est en quelque sorte confuse, car elle affirme que « cela ne signifierait pas une exclusion de l'application directe de la *lex mercatoria* au stade de détermination de la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat ». Selon l'auteure, la *lex mercatoria* « s'appliquerait, en principe, à l'ensemble des contrats internationaux, sauf stipulation expresse en sens contraire », et le juge pourrait même appliquer de manière conjointe, en effectuant un dépeçage du contrat, tant la loi étatique que la *lex mercatoria* (traduction libre de l'espagnol).

[1576] V. *infra* n° 475 et s.

désigner, en conformité avec les critères posés par la Convention, la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat.

256. Quels principes ? Une autre question débattue est celle de savoir quels sont les « principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales » visés à l'article 9. Sur ce point, et notamment en ce qui concerne la solution de compromis concrétisée à cet article, il est intéressant de noter que, lors des discussions de la CIDIP-V, il fut convenu d'ajouter une précision à l'article selon laquelle la référence aux organisations internationales englobe tous les éléments de la *lex mercatoria*, qu'ils soient approuvés par des organismes gouvernementaux ou non gouvernementaux[1577]. Par conséquent, il fut soutenu qu'il fallait interpréter la mention de l'article 9 de manière large, en incluant les institutions internationales privées liées au commerce international, comme la CCI[1578], et qu'une telle référence était « adéquate », car « elle apportera une aide précieuse aux tribunaux, qui ne seront plus contraints de rechercher, dans les lois de tous les États constituant la communauté internationale, les principes généraux permettant d'établir l'existence de la *lex mercatoria* »[1579]. D'autres auteurs argumentèrent plutôt que les règles de droit applicables aux contrats sont composées non seulement des Principes d'Unidroit, mais, plus généralement, de tout ce qui relève de la notion étendue de la *lex mercatoria*[1580], ou encore « des règles matérielles uniformes »[1581].

Mais une interprétation plus restrictive fut avancée à partir d'une lecture systématique des dispositions de la Convention de Mexico[1582], à laquelle nous souscrivons. En effet, comme

---

[1577] V. J. Samtleben, « Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, CEDEP, 2010, p. 413–426, p. 418. L'auteur mentionne que lors de la CIDIP-V, le délégué du Pérou, Aníbal Sierralta Ríos, a été le seul à rester en désaccord avec la solution de compromis trouvée à l'article 9, insistant sur le fait que ce ne sont pas les organismes internationaux qui établissent les principes généraux du droit commercial international, mais que ceux-ci découlent de l'usage et de la pratique des opérateurs commerciaux et de nombreuses entités qui, sans être des organismes internationaux, adoptent cette pratique et la transforment en documents acceptés par le commerce international (p. ex., les règles de la CCI de Paris).

[1578] En ce sens, *v.* L. Pereznieto Castro, « Introducción a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », *op. cit.*, p. 148 ; et J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts », *op. cit.*, p. 519.

[1579] J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts », *op. cit.*, p. 519 (traduction libre de l'anglais).

[1580] V. F.K. Juenger, « Contract Choice of Law in the Americas », *op. cit.*, p. 204.

[1581] E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.*, p. 179. Toutefois, l'auteur montre une certaine hésitation à la p. 181 quant à la détermination des principes généraux de l'article 9, affirmant que « En tout état de cause, compte tenu de l'état actuel des choses, l'application des principes et de la nouvelle *lex mercatoria* exige de procéder avec prudence, en les adaptant aux besoins du commerce international et aux exigences de justice dans le cas concret. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1582] V. J. Samtleben, « Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *in* D.P. Fernández Arroyo (dir.), *op. cit.*, p. 24 et s.

le souligna le professeur Jürgen Samtleben, la référence aux « principes généraux du droit commercial international acceptés par les organisations internationales », figurant à l'article 9 de la Convention, doit être comprise de manière plus circonscrite que celle prévue à l'article 10 — lequel sera analysé ultérieurement. Cette mention renverrait ainsi aux règles d'un « système juridique élaboré et cohérent » pouvant être considéré comme la loi applicable au contrat, à l'instar de l'exemple singulier que constituent les Principes d'Unidroit et de certains traités internationaux appliqués en dehors de leur champ d'application matériel, tels que la CVIM[1583].

En résumé, malgré la réelle ambiguïté que présente le texte de la Convention, cette interprétation nous semble convaincante, car elle représente un juste équilibre entre les opinions divergentes lors de son adoption. Ainsi, le juge pourra décider d'appliquer les Principes d'Unidroit lorsque le contrat présente des liens étroits avec plusieurs lois et qu'il est impossible de déterminer laquelle doit prévaloir. L'application d'un système « neutre » et reconnu par les organisations internationales constituerait alors une solution équilibrée, conciliant d'une part la protection des intérêts des parties et, d'autre part, la sécurité juridique. Cela doit, cependant, rester exceptionnel, et s'appliquer seulement lorsque la recherche de la loi ayant les liens les plus étroits s'avère impossible.

257. Article 10 : possible « adaptation » de la loi par la *lex mercatoria* ? Cette analyse de l'article 9 ramène à la question de la véritable portée de l'article 10 qui le suit. Pour mémoire, l'article 10 de la Convention de Mexico établit qu'« outre les dispositions des articles précédents », seront appliqués, « le cas échéant », « les normes, les coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciales *(sic)* généralement reconnues en vue d'assurer le respect des exigences imposées par la justice et l'équité dans le règlement d'un cas concret »[1584].

Une *première interprétation*, qualifiée d'« harmonisatrice » par le professeur Samtleben, consiste à voir dans les deux articles une relation de « complémentarité »[1585]. De ce fait, l'on peut comprendre que les expressions « outre » et « le cas échéant » de l'article 10

[1583] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1584] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[1585] Le professeur Samtleben soulève des critiques par rapport à la réelle pertinence d'une telle interprétation. Selon lui : « Il ressort clairement de ce texte [*art. 10*] que l'article n'a pas pour but de remplacer, mais de compléter les articles précédents concernant la détermination de la loi applicable. Le texte normatif laisse entendre qu'aux côtés de la loi applicable, il convient de considérer également les éléments de la *lex mercatoria* "le cas échéant". (Ce point n'apparaît pas dans la version anglaise de la Convention, peut-être de manière évidente.). Si l'on relie cette norme à la dernière phrase de l'article 9, alinéa II, de la Convention, il est précisé que cette phrase ne vise pas la détermination d'un droit national applicable, mais bien les règles substantielles de la *lex mercatoria*. Mais, en même temps, elle perd sa fonction autonome, car, dans ce cas, elle ne sert qu'à "renforcer" la disposition suivante, qui considère l'application de ces règles dans le cadre du droit applicable. De plus, il est difficile de comprendre pourquoi il faut deux dispositions différentes pour dire la même chose, ce qui revient en fait à une "duplication" de textes ». Cf. J. Samtleben, « Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *op. cit.*, p. 24 (traduction libre de l'espagnol).

expriment l'intention de *compléter* les normes précédentes, qui traitent du choix du droit applicable (arts. 7 et 8) et du droit désigné en l'absence de choix (art. 9). Par conséquent, une interprétation conjointe et « harmonisatrice » des articles 9 et 10 serait que ce dernier autorise l'utilisation des règles de droit comme source *supplémentaire*, tant pour l'interprétation que pour la complémentation des lacunes du droit applicable, qu'il soit désigné par la règle des liens les plus étroits, ou par les parties. Cet avis a été partagé par le professeur uruguayen Ruben Santos Belandro[1586], le professeur argentin Antonio Boggiano[1587], et bien d'autres auteurs latino-américains[1588]. Ainsi, selon le professeur Boggiano, qui rappelle sa théorie de l'autonomie matérielle de droit international privé, l'article 9 de la Convention de Mexico autoriserait le juge à tenir compte de la *lex mercatoria* qui « se trouve toujours encadrée par un droit étatique applicable »[1589].

Une *deuxième interprétation*, qualifiée de « systématique » et soutenue par le professeur Samtleben, attribue à chaque article (9 et 10) un champ d'application distinct. Ainsi, l'article 10 vise les normes, les coutumes et les principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciaux de reconnaissance générale, c'est-à-dire la *lex mercatoria* entendue comme « l'ensemble des normes créées par les opérateurs du commerce international », qui viendrait seulement « compléter la volonté des parties contractantes dans les limites de la loi applicable »[1590]. L'article 9, quant à lui, qui se rapporte à « un système juridique élaboré et complet », comme les Principes d'Unidroit, pourrait être érigé en « droit applicable » au contrat[1591].

[1586] Selon le professeur Belandro : « La rédaction de l'article 10 n'en demeure pas moins énigmatique […] Cela semble lui attribuer exclusivement une fonction d'adaptation des solutions apportées par les droits nationaux. Il semble que, pour les États-Unis, la référence à ces principes visait à établir un critère d'interprétation du contenu contractuel, d'où l'idée que l'article 10 aurait dû être inclut dans le Chapitre V, destiné au domaine du droit applicable et où l'article 14 consacre comme première compétence la loi du contrat, celle de son interprétation. Le transfert effectué au Chapitre II, consacré à la Détermination du droit applicable, en fait un article répétitif par rapport à la disposition précédente et quelque peu hors contexte, car son sens original était l'interprétation du contenu du contrat et non la détermination formelle ou indicative du droit qui le régirait ». R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 94 (traduction libre de l'espagnol).

[1587] A. Boggiano, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT », *op. cit.*, p. 220 et s.

[1588] Tel est l'avis de Mme Vieira da Costa Cerqueira, qu'estime que « l'objectif fondamental de l'article 10 de la Convention du Mexico de 1994 est d'appliquer le droit non-étatique comme réglementation complémentaire à la *lex contractus* ». Cf. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.,* p. 330. En ce sens, v. aussi, J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts », *op. cit.*, p. 523 ; et Z. Marín, *op. cit.*, p. 137-138.

[1589] A. Boggiano, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT », *op. cit.*, p. 220. Selon lui : « il s'agit là d'une autonomie que nous avons qualifiée de matérielle, propre aux contrats internationaux. À l'occasion, les tribunaux pourront appliquer les règles matérielles du commerce international en éludant ou en évitant la question du choix de la loi applicable ». Pour la doctrine de Boggiano sur l'autonomie matérielle de droit international privé, v. *supra* n° 116.

[1590] J. Samtleben, « Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *op. cit.*, p. 25-26 (traduction libre de l'espagnol).

[1591] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

Toutefois, le fait que l'article 10 se réfère à un objectif spécifique pour l'application de ses normes, à savoir qu'elles doivent être appliquées « en vue d'assurer le respect des exigences imposées par la justice et l'équité dans le règlement d'un cas concret », en complique davantage l'interprétation. Quel est l'impact de cette référence ? La difficulté d'interprétation de la norme fut, par ailleurs, reconnue par le professeur Boggiano qui affirma qu'il « n'est guère aisé de prévoir comment s'appliqueront les normes, coutumes et principes "en vue d'assurer le respect des conditions imposées par la justice et l'équité" », et qu'il faudra donc attendre les applications jurisprudentielles — nous sommes, depuis 1994, dans cette attente[1592]. À notre avis, cela représente une condition : le tribunal peut recourir à la *lex mercatoria* pour clarifier et compléter la législation régissant le contrat, à condition qu'il s'agisse d'une solution équitable et juste. L'objectif de la norme serait ainsi de garantir que l'application de la *lex mercatoria* ne produise pas des résultats injustes ou inéquitables[1593]. Il s'agit là d'une conclusion logique, découlant des exigences de la justice matérielle : rien ne saurait s'opposer à ce qu'un usage ou un principe ne soit appliqué si ce n'est dans la mesure où il est juste et équitable.

Cependant, selon une approche plus libérale, une partie de la doctrine attribue à l'article 10 une fonction d'« adaptation » de la loi compétente, lui conférant, ainsi, un rôle de garant d'une justice matérielle dans les cas d'application du droit. Ainsi, selon cette *troisième interprétation*, qui est notamment soutenue par le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, l'article 10 autorise la « formule correctrice d'équité » (à l'instar de l'article 9 de la Convention interaméricaine sur les normes générales de 1979)[1594]. Cette disposition permettrait donc au juge d'appliquer des règles de droit dans une espèce donnée pour pallier les conséquences injustes ou déraisonnables susceptibles de résulter de l'application de la loi étatique applicable[1595]. Dans le même sens, le professeur Eugenio Hernández-Bretón affirma qu'en matière de contrats internationaux, « l'insatisfaction vis-à-vis de leur réglementation matérielle par des normes d'origine strictement nationale est évidente, que le droit compétent soit le résultat de l'exercice de l'autonomie conflictuelle ou de tout autre mode de détermination du droit national régissant la matière contractuelle », et de ce fait, « il s'ouvre la possibilité qu'en abandonnant la solution purement conflictuelle, des règles matérielles s'appliquent de manière directe »[1596].

À notre avis, une combinaison de ces interprétations apparaît plus pertinente — et tout à fait possible. Pour une question de logique, l'article 10 doit être compris comme permettant

---

[1592] A. Boggiano, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT », *op. cit.*, p. 222-223.

[1593] En ce sens, v. Z. Marín, *op. cit.*, p. 140.

[1594] V. *supra* n° 252.

[1595] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *in* Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario (dir.), *Temas actuales del derecho bancario y societario*, Asunción, Intercontinental Ed, 1re éd., 2015, p. 179 et s., spéc. p. 180.

[1596] E. Hernández-Bretón, « ¡¡¡Un monstruo !!! ¿Derecho (…) quéeeee…? », *in* D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 145 (traduction libre de l'espagnol).

au juge d'utiliser la *lex mercatoria* pour interpréter et compléter la loi étatique applicable, et ce bien qu'elle soit désignée par les parties ou par le rattachement subsidiaire prévu par la Convention (qu'il s'agisse de la loi étatique ayant les liens les plus étroits, ou à défaut, des principes généraux reconnus par les organisations internationales). Cette technique est déjà largement connue des États latino-américains, même pour des affaires purement internes[1597], et est également prévue par les Principes d'Unidroit (art. 1.6) et par la CVIM (art. 7.2).

De plus, nous sommes d'accord avec le professeur Samtleben sur le fait que l'article 10 doit permettre aux parties d'incorporer dans leurs contrats la *lex mercatoria*, qui reste cependant circonscrite au droit applicable au contrat, ne pouvant pas contrarier les dispositions simplement impératives de celui-ci (et donc ne correspondant pas à un véritable « choix de loi »). Cette technique est également bien connue et acceptée par le droit international privé (v. considérant 13 du Règlement Rome I), y compris par les États latino-américains[1598].

La troisième interprétation, cependant, nous paraît plus osée et mérite un regard prudent. Bien que l'article 10 fasse appel au respect de l'équité et de la justice, l'interpréter comme autorisant une véritable « correction » ou « adaptation » du droit applicable sans une limitation précise pourrait conférer aux juges une grande marge pour écarter les solutions du droit compétent s'ils considèrent que celui-ci conduit à une situation injuste ou non équitable pour une partie. Bien qu'il puisse améliorer l'équité et l'adaptation des normes au cas particulier, un tel mécanisme peut néanmoins entraîner une grande marge d'incertitude pour les parties. Nous pensons, ainsi, qu'une telle interprétation doit rester exceptionnelle, et rester toujours encadrée par les dispositions impératives applicables conformément à la Convention (art. 11, qui dispose que « nonobstant les articles précédents, les dispositions de la loi du for s'appliquent nécessairement lorsqu'elles ont un caractère impératif »). En outre, lorsqu'elle est utilisée, le tribunal doit la motiver non pas en fonction de ses propres concepts de justice et d'équité, mais en tenant compte du caractère international de la Convention et de la nécessité d'assurer son uniformité d'application, comme l'exige l'article 4.

258. Interprétation jurisprudentielle. On compte très peu de précédents juridiques au Mexique et au Venezuela concernant le rôle du droit non étatique[1599]. Parmi le nombre limité de décisions disponibles, la jurisprudence de ces deux États — seuls États parties à la Convention — témoigne d'une certaine réceptivité à la *lex mercatoria*. Toutefois, cette aptitude ne permet pas d'en conclure que les règles qu'elle consacre peuvent être

[1597] V. *infra* n° 492 et s.

[1598] V. *infra* n° 612 et s.

[1599] Cf. recherche effectuée sur les sites du Pouvoir judiciaire du Mexique, en ligne https://bj.scjn.gob.mx/; https://jurislex.scjn.gob.mx/#/; et sur le site officiel du Tribunal suprême de justice du Venezuela, en ligne http://www.tsj.gov.ve/, avec les mots-clés « *lex mercatoria* », « Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », « Convención de México », « Unidroit ». Recherche également effectuée sur Unilex, en ligne https://www.unilex.info/, pour les deux pays (consulté le 14 août 2025).

appliquées comme « droit applicable ». Elle confirme plutôt leur utilisation à titre complémentaire ou interprétatif de la législation pertinente, ainsi que leur possible mobilisation dans la détermination de la loi étatique présentant les liens les plus étroits avec le contrat[1600].

259. Au *Mexique*, des « thèses isolées » (*tesis aislada*)[1601] émanant des tribunaux *colegiados de circuito* se montrent réceptives à l'application du droit non étatique pour interpréter la volonté des parties dans des contrats de vente internationale de marchandises. Deux « thèses isolées », en particulier, soulignent l'importance de la *lex mercatoria* pour le commerce international, notamment les règles élaborées par la CCI.

Une « thèse isolée » de 2007 souligne l'importance des Incoterms dans les opérations d'importation. Cette thèse affirme leur reconnaissance tant au niveau international, en tant qu'usages « généralement acceptés dans le commerce international » (conformément à l'article 9, paragraphe 2 de la CVIM), qu'au niveau national, en tant que « règles générales du commerce extérieur », qui sont « utiles » pour identifier plus facilement les conditions des contrats[1602]. Selon une autre « thèse isolée », datée de 2010, « les termes et usages du commerce international servent à interpréter l'intention des parties à un contrat de vente international »[1603]. La thèse fait application de la CVIM et reconnaît l'application complémentaire des usages et des termes commerciaux internationaux développés par la CCI, même en l'absence d'une manifestation de volonté expresse des parties, « car elles ont eu connaissance ou parce qu'elles devraient en avoir eu connaissance »[1604].

[1600] Cf. recherche effectuée sur les sites du Pouvoir judiciaire du Mexique, en ligne https://bj.scjn.gob.mx/; https://jurislex.scjn.gob.mx/#/; et sur le site officiel du Tribunal suprême de justice du Venezuela, en ligne http://www.tsj.gov.ve/, avec les mots-clés « *lex mercatoria* », « Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », « Convención de México », « Unidroit ». Recherche également effectuée sur Unilex, en ligne https://www.unilex.info/, pour les deux pays (consulté le 14 août 2025).

[1601] En droit mexicain, des « thèses isolées » (« tesis aisladas ») sont des critères d'interprétation qui, bien qu'ils ne soient pas devenus contraignants et ne sont pas considérées comme de la jurisprudence, guident le travail des juges.

[1602] Selon cette « thèse », « […] considérés comme des usages généralement acceptés dans le commerce international, les Incoterms ont été officiellement reconnus sous une forme plus ou moins mondialisée, pour la première fois, dans l'article 9, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, adoptée à Vienne, en Autriche, en 1980 ; un traité qui a été ratifié par le Mexique. En outre, au niveau national, son utilisation est réglementée par les "règles générales du commerce extérieur" et, en particulier, par les "instructions pour remplir les factures d'importation", qui en découlent. En ce sens, la pertinence de ces termes est justifiée dans les opérations douanières d'importation, car, étant des termes communs ou normalisés pour la plupart des pays, ils sont utiles pour identifier plus facilement les conditions dans lesquelles une marchandise a été achetée ou vendue, et en particulier, quelles étaient les dépenses liées à sa livraison, son assurance, son fret, son emballage ou son transport, et qui en était responsable, afin de déterminer la valeur en douane de la marchandise ». Mexique, Tesis aislada IV.2o.A.217 A, registre digital n° 169685, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, 2007 (traduction libre de l'espagnol).

[1603] Mexique, « Tesis aislada » I.3o.C.810 C, registre digital n° 164196, « Tribunales Colegiados de Circuito », « Novena Época », 2010, en ligne https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/R_ZqMHYBN_4klb4HeSwP (consulté le 25 septembre 2023).

[1604] Selon cette « thèse » : « La pratique du commerce international utilise certains termes commerciaux, développés, maintenus et promus par la Commission du droit et des pratiques du commerce de la CCI, qui constituent des standards qui facilitent le commerce international dans la mesure où ils permettent aux agents de différents pays

260. Au *Venezuela*, conformément aux dispositions similaires du droit national et en se référant aux normes de la Convention de Mexico, trois arrêts du Tribunal suprême de justice ont pris en compte la *lex mercatoria*, notamment les dispositions des Principes d'Unidroit, sans que son rôle soit cependant clairement défini[1605].

Déjà en 1997, la Cour suprême de justice s'est appuyée sur les Principes d'Unidroit pour interpréter le droit interne, afin d'établir une définition large de l'internationalité d'un contrat, qui était insuffisamment définie en droit vénézuélien[1606]. En 2014, un deuxième arrêt de la Cour suprême, l'affaire *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal, C.A.* du 2 décembre, démontra une ouverture à l'application des règles de droit en l'absence de choix[1607]. Dans cet arrêt, la Cour suprême releva que le juge d'appel avait adopté une interprétation « excessivement étatiste », en appliquant le droit vénézuélien au contrat bancaire au seul motif que les faits litigieux s'étaient produits sur ce territoire. Une telle démarche se trouvait, selon la Cour suprême, en contradiction avec l'article 29 de la

---

de se concerter et de rendre les contrats internationaux pratiques et efficaces. Le respect de ces termes issus des usages commerciaux découle de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, publiée au Journal officiel de la Fédération le dix-sept mars mil neuf cent quatre-vingt-huit, qui a notamment pour objet l'adoption de règles uniformes applicables aux contrats de vente internationale de marchandises, qui tiennent compte des différents systèmes sociaux, économiques et juridiques, afin de contribuer à l'élimination des obstacles juridiques au commerce international et de promouvoir le développement du commerce international. Une lecture harmonieuse et systématique des articles 4, 8, 9, 25, 26, 27 et 28 de la convention fait apparaître son champ d'application en ce qu'il régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur découlant de ce contrat. […] Elle prévoit également que les parties sont liées par tout usage auquel elles ont consenti et par toute pratique qu'elles ont établie entre elles et que, sauf convention contraire, les parties sont réputées avoir implicitement rendu applicable au contrat ou à sa formation un usage dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties dans les contrats du même type conclus dans la branche commerciale considérée. […] Par conséquent, la Convention de mérite reconnaît les pratiques commerciales internationales et doit être comprise comme incluant les usages, termes ou concepts développés, maintenus et promus par la Commission du droit et de la pratique commerciale de la CCI et qui constituent des standards facilitant le développement du commerce international. Ainsi, les règles de la convention précitée sur les modalités d'exécution de l'obligation de livraison de la marchandise doivent être respectées et, le cas échéant, tout litige qui pourrait survenir pourra se fonder sur ces conditions commerciales internationales et leur utilisation par les parties parce qu'elles en ont eu connaissance ou parce qu'elles devraient en avoir eu connaissance ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1605] V. Venezuela, TSJ, Sala de Casación Civil, *Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona C.A y outro*, Recurso de Casación, Expediente 22-071, n° 000090, 17 mars 2023 ; et TSJ, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal CA*, 2 décembre 2014.

[1606] L'affaire concernait un contrat entre deux entreprises vénézuéliennes stipulant que tout litige devrait être soumis à l'arbitrage à New York selon les règles d'arbitrage de la CCI. Lorsqu'une des parties a invoqué la clause d'arbitrage, l'autre a contesté sa validité, affirmant que la compétence restait aux tribunaux vénézuéliens. Confirmant la décision du Tribunal de Caracas, la Cour suprême du Venezuela a rejeté cet argument, validant la clause d'arbitrage. Sa décision se fondait sur la Convention de New York de 1958 et la Convention interaméricaine de 1975 sur l'arbitrage commercial, toutes deux ratifiées par le Venezuela, qui affirment le caractère contraignant d'un accord d'arbitrage. Bien que les deux parties soient vénézuéliennes, la Cour a considéré l'application des Conventions justifiée, car l'une des sociétés était une filiale d'une entreprise américaine. Cette interprétation large du concept de contrat international était soutenue par le Préambule, commentaire 1re des Principes d'Unidroit, selon lequel : « Il faut toutefois donner au concept de contrats "internationaux" l'interprétation la plus large possible, afin de n'exclure en définitive que les situations dans lesquelles il n'existe aucun élément international ». Venezuela, TSJ, *Bottling Companies c. Pepsi Cola Panamericana*, 9 octobre 1997.

[1607] Venezuela, TSJ, Recurso de Casación, Expediente 14-257, n° RC.000738, Sala de Casación Civil, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, C.A. Banco Universa*, 2 décembre 2014.

Loi de droit international privé, lequel consacre la primauté de l'autonomie des parties, et, à défaut de choix, le recours au critère des liens les plus étroits[1608].

La Cour suprême rappela ensuite que cette même loi impose, aux articles 30 et 31, de « ne pas se limiter aux éléments objectifs et subjectifs du contrat », mais également de « tenir compte des usages, coutumes et principes du droit commercial international admis par les organisations internationales ». C'est précisément sur ce fondement que la juridiction suprême ouvrit la voie au recours à la *lex mercatoria*. Cela se justifie, d'après la Cour, tout particulièrement dans le secteur bancaire, où les règles issues de la pratique — telles que les Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires — dépassent le simple registre des usages pour constituer « un véritable corpus normatif ». En fait, la Cour souligna que cet ensemble de règles, qui « selon la volonté des parties, peuvent être ou non incorporées au contrat », et qui « se sont transformées en quelque chose de plus qu'une simple compilation de pratiques », représente « un aspect essentiel de l'activité bancaire internationale ». En conséquence, sanctionnant l'omission du juge d'appel de ne pas avoir appliqué la *lex mercatoria* et les normes qui en découlent dans le domaine bancaire, la Cour suprême fit droit aux prétentions des requérants et prononça la cassation de l'arrêt[1609].

[1608] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1609] Selon l'arrêt : « Il convient de souligner que le juge d'appel, ainsi qu'il a déjà été indiqué, a attribué l'application du "droit vénézuélien" au "lieu de survenance des faits litigieux", alors que, bien au contraire, compte tenu de ce que l'action concerne en l'espèce un recouvrement documentaire, comme l'expose la partie demanderesse dans son mémoire introductif, ladite convention devait être régie, en application de l'article 29 de la Loi de droit international privé et pour les raisons déjà amplement développées, par "le droit désigné par les parties". À défaut d'un tel choix, elle devait être soumise au "droit avec lequel elle présente les liens les plus étroits", le tribunal devant alors prendre en considération les éléments objectifs et subjectifs qui se dégagent du contrat, ainsi que les principes généraux du droit commercial international acceptés par des organismes internationaux. Comme le prévoit l'article 31 de ladite loi, "il y a lieu d'appliquer, le cas échéant, les normes, les coutumes et les principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciaux généralement reconnus". L'élément précédemment mentionné correspond à ce que la doctrine relative au droit international privé a consacré sous l'appellation de *lex mercatoria*. Il s'agit de normes de caractère privé, dépourvues de force contraignante, dont l'exécution n'est pas imposée, mais qui jouissent d'une effective vigueur dans la pratique. Elles sont acceptées et respectées volontairement par les acteurs du commerce international, et ont été systématisées par des organisations internationales exerçant des activités dans le domaine commercial. Il s'agit d'une réglementation dont l'application a précisément fait défaut dans la décision attaquée, comme cela a été dénoncé devant la Chambre. Dans les commentaires relatifs à la Loi de droit international privé précitée, et s'agissant des "aspects les plus fondamentaux du contenu actuellement attribué" à la *lex mercatoria*, plus particulièrement en ce qui concerne "les usages et coutumes du droit international", on trouve le passage que, compte tenu de ce que le litige en l'espèce relève du secteur bancaire, la Chambre estime nécessaire de citer : "Dans l'activité bancaire internationale, plus que dans toute autre, se manifeste l'existence de règles uniformes de nature privée et internationale. Nous faisons référence en particulier aux dénommées Règles et Usances Uniformes (RUU) de la CCI, lesquelles s'appliquent par voie d'incorporation contractuelle aux transactions bancaires internationales, c'est-à-dire qu'elles deviennent partie intégrante du contrat par une simple référence insérée dans celui-ci (incorporation par référence). Comme l'exprime Fernández Rozas, malgré leur appellation, les RUU constituent davantage qu'une simple compilation de pratiques, puisqu'ayant été édictées unilatéralement par une organisation privée, elles traduisent une véritable prétention de création normative (Fernández Rozas 2003 : 115). Parmi les RUU les plus importantes, il convient de citer les Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires (UCP 500), les Règles uniformes relatives aux garanties contractuelles (URCG 325), etc." Il ressort de la citation un aspect essentiel de l'activité bancaire internationale, pour la régulation de laquelle a été élaboré et accepté un ensemble de règles qui, selon la volonté des parties, peuvent être ou non incorporées au contrat, et qui, comme le souligne le texte transcrit, se sont transformées en quelque chose de plus qu'une simple compilation de pratiques. En conséquence, et en donnant raison aux requérants en ce qu'ils

Un arrêt du 17 mars 2023 (*Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona C.A. et Ronny Manuel Quevedo*) rendu également par la Chambre civile de la Cour suprême de justice du Venezuela confirme cette ouverture à la *lex mercatoria*, bien qu'il ait finalement appliqué le droit matériel vénézuélien au fond du litige. La controverse portait sur la loi applicable à une lettre de change émise à Curaçao par des parties domiciliées au Venezuela[1610]. En l'absence de choix exprès des parties, la Cour suprême entama son analyse en identifiant, conformément à l'article 30 de la loi de droit international privé (de rédaction similaire à l'article 9 de la Convention de Mexico), les éléments objectifs et subjectifs de la relation pour déterminer le droit auquel la lettre de change est le plus étroitement liée. Se fondant sur la dernière partie de cet article, qui prévoit que le juge prendra également en compte les principes généraux du droit commercial international acceptés par les organismes internationaux, la Cour engagea l'examen de ces principes. Ceux-ci furent considérés dans leur fonction dite conflictuelle, c'est-à-dire comme un moyen de déterminer la loi applicable et non comme un fondement de la décision au fond. La Cour évoqua en particulier des principes figurant dans des traités internationaux non applicables dans cette affaire, notamment la Convention de Rome de 1980 et la Convention de Mexico, dont l'article 9 se reflète dans l'article 30 de la Loi de droit international privé vénézuélienne (LDIP).

Après avoir réaffirmé l'application du droit pour lequel la lettre de change présente les liens les plus étroits, la Cour cita l'article 31 de la LDIP (équivalant à l'article 10 de la Convention de Mexico), qui dispose que, face à une controverse sur la loi applicable à un contrat ou une obligation internationale, à défaut de choix des parties ou lorsque ce choix est inefficace, « le juge doit appliquer, "le cas échéant", c'est-à-dire selon les circonstances du cas, la *lex mercatoria*, qui inclut les usages, coutumes et pratiques commerciales d'acceptation générale internationale »[1611].

Sur cette base, la Cour examina les Principes d'Unidroit, qu'elle appliqua en recourant au mécanisme dit d'« élection négative », admis par le Préambule des Principes et repris par l'arrêt. Elle souligna que ces Principes sont applicables « lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable au contrat ». Ainsi, en application de l'article 6.1.6, a, des Principes, la Cour conclut que, faute d'indication des parties, en matière d'obligation de paiement, le lieu d'exécution est « l'établissement du créancier ». La Cour se réfère donc aux Principes afin de déterminer le lieu de l'établissement du créancier et de décider, en conséquence, de la loi étatique applicable, celle présentant les liens les plus étroits avec le contrat. En définitive, la Cour suprême appliqua le droit matériel vénézuélien. Elle justifia sa position en soulignant qu'eu égard aux éléments objectifs et subjectifs, « ainsi que des

soutiennent que le juge supérieur a refusé d'appliquer les articles 30 et 31 de la Loi de droit international privé, relatifs à la *lex mercatoria* et aux normes qu'elle contient dans le domaine bancaire, il convient de déclarer fondée l'exception soulevée pour défaut d'application. Ainsi en est-il décidé. » Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1610] Venezuela, TSJ, Sala de Casación Civil, *Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona C.A y outro*, Recurso de Casación, Expediente 22-071, n° 000090, 17 mars 2023.

[1611] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

principes généraux du droit commercial international reconnus par les organismes internationaux, associés aux usages et pratiques du commerce international, connus comme la *lex mercatoria*, conformément aux articles 30 et 31 de la Loi de droit international privé, on conclut que le droit applicable pour trancher le fond du litige est le droit vénézuélien, dès lors que les parties sont vénézuéliennes, domiciliées au Venezuela, et que l'instrument, bien que signé à Curaçao, est destiné à être mis en œuvre sur le territoire vénézuélien »[1612].

En somme, bien que la position jurisprudentielle des États parties à la Convention comporte des considérations intéressantes sur la *lex mercatoria* et son importance pour le commerce international, et qu'elle témoigne d'une certaine réceptivité à l'égard de ces règles de droit, elle ne précise pas si les parties peuvent désigner ces règles comme droit applicable, ni si le juge peut, de sa propre initiative, les appliquer en tant que telles.

*
* *

261. En définitive, l'analyse des interprétations doctrinales et de la jurisprudence des États parties à la Convention de Mexico, mise en perspective avec une lecture systématique et téléologique de ses articles 9 et 10, permet de conclure que :

(i) Les parties pourraient incorporer des règles de droit non étatiques à leurs contrats sans que celui-ci soit considéré comme ayant les effets d'un « choix de loi » (*kollisionsrechtliche Verweisung*) ;
(ii) En l'absence de choix fait par les parties, le juge devrait tenir compte des « principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales » comme un outil additionnel dans la recherche de la loi étatique ayant les liens les plus étroits ;
(iii) En l'absence de choix, le tribunal devrait pouvoir appliquer comme « loi applicable » les « principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales » (art. 9, alinéa 2), tels que les Principes d'Unidroit. Cette application devrait se faire de manière subsidiaire lorsque le contrat présente des liens étroits avec plusieurs lois et qu'il est impossible de déterminer laquelle doit prévaloir ;
(iv) Le juge devrait appliquer la *lex mercatoria* (telle que définie à l'article 10, « normes, coutumes, principes du droit commercial international, usages et pratiques commerciaux généralement reconnus ») pour interpréter et compléter le droit applicable, qu'il ait été choisi par les parties ou déterminé selon le critère des liens les plus étroits ;
(v) Le juge devrait, exceptionnellement, dans le règlement d'un cas concret, au vu de l'article 10, utiliser la *lex mercatoria* (« normes, coutumes, principes du droit commercial international, usages et pratiques commerciaux généralement reconnus ») comme un mécanisme de « correction » pour

[1612] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

assurer le respect des exigences imposées par la justice et l'équité. Il doit le faire en tenant compte du caractère international de la Convention et de la nécessité d'assurer son uniformité, et dans les limites des dispositions impératives applicables selon la Convention.

Conclusions du Chapitre

262. Dans le présent Chapitre, nous avons examiné des questions essentielles concernant le régime de la loi applicable aux contrats internationaux, que ce soit dans les cas où les parties ont le droit et ont exercé leur autonomie de la volonté, ou lorsque la loi a été désignée selon les normes objectives préétablies. Ainsi, nous avons examiné la façon dont les lois nationales des pays latino-américains traitent les questions relatives à l'internationalité, au champ d'application de la loi applicable, au renvoi et aux limitations à l'application des lois étrangères. Nous avons aussi étudié des questions relatives à l'exception de l'ordre public, aux lois de police, à la réglementation spéciale pour la protection des parties faibles, ainsi que la place du droit non étatique. L'examen minutieux des instruments juridiques actuellement en vigueur révèle l'existence de lacunes législatives substantielles concernant ces aspects. À ces insuffisances normatives s'ajoute une carence jurisprudentielle notable, laquelle accentue l'insécurité juridique qui caractérise le régime applicable aux contrats internationaux.

S'agissant de l'*internationalité*, la Convention de Mexico se distingue en proposant une définition explicite de l'internationalité des contrats, contrairement aux Traités de Montevideo et au Code Bustamante, qui gardent le silence sur cette question pourtant fondamentale. La Convention adopte une approche juridique et définit l'internationalité de manière positive, quoique restrictive, en établissant deux critères alternatifs : d'une part, lorsque les parties ont leur résidence ou leur établissement dans des États parties différents ; d'autre part, lorsque le contrat présente des liens objectifs avec plus d'un État partie à la Convention.

Pour ce qui est du *domaine de la loi du contrat*, nous avons observé que tant le système de Montevideo que celui de la Convention de Mexico précisent et énumèrent le champ d'application de la loi de manière très large, en faisant référence expresse à « toutes les questions relatives aux contrats » pour les Traités de Montevideo, et à des éléments tels que l'interprétation, le droit et obligations des parties, l'exécution, les modes d'extinction et les conséquences de la nullité des contrats, pour la Convention de Mexico. Néanmoins, le Code Bustamante devient plus complexe en introduisant une qualification tripartite des lois, en classant les divers aspects du contrat dans des catégories distinctes. Malgré cette difficulté, en combinant les dispositions liées aux obligations et aux contrats de ce Code, il apparaît que la loi applicable régit l'interprétation, la nature, les effets et l'extinction des contrats.

En ce qui concerne le *renvoi*, nous avons remarqué que la Convention de Mexico est le seul instrument réglementant cette question en l'excluant du domaine contractuel par une

disposition générale. Toutefois, en adoptant une interprétation téléologique, nous avons conclu que la Convention de Mexico ne s'oppose pas à ce que les parties fassent appel à ce mécanisme dès qu'elles le font de manière explicite et précise.

Enfin, nous pouvons conclure que le traitement des éventuelles « *perturbations* » à l'application de la loi étrangère n'est pas non plus harmonisé. Par exemple, le Traité de Montevideo de 1889 et celui de 1940 établissent des limitations concernant l'application des lois étrangères, en soulignant que celles-ci ne doivent pas aller à l'encontre des institutions politiques, des lois d'ordre public, ou des bonnes mœurs du lieu du siège. Le Code Bustamante distingue les « normes impératives » en deux catégories : les lois personnelles ou d'ordre public interne, s'appliquant aux individus en raison de leur nationalité ou domicile, et les lois territoriales ou d'ordre public international, s'appliquant à tous ceux résidant sur le territoire. Contrairement aux Traités de Montevideo, qui évoquent l'ordre public comme un motif de limitation de l'application du droit étranger, le Code Bustamante érige l'ordre public — tant interne qu'international — en véritable catégorie de rattachement. Il dresse une liste exhaustive des matières relevant de chacune de ces catégories, ce qui, dans la pratique, complique considérablement l'application de ces limitations et peut générer une insécurité juridique lors de la détermination de la loi applicable. À l'inverse, la Convention de Mexico adopte une approche contemporaine et plus restrictive. Elle prévoit deux techniques distinctes : d'une part, la mise en œuvre unilatérale des lois de police — qu'elles soient du for ou étrangères — et, d'autre part, l'utilisation de l'ordre public proprement dit comme clause d'exception. Ces méthodes reflètent une volonté de mieux encadrer les hypothèses de mise à l'écart du droit étranger et de limiter le recours arbitraire à l'ordre public, en s'alignant sur les conceptions les plus modernes du droit international privé comparé.

De plus, il n'existe à ce jour aucune norme spécifique encadrant la loi applicable aux contrats conclus avec des *parties faibles* en Amérique latine, bien que l'on observe le développement de mouvements doctrinaux et jurisprudentiels, ainsi que des tentatives d'harmonisation au sein du Mercosur et de l'OEA, visant à une meilleure protection de ces parties vulnérables. Au Brésil, la jurisprudence met en évidence une tendance à appliquer les lois nationales jugées plus favorables aux travailleurs, souvent justifiée par des principes de droits humains et le recours à la norme la plus favorable au salarié. En ce qui concerne les contrats de consommation, la jurisprudence demeure hésitante : un arrêt récent se distancie de l'approche des tribunaux supérieurs appliquant le droit international de source interne et montre une application rigoureuse du rattachement objectif prévu par le Code Bustamante, sans distinguer entre consommateur passif et actif, ce qui témoigne de l'absence d'une méthode univoque ou systématique pour protéger ces parties.

Enfin, en ce qui concerne le rôle du *droit non étatique* dans les sources conventionnelles en Amérique latine, la Convention de Mexico constitue le seul instrument régional à réglementer explicitement l'application de ces règles de droit. Toutefois, d'importantes lacunes subsistent, liées à l'ambiguïté de ses dispositions. Une interprétation systématique et téléologique conduit à envisager que la Convention autorise les parties à incorporer ou

à faire référence à ce type de droit dans leurs contrats, sans que cela soit considéré comme un « choix de loi ».

En l'absence de choix, le juge devrait tenir compte des « principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales » pour identifier la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat. De plus, comme nous l'avons soutenu, en cas d'impossibilité de désigner une loi étatique présentant des liens étroits avec le contrat — et uniquement dans cette hypothèse — le juge pourra appliquer, en qualité de loi applicable, les principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales, tels que les Principes d'Unidroit.

En outre, le juge devrait appliquer de la *lex mercatoria* (telle que définie à l'art. 10, « normes, coutumes, principes du droit commercial international, usages et pratiques commerciaux généralement reconnus ») pour interpréter la loi étatique applicable, qu'elle ait été choisie par les parties ou déterminée selon le critère des liens les plus étroits. Il devrait, en outre, de manière exceptionnelle, appliquer ces mêmes règles comme un mécanisme de « correction » pour assurer le respect des exigences imposées par la justice et l'équité, ce mécanisme devant, cependant, être utilisé en tenant compte du caractère international de la Convention et de la nécessité d'assurer son uniformité, et dans les limites des dispositions impératives de la loi applicable selon la Convention.

Conclusions du Titre I

263. En 1949, le professeur brésilien Oscar Tenório, analysant le cadre juridique latino-américain, constatait que « les conventions internationales ne sont pas toujours appliquées convenablement » et que « tant que ne seront pas élaborées des conventions absolument claires, ce qui n'est pas le cas actuellement, le travail est préjudiciable, entraînant des complications plus importantes »[1613]. Malgré l'adoption, depuis lors, de nouveaux traités en Amérique latine, le constat demeure inchangé : les conventions en vigueur comportent encore des lacunes importantes et donnent lieu à des interprétations et applications divergentes.

Ce Titre a clairement exposé l'hétérogénéité actuelle des sources conventionnelles et la diversité des approches utilisées pour déterminer la loi applicable à un contrat international en Amérique latine, mettant en évidence les défis et les lacunes qui persistent dans l'harmonisation des normes de droit international privé dans la région. Ces insuffisances normatives, conjuguées à l'absence d'uniformité interprétative, aggravent les obstacles à l'harmonisation du droit international privé dans l'espace latino-américain. La diversité des traditions juridiques et des influences doctrinales propres à la région rend d'autant plus difficile l'application cohérente des règles de conflit de lois conventionnelles.

[1613] O. Tenório, *Direito Internacional Privado*, 2e éd., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1949, p. 82 (traduction libre du portugais).

En s'éloignant de l'objectif unificateur majeur initialement envisagé par Bolívar, aucune convention actuellement en vigueur n'engage la totalité des pays de la région. Cette situation est encore davantage compliquée par les solutions inconciliables adoptées par les différentes conventions en vigueur. Non seulement l'autonomie des parties a été source de controverse au sein des instruments régionaux et de la pratique juridique en Amérique latine, mais, de plus, les mécanismes établis pour déterminer la loi applicable en l'absence de choix explicite des parties ont été jugés insatisfaisants. Caractérisées par des conflits de visions juridiques et l'adoption de solutions médiatrices laborieuses, les conventions régionales actuellement en vigueur offrent peu de protection aux transactions commerciales contre les risques internationaux résultant des disparités entre les solutions juridiques nationales.

À l'exception de la Convention de Mexico, adoptée dans une conception contemporaine du droit international privé, qui établit des directives plus claires concernant l'autonomie de la volonté (même si des doutes persistent quant à son étendue) et offre un cadre flexible pour déterminer la loi applicable en l'absence de choix, les autres instruments en vigueur en Amérique latine ne fournissent pas de solutions claires et harmonisées. Les Traités de Montevideo et le Code Bustamante, fondés sur des notions territorialistes et néo-statutistes, posent des défis d'interprétation. Bien que dans ces systèmes, notamment pour le Code Bustamante, une acceptation de l'autonomie de la volonté soit reconnue par la doctrine et la jurisprudence, les contours précis de cette prérogative ainsi que les modalités de son exercice demeurent largement indéterminés. De plus, des divergences apparaissent également quant à l'interprétation des rattachements objectifs pour déterminer la loi applicable, en rendant l'application de ces normes difficiles et parfois peu cohérentes. Cette complexité se manifeste avec une intensité particulière dans l'interprétation et l'application du Code Bustamante, dont l'architecture repose sur une approche néo-statutiste articulant un système d'autodésignation des lois (distinguant entre celles volontaires et d'ordre public) avec une règle à caractère bilatéral dont la formulation, à la fois confuse et alambiquée, rend la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux particulièrement ardue. Cette difficulté s'accentue pour les juristes contemporains formés selon la méthode savignienne de la règle bilatérale de conflit, qui peinent à appréhender un système dont les présupposés méthodologiques diffèrent fondamentalement de ceux qui structurent aujourd'hui le droit international privé.

Du point de vue du droit conventionnel en vigueur en Amérique latine, il est manifeste que l'objectif de longue date visant à unifier les normes régissant la loi applicable aux contrats internationaux demeure largement hors d'atteinte. Malgré cette absence d'alignement au niveau conventionnel, comme nous le verrons, des progrès sont perceptibles dans les législations nationales des États latino-américains, qui, récemment, ont été réformées de façon à remédier à ce manque d'harmonisation constaté dans les conventions en vigueur.

TITRE II — LE DÉPASSEMENT DES CONVENTIONS PAR LES SOURCES ÉTATIQUES

> « Il y a près de cinquante ans, W. Goldschmidt mettait en lumière les caractéristiques du système argentin de droit international privé, soulignant ses "lacunes, contradictions, incohérences et ambiguïtés". Cette observation pertinente du savant allemand était alors tout aussi applicable aux autres pays membres du Mercosur à cette époque. Ce qui frappe le plus, c'est que cette analyse reste d'actualité à l'heure actuelle, alors que nous avons entamé un nouveau siècle (et millénaire). »[1614]

264. Il y a plus de vingt ans, le professeur Diego P. Fernández Arroyo avait déjà remarqué la lente évolution du droit international privé dans les pays du sud de l'Amérique. Il est clair que la matière connut une évolution considérable depuis les remarques du juriste allemand établi en Argentine, Goldschmidt. De nombreux pays de la région accomplirent en effet des progrès significatifs dans ce domaine, notamment en ce qui concerne les contrats internationaux. De nouvelles lois furent adoptées et la jurisprudence suivit globalement les débats doctrinaux, évoluant en parallèle des développements observés à l'échelle mondiale. Malgré ces changements, les « lacunes, contradictions, incohérences et ambiguïtés » relevées par la doctrine argentine, continuent d'affecter le régime des contrats internationaux en Amérique latine.

En dehors du cadre conventionnel, un autre moyen d'atteindre la concordance du droit international privé consiste dans l'harmonisation du droit interne de chaque État, de sorte que la même solution soit adoptée indépendamment de la juridiction saisie du litige. Cela fut le chemin adopté en Amérique latine, où, à la suite de l'échec de la Convention de Mexico, un mouvement de modernisation des législations nationales émergea. De nombreux pays réformèrent leurs législations internes pour intégrer des principes et des solutions modernes, notamment en ce qui concerne la reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté et l'adoption de critères flexibles pour la détermination de la loi applicable en l'absence de choix. Ce mouvement fut également renforcé par l'élaboration, en 2015, des Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, ainsi que par la récente publication du Guide de l'OEA sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux en Amérique, en 2019.

265. Objectifs et plan du titre. Dans ce deuxième Titre, nous examinerons en détail les mesures spécifiques proposées par les systèmes juridiques des pays d'Amérique latine pour

[1614] D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de les Estados del Mercosur, op. cit.*, p. 86 (traduction libre de l'espagnol).

montrer qu'elles vont souvent au-delà des conventions régionales en réglementant de manière approfondie et plus claire la question de la loi applicable aux contrats internationaux. Une analyse exhaustive de chacun des dix-neuf systèmes juridiques est matériellement impossible, en raison notamment des contraintes liées à l'accessibilité des sources. Par conséquent, la complexité de la tâche exige une approche plus globale pour comprendre adéquatement les divers cadres juridiques concernés. Dans cette perspective d'ensemble, et compte tenu du système dualiste régissant la détermination de la loi applicable, l'objectif consistera à dégager les fondements communs et essentiels, à identifier les divergences majeures, à expliciter les notions cardinales et concepts clés, les principes directeurs et les conceptions qui sous-tendent les règles nationales, ainsi qu'à mettre en évidence leurs orientations structurantes. Cette méthode permettra d'atteindre l'objectif final de cette thèse, c'est-à-dire de proposer un système cohérent et harmonisé pour la région.

En offrant un aperçu général du régime actuel de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans les législations nationales de la région, le présent Titre vise à présenter la situation régionale actuelle de manière objective, ainsi que les principales convergences et divergences. Cela nous conduira à observer une tendance générale en Amérique latine vers l'acceptation du principe de l'autonomie de la volonté, malgré les importantes lacunes existantes concernant les contours de ce principe (Chapitre I), ainsi qu'à constater une division significative en ce qui concerne le rattachement objectif adopté en l'absence de choix (Chapitre II). Ces incertitudes se trouvent aggravées par la complexité et l'imbrication des considérations entourant la mise en œuvre de la loi applicable aux contrats internationaux, qu'il y ait ou non un choix de loi (Chapitre III).

CHAPITRE I — ÉVOLUTION VERS L'ACCEPTATION DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

266. Comme cela a été mis en exergue dans le Titre I, le principe de l'autonomie de la volonté a constitué l'un des sujets les plus débattus lors de l'approbation des conventions régionales en Amérique latine. Ces désaccords sont liés aux visions territorialistes dominantes dans la plupart de ces pays, qui se reflètent dans les lois nationales existantes au moment des négociations régionales[1615].

[1615] V. M.J.A. Oyarzabal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 159 ; v. aussi L. Pereznieto Castro, « La tradition territoriale en droit international privé des pays de l'Amérique latine », *op. cit.* ; et R.B. Santos Belandro, *Derecho Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 59.

Il convient de noter que les premiers Codes civils des pays latino-américains n'intégraient pas de dispositions relatives à l'autonomie conflictuelle. Par exemple, le Code civil chilien de 1857 et le Code civil argentin de 1869, qui étaient parmi les premiers à inclure des règles de droit international privé, ne mentionnaient pas ce principe[1616]. Cette dynamique a évolué, dans la région, à partir des années 1990. Sous l'influence des instruments internationaux, de nombreux États latino-américains se sont engagés dans des réformes de leurs systèmes de droit international privé, afin d'inclure des principes plus modernes, permettant aux parties de choisir la loi applicable à leurs relations commerciales internationales.

Dans cette optique, l'autonomie de la volonté a fait son chemin dans les législations nationales de la région. Elle est maintenant acceptée par plusieurs d'entre elles (Section 1), mais elle n'est toujours pas mentionnée explicitement par d'autres (Section 2).

Section 1 — La progression vers une adhésion explicite au principe de l'autonomie de la volonté

267. Pour mémoire, malgré le succès, universellement reconnu, de l'autonomie de la volonté dans le monde, certains pays d'Amérique latine furent longtemps réticents à l'accepter. Pour illustrer cette réticence, prenons l'exemple de l'Uruguay, qui fut l'un des pays les plus sceptiques à ce principe. Dans ce pays, le principe de l'autonomie de la volonté, qui fut longtemps catégoriquement proscrit, n'a été formellement accepté qu'à la fin de 2020 avec la nouvelle loi uruguayenne de droit international privé. En effet, le droit international privé de plusieurs États latino-américains demeure régi par des dispositions anciennes, largement imprégnées des principes territorialistes qui ont caractérisé les premières codifications de la région[1617]. Cette persistance normative témoigne d'un attachement aux conceptions classiques de la souveraineté étatique, lesquelles continuent d'exercer une influence déterminante sur la résolution des conflits de lois dans ces systèmes juridiques.

Néanmoins, la dernière décennie fut le témoin de changements significatifs dans les législations latino-américaines de droit international privé, tout particulièrement en ce qui concerne les règles applicables aux contrats commerciaux internationaux. Comme nous le verrons par la suite, ces évolutions législatives des États latino-américains furent largement

[1616] Il est intéressant de souligner la diversité de modèles de codification du droit international privé en Amérique latine. D'un côté, plusieurs pays, tels que la Colombie, le Pérou, le Chili, Cuba, et le Mexique ont une répartition des règles de droit international privé à travers divers textes législatifs, étant présents principalement dans leurs Codes civils. D'un autre côté, des nations comme l'Argentine, le Venezuela, le Panama, la République dominicaine, et plus récemment l'Uruguay, ont délaissé les normes conflictuelles inscrites dans leurs Codes civils pour adopter une approche législative spécifique. Ils ont mis en place des lois dédiées au droit international privé, voire exclusivement à la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux, comme c'est le cas au Paraguay.

[1617] V. J. Samtleben, *Internationales Privat- und Prozessrecht in Lateinamerika: Tradition und Reform, Band 1: Rechtsordnungen, op. cit.*, p. 59 et s.

influencées par les initiatives d'harmonisation régionales, telles que la Convention de Mexico, de même que par des instruments internationaux comme les Principes de La Haye, et des instruments européens, comme la Convention de Rome, puis le Règlement Rome I. Par exemple, le Venezuela, signataire de la Convention de Mexico, adopta en 1998 une loi sur le droit international privé, en vigueur depuis le 6 février 1999, reprenant en grande partie le contenu de la Convention et prévoyant que ses principes puissent combler d'éventuelles lacunes. Par ailleurs, au Paraguay, la Loi n° 5393 de 2015 sur la loi applicable aux contrats internationaux reprend de manière presque littérale les Principes de La Haye et la Convention de Mexico, avec de légères modifications. D'autres pays lui emboîtèrent le pas, tels que l'Argentine (2014), la République dominicaine (2014), le Panama (2015) et l'Uruguay (2020).

Ce changement de paradigme entraîna un mouvement d'acceptation explicite de l'autonomie de la volonté par les législations nationales de la part de la majorité des pays latino-américains (§1), bien que des lacunes significatives persistent en ce qui concerne le régime du choix de la loi applicable dans ces pays (§2).

§1 — Acceptation expresse de l'autonomie de la volonté

268. Actuellement, plus de la moitié des États latino-américains (dix sur dix-neuf pays étudiés) incluent une disposition explicite adoptant l'autonomie de la volonté comme rattachement principal pour déterminer la loi applicable aux contrats internationaux.

L'étude de l'évolution de l'acceptation expresse de l'autonomie de la volonté en Amérique latine révèle une progression chronologique et géographique qui mérite d'être analysée selon trois mouvements distincts. L'examen des premières consécrations législatives du principe au Pérou, à Cuba, au Mexique et au Guatemala permettra de comprendre les fondements de cette reconnaissance (A). Cette analyse permettra ensuite d'examiner une phase transitoire, dont le Venezuela offre l'exemple le plus représentatif, caractérisant l'évolution vers une conception contemporaine du droit international privé (B). Enfin, l'attention se portera sur les codifications contemporaines qui, en Argentine, en République dominicaine, au Panama, au Paraguay et en Uruguay, témoignent d'une consolidation du principe dans l'ordre juridique latino-américain (C).

A. Précurseurs de l'autonomie de la volonté : Pérou, Cuba, Mexique et Guatemala

269. Certains pays, tels que le Pérou, Cuba, le Mexique et le Guatemala, ont incorporé assez tôt l'autonomie de la volonté dans leur système juridique national, bien qu'ils n'aient pas nécessairement interprété ce principe de la même manière. Curieusement, à l'exception du Mexique, tous ces pays avaient ratifié le Code Bustamante de 1928, qui, comme on l'a vu, accepte également l'autonomie de la volonté, bien que d'une forme limitée.

270. Le *Pérou* fut le premier pays à introduire une référence expresse à l'autonomie conflictuelle en matière contractuelle dans son droit interne[1618]. L'article 2095 du Code civil péruvien, entré en vigueur en 1984, dispose que « les obligations contractuelles sont régies par la loi expressément choisie par les parties »[1619]. En outre, l'article 2096, intitulé « autonomie de la volonté », précise que « la loi compétente, conformément aux dispositions de l'article 2095, détermine les normes impératives applicables et les limites de l'autonomie de la volonté des parties »[1620]. De plus, la jurisprudence récente de la Cour suprême péruvienne, en interprétant et appliquant l'article mentionné, témoigne d'une acceptation du principe de l'autonomie de la volonté dans le domaine des obligations contractuelles, tout en exigeant que cette manifestation soit expresse[1621].

271. Quelques années après, en 1987, à *Cuba*, patrie d'origine du doyen Bustamante, l'autonomie de la volonté a également été acceptée par le droit interne. Selon l'article 17 du Code civil cubain de 1987 (Loi nº 59 du 16 juillet 1987), « En l'absence d'accord exprès ou tacite des parties, les obligations contractuelles sont régies par la loi du lieu d'exécution du contrat »[1622]. La loi cubaine va ainsi plus loin que la législation péruvienne, puisqu'elle admet expressément qu'on peut déduire implicitement la loi applicable.

La Cour suprême populaire de Cuba (*Tribunal Supremo Popular*) se prononça en 2008 sur la validité d'une clause d'élection de droit applicable stipulée dans un contrat de vente internationale d'équipement de téléphonie mobile conclu entre une société cubaine et une société sud-africaine. Dans cette affaire, la plus haute juridiction cubaine jugea que, même si la clause compromissoire convenue entre les parties était inapplicable en raison d'une renonciation volontaire à la compétence des tribunaux arbitraux, cela n'affectait pas le choix de loi, lequel devait être maintenu. Par conséquent, en vertu de la loi cubaine choisie par les parties, la plus haute juridiction cubaine estima que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises devait être appliquée en tant que partie intégrante du droit cubain, conformément au principe énoncé à l'article 17 du Code civil en vigueur[1623].

[1618] Pour une analyse des origines et influences sur le Code civil péruvien, notamment du modèle français lors de sa première édition (1851), et postérieurement de Teixeira de Freitas et du Code italien, v. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 214 et s. Selon l'auteure « même si, contrairement à ce qui s'est passé au Chili, le Code civil péruvien de 1851 n'a pas réussi à imposer son propre modèle, la doctrine lui attribue le mérite de représenter la "*primera codificación iberoamericana endógena*". » (*Ibid*, p. 215. Traduction libre de l'italien).

[1619] Pérou, Décret législatif n° 295, *Code civil*, 24 juillet 1984 (traduction libre de l'espagnol).

[1620] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1621] V., p. ex., Pérou, CSJ, Sala Civil Permanente, Sentencia Casación n° 1106-2017, 26 octobre 2017. Sur le sujet de l'acceptation d'un choix de loi tacite au Pérou, v. *infra* n° 299.

[1622] Cuba, Loi n° 59, *Code civil*, 16 juillet 1987 (traduction libre de l'espagnol).

[1623] Cuba, Trib. Supremo Popular, Sala de lo económico, ETECSA (Cuba) c. Istatel Telecom (Afrique du Sud), 16 juin 2008.

De plus, l'autonomie de la volonté fut aussi reconnue dans le cadre des arbitrages dont le tribunal est établi à Cuba[1624].

272. Un an plus tard, c'était au tour du *Mexique* d'introduire le principe de l'autonomie de la volonté dans sa législation[1625]. Il fut inscrit au Code civil fédéral de 1928 lors d'une révision législative en 1988, inspirée des idées du professeur Pereznieto et des textes conventionnels, ainsi que de sources internes des États voisins[1626]. L'article 13 de ce code, dans son cinquième alinéa, reconnaît le principe d'autonomie de la volonté des parties. Conformément à cette disposition, « Sous réserve des dispositions des sections précédentes, les *effets* juridiques des actes et des contrats seront régis par la loi du lieu où ils doivent être exécutés, *à moins que les parties n'aient valablement désigné l'applicabilité d'un autre droit* »[1627]. Le Code civil mexicain a par la suite fait l'objet de réformes (dernière du 11 janvier 2021), lesquelles n'ont néanmoins apporté aucune modification à cet article. La Cour suprême de justice mexicaine eut déjà l'opportunité de se prononcer à faveur du principe de l'autonomie de la volonté au niveau international, en acceptant le choix par les parties de la loi applicable à leurs contrats internationaux[1628].
La doctrine releva plusieurs difficultés engendrées par cette norme[1629]. Une première tient au fait que, bien que l'autonomie de la volonté soit consacrée, la première partie de la

[1624] Corte cubana de arbitraje comercial internacional, Laudo n° 25/2013, *C.I. Dental X Ray S.A.S. c. Empresa Cubana Importadora y Exportadora de Medicamentos (Medicuba »)*, 23 décembre 2013 ; Corte cubana de arbitraje comercial internacional, Laudo n° 21/2014, *Empresa Italiana X. c. Empresa Mixta Y*, 12 décembre 2014, en ligne https://www.cisgspanish.com/seccion/jurisprudencia/cuba/ (consulté le 23 avril 2024).

[1625] Il convient de préciser que les États-Unis mexicains se composent de 32 États fédérés, chacun jouissant d'une autonomie juridique distincte et possédant son propre Code civil. Outre cette diversité de systèmes de droit applicables dans chaque unité territoriale, le Code civil fédéral s'ajoute, étant obligatoire sur l'ensemble du territoire et applicable de manière subsidiaire. Sur ce sujet, v. L. Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado*, Parte general, 10e éd., México, D.F., Oxford University Press México, 2015, p. 340 et s.

[1626] Reformé par le Décret (DOF) du 07/01/1988. La rédaction antérieure ne mentionnait pas la possibilité d'un choix de loi. L'article 13 était ainsi rédigé avant la réforme : » Les effets juridiques des actes et contrats conclus à l'étranger, qui doivent être exécutés sur le territoire de la République, sont régis par les dispositions du présent code. » (Traduction libre de l'espagnol). Sur la réforme et les principales discussions autour de l'autonomie de la volonté lors de celle-ci, v. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.,* p. 268 et s., et p. 273 pour le Code civil du District fédéral. L'auteure mentionne notamment l'influence de la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé de 1979, du projet de réforme du droit civil brésilien élaboré par le professeur Valladão et du Code civil péruvien de 1984.

[1627] Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques). Il est intéressant de noter également que le Code civil du District fédéral, région la plus peuplée et où se concentre le commerce du pays, accepte également l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Cf. L. Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 342. Pour une analyse de la répartition des compétences entre le Code civil fédéral et les Codes civils des États fédérés au Mexique et le conflit de lois entre ces derniers, v., en particulier, J.A. Silva Silva, « Notas sobre el Derecho Aplicable a las relaciones de tráfico jurídico entre Entidades Federativas relacionas con los contratos », *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado,* n° 16, 2004, p. 75-94 ; et V.C. García Moreno, *Derecho conflictual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1re éd., 1991, p. 12 et s. spéc. p. 51.

[1628] V., p. ex., Mexique, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo directo en revisión, Expediente n° 3726/2021, 9 mars 2022 ; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 3883/201, Tesis 1ª LXXVII/2017 (10a.), 10 juin 2015.

[1629] V. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 277 et s.

disposition évoque spécifiquement les « effets juridiques » des actes et contrats, donnant à penser que l'autonomie des parties se limiterait à cette dimension du contrat. Autrement dit, la possibilité offerte aux parties serait cantonnée au choix de la loi régissant les seuls « effets » du contrat, instaurant ainsi un authentique dépeçage contractuel, et renouant ainsi avec l'ancienne doctrine des « coupures » du contrat[1630].

Pendant qu'une partie de la doctrine nationale considère que ce régime perdure uniquement dans l'hypothèse où les parties n'ont pas exercé la faculté de choisir la loi applicable, une autre partie soutient qu'il ne saurait raisonnablement être admis en cas de choix exprès. Selon cette doctrine, restreindre l'autonomie des parties à la seule discipline des effets du contrat international, et donc exclusivement à la phase d'exécution, reviendrait à autoriser le choix dans le seul domaine de certaines normes internes impératives, à l'exclusion de toute autre[1631].

Une autre difficulté réside dans l'interprétation du terme « validement » concernant le choix de la loi applicable aux contrats. Le professeur Pereznieto, auteur du projet de réforme, a d'abord soutenu un choix libre de la loi, sauf en cas de fraude ou de contrariété à l'ordre public, avant de défendre plus tard l'existence d'un lien entre la loi choisie et le contrat. Cependant, lors des séminaires préparatoires, la majorité des juristes rejetèrent cette exigence de lien, estimant qu'aucune restriction explicite n'avait été envisagée par le texte, et que le terme « validement » renvoyait plutôt à la notion de la validité de l'accord de choix, qui devrait s'apprécier d'après la loi mexicaine[1632].

Il convient de relever qu'un projet de loi en matière de droit international privé est actuellement en discussion au Mexique, sous l'égide de l'Académie mexicaine de droit international privé et comparé. Les premières réflexions, initiées dès 2004, portent sur une réglementation détaillée de la question de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, laquelle y est admise de manière large tout en étant précisément encadrée[1633].

[1630] V. *supra* n° 192.

[1631] Pour une analyse de positions doctrinales à ce sujet, v. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 277-278.

[1632] Cf. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 278-279.

[1633] J.A. Silva Silva, « Construyendo una ley de derecho internacional privado para México », *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2018, p. 721-737. L'art. 108 de ce projet (version du 11 mai 2019) dispose : « Le contrat est régi par le droit choisi par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou, en l'absence d'un accord exprès, doit résulter de façon évidente de la conduite des parties et des clauses contractuelles, considérées dans leur ensemble. Ce choix peut porter sur l'ensemble du contrat ou sur une partie seulement de celui-ci./ Le choix d'un certain for par les parties n'implique pas nécessairement le choix du droit applicable./ À tout moment, les parties peuvent convenir que le contrat soit soumis, en tout ou en partie, à un droit différent de celui qui le régissait auparavant, que ce droit ait été choisi ou non par les parties. Cependant, cette modification n'affectera pas la validité formelle du contrat originel ni les droits des tiers. » (Traduction libre de l'espagnol).

273. Pour se conformer à la tendance, le *Guatemala* adopta la Loi sur le pouvoir judiciaire (Décret n° 2 de 1989) un an plus tard[1634]. Cette loi contient des règles spécifiques sur le droit international privé et prévoit à l'article 31 que « les actes juridiques et les contrats sont régis par la loi à laquelle les parties se sont soumises, à moins que cette soumission ne soit contraire à des lois prohibitives expresses ou à l'ordre public ». Intitulé « soumission volontaire », l'article 32 de la loi guatémaltèque inclut une norme spéciale pour les contrats conclus à l'étranger qui produisent des effets dans les pays. Dans un tel cas, « les parties peuvent soumettre l'acte ou le contrat aux formalités extrinsèques et intrinsèques prescrites par les lois nationales »[1635].

La doctrine nationale interpréta ces articles en reconnaissant l'autonomie de la volonté, tout en gardant l'ancienne distinction entre les « lois obligatoires » et les « lois facultatives » (comme le faisait l'interprétation du Code Bustamante)[1636]. Ainsi, cette liberté serait limitée aux lois facultatives et deviendrait inefficace si elle enfreint une disposition impérative[1637]. De manière plus générale, il fut aussi reconnu par la doctrine nationale que le principe de l'autonomie reconnaît aux parties le pouvoir de soumettre le contenu et les effets de leurs obligations à une loi librement choisie, sous réserve de l'ordre public. En outre, la volonté des parties ne s'appliquerait pas à des éléments tels que la capacité des parties et les questions de forme, qui sont régis par des lois distinctes[1638].

La jurisprudence guatémaltèque a également admis, par une interprétation de l'article 31 de la Loi sur le pouvoir judiciaire, qu'une partie peut choisir la loi applicable (et la juridiction compétente), pourvu que « cette décision ne contrevienne pas aux lois prohibitives expresses ni à l'ordre public »[1639]. De plus, il a été établi que, lorsque les parties ont expressément choisi la loi applicable à leur contrat et ont agi en pleine capacité, sans volonté limitée ou viciée, et en respectant les formalités liées au contrat, il ne serait pas approprié de remettre en cause cette loi, et cela, même pour les contrats conclus au Guatemala[1640].

[1634] Guatemala, Décret 2-89 du 10 janvier 1989, *Loi sur le pouvoir judiciaire,* 1989 (traduction libre de l'espagnol).

[1635] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1636] Pour l'interprétation du Code Bustamante concernant l'autonomie de la volonté, v. *supra* n° 129.

[1637] Cf. C. Larios Ochaita, *Derecho internacional privado*, 6e éd, Guatemala, F & G Ed., 2001, p. 187.

[1638] Cf. E.O. Ovalle Martínez, *Manual de derecho internacional privado*, Parte general y especial: con énfasis en el ordenamiento jurídico Guatemalteco, Praxis, 2000, p. 298 ; et C. Larios Ochaita, *op. cit.*, p. 187.

[1639] V., en particulier, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, Expediente 2354-2018, 16 juin 2020 ; Expediente 151-2017, 26 avril 2018 ; Expediente 5640-2015, 2 mars 2017 ; Expediente 2934-2015, 20 juillet 2016 ; et Expediente 4690-2013, 23 décembre 2015.

[1640] V., en particulier, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, Expediente 5640-2015, 2 mars 2017 ; et Expediente 2934-2015, 20 juillet 2016.

B. Première étape vers les législations modernes en matière de droit international privé : le cas du Venezuela

274. Le Venezuela fut le premier pays en Amérique latine à disposer d'une loi autonome en matière de droit international privé[1641], considérée, en ce qui concerne le régime des obligations, comme « une vision avant-gardiste du destin et de l'avenir de la codification du droit international privé »[1642]. La Loi sur le droit international privé, promulguée en 1998, s'inspire des idées de Story et de Savigny et marque un tournant en matière de droit international privé dans la région en introduisant des innovations dans ce domaine[1643]. Elle était également influencée par les conventions internationales, notamment la Convention de Mexico (art. 7), en vigueur dans le pays, qu'elle suit en acceptant de manière expresse l'autonomie de la volonté[1644]. De manière concise et directe, l'article 29 de cette loi dispose que : « Les obligations conventionnelles sont régies par le droit indiqué par les parties »[1645].

À la différence de l'article 7 de la Convention de Mexico, l'article 29 apparaît moins détaillé et revêt une portée plus générale. Ce dernier n'admet, ni n'exclut, expressément la possibilité d'un choix tacite, ni celle du dépeçage ou du changement du droit choisi. De plus, il ne précise pas le moment auquel le choix du droit applicable doit intervenir. Toutefois, l'exposé des motifs de la loi indique que les règles régissant les obligations contractuelles doivent, en principe, refléter les orientations de la Convention de Mexico.

[1641] Les premiers efforts de réforme du système interne de droit international privé au Venezuela se sont produits dès le début du XX[e] siècle. Le processus de codification au Venezuela fut un processus long, qui dura presque 90 ans. En août 1912, l'avocat Pedro Manuel Arcaya présenta un projet de loi de droit international privé. Arcaya proposa, ainsi, d'éliminer tous les codes existants et les normes existantes de droit international privé et de les réunir dans une loi spéciale unique. Ce projet ne fut pas présenté pour discussion, mais réussit à influencer fortement la réforme du Code civil vénézuélien de 1916. Postérieurement, en 1958, il fut nommé une commission spéciale, composée des juristes Joaquin Sánchez Covisa, Roberto Goldschmidt et Gonzalo Parra-Aranguren, qui, en 1963, présenta un deuxième projet de loi. Ce projet, comme le premier, ne fut pas discuté par le Congrès vénézuélien, bien que la doctrine nationale ait manifesté un avis très favorable. Ce dernier fut finalement revu entre les années 1963-1965, et reçut beaucoup de commentaires positifs de la part de la doctrine étrangère. Finalement, en 1995, les enseignants de droit international privé des Universités vénézuéliennes se réunirent à Caracas, au siège de l'Université centrale du Venezuela, le 15 décembre, afin de procéder à l'examen et à la mise à jour du projet de loi de droit international privé de 1963-1965 et de l'adapter aux dispositions de la Convention de Mexico de 1994, qui avait été ratifiée par le Venezuela dans la même année (le 22 septembre 1995). Le projet fut converti en loi le 6 août 1998 (Loi de Droit International Privé — LDIP), en entrant en vigueur le 6 février 1999. Cf. Y. Pérez Pacheco, *Aportes de la ley de derecho internacional privado venezolano a la codificación ius internacional privatista*, Ars boni et Aequi, 2014, año 10, n° 2, p. 54.

[1642] E. Hernández-Bretón, « El régimen de las obligaciones en el proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 1988, vol. 69, p. 321-350, p. 350 (traduction libre de l'espagnol).

[1643] Cf. T.B. de Maekelt, « Ley de Derecho Internacional Privado venezolano: Comentarios generales », *Revista de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, Caracas, vol. 1, n° 117, p. 144-161, 2000, p. 152.

[1644] Sur les relations avec la Convention de Mexico, v. C. Madrid Martínez, « El Derecho internacional privado venezolano y la codificación interamericana », *Anuario de la Maestría en Derecho internacional privado y comparado*, n° 1, 2019, p. 279-298, p. 287-291.

[1645] Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

Par conséquent, il sera opportun de se référer à cette dernière afin de pallier les éventuelles lacunes de la législation vénézuélienne de droit international privé[1646].

275. Interprétation et pratique judiciaire. Il convient de noter qu'avant même son entrée en vigueur, la doctrine nationale et la pratique judiciaire vénézuélienne admettaient déjà implicitement ce principe[1647]. Des arguments en faveur de l'admission de l'autonomie de la volonté dans les contrats étaient souvent tirés de l'article 1159 du Code civil, qui dispose que les contrats ont force de loi entre les parties, et plus précisément de l'article 116 du Code de commerce, qui prévoit que tous les actes concernant l'exécution des contrats commerciaux conclus à l'étranger et exécutés au Venezuela seront régis par la loi vénézuélienne, à moins que les parties n'en aient convenu autrement. Un autre passage du Code civil servait aussi cet objectif, soit l'article 6, qui prohibe les contrats qui renoncent ou assouplissent des lois dont le respect sert l'intérêt public ou les bonnes mœurs. Par un raisonnement *a contrario*, il était compris comme autorisant le choix de la loi applicable, à condition que ce choix ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs[1648].

Cette interprétation trouve également son fondement dans la célèbre affaire *Canal Once de Televisión* du 12 mars 1970[1649], dans laquelle un tribunal de première instance reconnut expressément l'autonomie de la volonté des parties, tant pour les contrats commerciaux que civils. Le tribunal convint que cette autonomie pouvait s'exercer de manière tacite et

---

[1646] Z. Marín, *op. cit.*, p. 44. L'exposé des motifs de la Loi vénézuélienne sur le droit international privé affirme : « En ce qui concerne les obligations, situées à l'article VI, et plus particulièrement dans le cas des obligations conventionnelles (art. 29), il a été recherché de résumer, dans un ensemble de préceptes, les orientations les plus pertinentes de la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux, ratifiée par le Venezuela en 1995, de la doctrine la plus autorisée, ainsi que des besoins d'une des institutions aux répercussions pratiques les plus délicates dans le commerce juridique international. Parmi ces orientations, on distingue : la totale liberté de la volonté des parties pour choisir le droit applicable (art. 29) et, à défaut d'un tel choix, l'application du droit auquel la relation contractuelle est directement liée, en tenant compte, notamment par les tribunaux, des principes généraux de droit commercial acceptés par des organisations internationales, tels que les principes récemment adoptés par l'Unidroit. La loi prévoit également une large application de la *lex mercatoria* (art. 31), avec pour objectif d'atteindre les buts de justice et d'équité dans chaque cas concret. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1647] V. à ce sujet, E. Hernández-Bretón, « Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: ensayo de derecho privado », *op. cit.*, p. 384 ; et E. Hernández-Bretón, « El régimen de las obligaciones en el proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado », *op. cit.*, p. 336. L'auteur fait référence aux décisions suivantes : Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *Canal Once de Télévision*, 12 mars 1970, *in* Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, enero-junio, 1970, n° 137, p. 233-260 ; confirmée par la sentence de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil de la même circonscription le 4 juin 1970, JRG, n° 26, p. 102 y s. ; et par l'arrêt de la CSJ, Sala de Casación Civil, du 27 avril 1971, JRG, n° 30, p. 395 et s. Pour une analyse de l'évolution de la doctrine vénézuélienne acceptant l'autonomie de la volonté avant l'entrée en vigueur de la Loi sur le droit international privé de 1998, v. Z. Marín, *op. cit.*, p. 39 et s. Pour une analyse de l'évolution législative au Venezuela, v. aussi, N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 193 et s.

[1648] E. Hernández-Bretón, « El régimen de las obligaciones en el proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado », *op. cit.,* p. 336-337.

[1649] Venezuela, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *Canal Once de Télévision*, 12 mars 1970, *op. cit*., p. 233-260 (traduction libre de l'espagnol).

n'exigea aucun rattachement particulier avec le contrat, tout en reconnaissant que ce dernier point ait suscité des divergences doctrinales. L'affaire concernait un litige relatif à un contrat international d'achat d'équipements de télévision avec clause de réserve de propriété, conclu à New York entre la société vénézuélienne *Canal Once de Televisión* et une société new-yorkaise. Les parties avaient désigné la loi new-yorkaise comme loi applicable au contrat, tout en soumettant la garantie avec réserve de propriété des biens à la loi vénézuélienne.

Pour admettre la validité du choix de loi effectué par les parties, la Cour se fonda sur l'article 116 du Code de commerce afin de justifier ce principe pour les contrats commerciaux. Selon l'arrêt, « il découle sans aucun doute du précepte précédent [en référence à l'article 116] l'existence d'une règle de droit international privé dans le système vénézuélien selon laquelle les contrats commerciaux sont soumis en premier lieu à l'autonomie des parties contractantes, lesquelles peuvent, de manière expresse ou implicite, choisir la loi applicable pour régir leurs conventions, cet ordre juridique imposant également ses règles de caractère prohibitif ou impératif […] »[1650]. Toutefois, la Cour alla au-delà de cette reconnaissance et étendit le principe d'autonomie de la volonté aux contrats civils, en s'appuyant sur des « principes de droit international privé généralement acceptés ». Ces principes furent identifiés notamment dans le Code Bustamante (en vigueur au Venezuela, mais non applicable en l'espèce), la doctrine nationale, ainsi que dans la Loi uniforme sur la vente internationale de biens meubles de La Haye de 1964, non ratifiée par le Venezuela, mais reconnue par la Résolution de Rio de Janeiro du 22 septembre 1967 du Comité juridique interaméricain, souscrite par le Venezuela, comme un « document qui satisfait les nécessités des Pays américains en la matière » et qui s'ajuste aux principes des traités américains, tels que le Code Bustamante et les Traités de Montevideo. Le tribunal conclut ainsi : « De cette manière, il résulte que la faculté des contractants de déterminer la loi applicable à leurs conventions ne constitue pas seulement un principe de droit international privé généralement accepté par le Venezuela ; mais représente également une solution admise par la généralité des Pays qui intègrent la communauté juridique internationale »[1651].

Cette orientation semble être confirmée, quoiqu'implicitement, par la jurisprudence vénézuélienne, comme le montrent deux décisions qui appliquent directement la règle établie par l'art. 29 de la Loi de droit international privé. La première décision date du 6 juillet 2000, dans laquelle le Tribunal supérieur de justice reconnut que « L'article cité [art. 29] établit la possibilité pour les parties de choisir le droit applicable à leurs obligations conventionnelles, c'est-à-dire le droit qui peut régir un contrat déterminé ». La même chose s'est produite dans une décision du 20 décembre 2001, dans laquelle le Tribunal soutint que « Pour la Chambre, il est clair que l'argument de la requérante concernant l'inapplicabilité du droit vénézuélien pour juger la controverse a été répondu par la Chambre dans le sens que la loi qui doit s'appliquer en l'espèce, effectivement, est

[1650] *Ibid*, p. 239 (traduction libre de l'espagnol).

[1651] *Ibid*, p. 247 (traduction libre de l'espagnol).

celle de l'État de New York et non la loi vénézuélienne, car cela a ainsi été convenu par les parties dans le contrat »[1652].

Plus récemment, le Tribunal suprême de justice, en se fondant sur l'opinion de la professeure Tatiana B. de Maekelt, renforça l'acceptation du « principe de l'autonomie des parties sans aucune limitation » et souligna son importance pour le commerce international. Selon cet arrêt, rendu le 2 décembre 2014 :

> « Les articles 30 et 31 font partie du chapitre IV de la Loi de Droit international privé, où sont réglementées "[…] les Obligations […]", spécifiquement les obligations conventionnelles liées à des systèmes juridiques étrangers, qui sont régis — comme le dispose l'article 29 de ladite loi — "[…] par le Droit indiqué par les parties […]". Il est ainsi consacré, comme le considère la professeure Tatiana B. de Maekelt dans son ouvrage "Influence du Système de Droit international privé vénézuélien dans le Code de Commerce en vigueur" ; "[…] le principe de l'autonomie des parties sans aucune limitation […]" ce qui représente, selon cette auteure "[…] une solution qui garantit sécurité et prévisibilité en ce qui concerne le droit applicable, éléments indispensables dans les relations commerciales […]" »[1653]

Même si l'arrêt reprend la théorie de la professeure Tatiana B. de Maekelt en reconnaissant le principe de l'autonomie de la volonté « sans aucune limitation », cela ne signifie pas pour autant que l'autonomie de la volonté serait absolue. Aucune limite n'est, explicitement, prévue par la législation vénézuélienne dans le chapitre consacré aux obligations. Néanmoins, la loi interne elle-même énonce des limites à l'application de la loi étrangère, telles que l'ordre public et les dispositions impératives (arts. 8 et 10, qui font partie du Chapitre I sur les dispositions générales)[1654]. À notre avis, le raisonnement de la Cour cherche plutôt à reconnaître une acceptation élargie de l'autonomie de la volonté conflictuelle comme un rattachement valable et équivalent à d'autres rattachements objectifs. Elle ne s'apparente pas, ainsi, à une simple extension de l'autonomie de droit interne ou d'une autonomie matérielle, interprétations qui étaient auparavant présentes dans le contexte de la Convention de Mexico[1655].

[1652] Sentencia n° 1600 (TSJ - Sala Político-Administrativo), *Los Pequeños Airlines Inc. c. Air Venezuela, Línea de Transporte Aéreo LTCA CA*, 6 juillet 2000 ; et Sentencia n° 451 (TSJ – Casación Civil), *Foreing Credit Insurance Association c. Naviera Rassi CA y otros*, 20 décembre 2001, cités par N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 204.

[1653] Venezuela, TSJ, Recurso de Casación, Expediente 14-257, n° RC.000738, Sala de Casación Civil, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, C.A. Banco Universa*, 2 décembre 2014, précité, *supra* n° 260 (traduction libre de l'espagnol).

[1654] Sur les limitations à l'application de la loi étrangère au Venezuela, v. *infra* n° 424 et n° 441.

[1655] V. *supra* n° 156 et s.

C. Les législations récentes de droit international privé acceptant l'autonomie de la volonté : Argentine, République dominicaine, Panama, Paraguay et Uruguay

276. Après la promulgation de la loi vénézuélienne, l'Amérique latine a dû attendre jusqu'en 2014 pour disposer d'instruments normatifs reconnaissant expressément l'autonomie conflictuelle comme critère pour déterminer le droit applicable au contrat.

En réalité, entre 2014 et 2015, plusieurs pays d'Amérique latine adoptèrent des lois qui reconnaissaient l'autonomie de la volonté dans une forme étendue, en en réglementant en détail sa portée. En 2014, l'Argentine prit l'initiative, suivie par la République dominicaine, le Panama et le Paraguay. Ce processus culmina avec l'Uruguay, qui était initialement le plus réticent à accepter le principe de l'autonomie de la volonté, et qui, en 2020, réforma sa législation pour intégrer de manière explicite ce principe dans son droit interne.

1. Argentine

277. En octobre de 2014, l'Argentine, un des pays qui plaida le plus en faveur du principe de l'autonomie de la volonté au niveau régional, intégra le principe de l'autonomie de la volonté dans sa législation interne. Ce principe, qui était depuis longtemps accepté par la jurisprudence[1656] et la doctrine nationale[1657], fut expressément intégré dans la législation avec l'introduction du nouveau Code civil et commercial, en vigueur depuis le 1er août 2015[1658]. Ce nouveau code consacre explicitement l'autonomie de la volonté à l'article 2651, qui dispose : « Les contrats sont régis par le droit choisi par les parties en ce qui concerne leur validité intrinsèque, leur nature, leurs effets, leurs droits et obligations »[1659].

[1656] Vers la fin des années « 60 la jurisprudence argentine reçut l'autonomie de la volonté dans le jugement *Estudios Espíndola* (Juz. Nac. Paz 46, 07/10/69, Estudios Espíndola c. Bollati). Cette autonomie fut reprise plusieurs fois par des juridictions de première instance, notamment avec les travaux de A. Boggiano en tant que juge national (v., p. ex., Juz. Nac. Com. nº 13, 31/08/76, *Pablo Treviso S.A. y otros c. Banco Argentino de Comercio* ; Juz. Nac. Com. 13, 06/06/77, *Feramérico c. Lital S.A., s. convocatoria s. incidente de verificación* ; et Juz. Nac. Com. 13, 29/07/77, *Transportes Marbellini S.A. c. Expofrut S.R.L.*). Enfin, l'autonomie conflictuelle des contractants fut confirmée par la jurisprudence du plus haut tribunal argentin, la Cour Suprême de la Nation avec l'arrêt *Méndez Valles, Fernando c. A. M. Pescio S.C.A.*, du 26 décembre 1995. Pour une analyse desdits arrêts et de l'évolution jurisprudentielle en Argentine, v. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 103 et s.

[1657] En acceptant l'autonomie de la volonté avant l'entrée en vigueur du Code civil et commercial argentin, *v.*, notamment les doctrines de Goldschmidt et de Boggiano. Pour une analyse en détail des doctrines argentines avant l'acceptation expresse de l'autonomie de la volonté, v. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 92 et s. ; et M.E. Uzal, « Los contratos internacionales en la Argentina », *op. cit.*, p. 310 et s.

[1658] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[1659] *Ibidem.*

Cependant, bien avant l'entrée en vigueur du nouveau Code, les tribunaux argentins avaient déjà consacré l'autonomie de la volonté des parties comme principe de rattachement dans le domaine contractuel. Cette reconnaissance bénéficia largement des contributions majeures du maître Antonio Boggiano, notamment grâce à son travail comme magistrat dans diverses juridictions, y compris à la Cour suprême. Pendant près de 30 ans, Boggiano exerça la fonction de magistrat et prit des décisions importantes en droit international privé, en appliquant sa doctrine de l'acceptation de l'autonomie de la volonté.

Le système argentin mérite une attention particulière. En effet, le système de droit international privé argentin fait une différence unique entre l'« autonomie conflictuelle » et l'« autonomie matérielle ». Cette distinction fut développée par le professeur et juge Antonio Boggiano et elle continue d'être suivie par la jurisprudence actuelle. Selon ce dernier, l'autonomie conflictuelle pouvait encore être divisée en deux sous-catégories : « l'autonomie conflictuelle restreinte » et « l'autonomie conflictuelle étendue »[1660].

278. L'autonomie conflictuelle dans le système argentin. Le concept d'« autonomie conflictuelle », tel que défini par le maître argentin, implique que les parties, en faisant usage de cette autonomie spécifique au droit international privé, peuvent choisir la loi applicable à leur contrat[1661]. Toutefois, selon lui, lors de ce choix, les parties ne choisissent pas simplement une loi matérielle pour régir leurs contrats, mais elles suivent plutôt « la méthode du choix en élaborant la règle de conflit individuelle qui sélectionnera le droit applicable » et, moyennant un tel choix, « elles excluent l'application du droit que les règles de conflit du juge désignent comme applicable au contrat »[1662]. Les règles de conflit étatiques sont ainsi, pour le professeur argentin, « susceptibles d'exclusion par les parties », s'avérant « dispositives » et « suppléent à la détermination du droit compétent lorsque les parties omettent de convenir d'un tel choix »[1663]. Il précise encore que « l'exclusion du droit désigné par les règles de conflit étatiques (art. 2652 du nouveau Code, auparavant arts. 1205, 1209, 1210 du Code Civil) concerne tant les règles dispositives que les règles impératives du droit privé exclu, opérant la soumission du contrat au droit choisi, y compris les normes impératives de celui-ci ». Il est donc entendu que les parties peuvent écarter « intégralement les normes du droit privé désigné par le législateur dans ses règles de conflit »[1664].

Avant l'entrée en vigueur du Code civil et commercial (Loi n° 26 994 du 1er octobre 2014, en vigueur depuis le 1er août 2015), c'était le Code civil (Loi n° 340 du 29 septembre 1869, entrée en vigueur le 1er janvier 1871) qui régissait les questions de droit international privé en Argentine. Même si l'ancien Code ne faisait pas explicitement référence à l'acceptation

[1660] V. A. Boggiano, *Tratado de Derecho Internacional Privado, t. 2, op. cit.,* Cap. XXX, §1, C.

[1661] *Ibidem.*

[1662] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1663] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1664] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

de l'autonomie de la volonté conflictuelle, la doctrine[1665] et la jurisprudence[1666] argentines se montraient largement favorables à cette acceptation, ce de façon précoce. Les premières opinions et décisions de justice favorables datent de la moitié des années 1950.

279. Les deux axes de l'autonomie conflictuelle. Selon le professeur Boggiano, sous le régime de l'ancien Code civil de 1871, l'autonomie de la volonté conflictuelle était permise en matière contractuelle selon deux axes distincts. En premier lieu, du fait de la conjonction des articles 1209, 1210 et 1212 de l'ancien Code civil, une forme restreinte d'autonomie conflictuelle était reconnue. Boggiano développe un raisonnement en deux étapes pour conclure que l'autonomie de la volonté serait acceptable sous l'ancien Code civil. Selon le maître argentin, étant donné que, d'une part, suivant les normes de droit international privé argentin, le contrat international ayant un lien avec l'Argentine est régi par la loi du lieu d'exécution (arts. 1209 et 1210 de l'ancien Code civil), et que, d'autre part, les parties peuvent désigner le lieu d'exécution de ce contrat (art. 1212 de l'ancien Code civil), il demeure par conséquent évident que les parties sont en mesure de désigner la loi applicable[1667].

Néanmoins, l'auteur admet que ces dispositions n'autorisent les parties qu'à choisir une loi parmi celles qui sont en vigueur dans des lieux d'exécution concrète des obligations contractuelles. Cela veut dire que, dans un scénario où un contrat est conclu à Buenos Aires, dont les obligations doivent être exécutées à Genève, Londres et New York, les parties ne pourraient sélectionner que le droit suisse, anglais ou new-yorkais. Cela aboutirait à une autonomie de conflit limitée aux lieux d'exécutions effectives. En raison de cette limitation, cette liberté est qualifiée d'« autonomie conflictuelle restreinte » par l'auteur[1668].

Ce raisonnement fut confirmé par une Cour argentine équivalent à une cour d'appel dans un arrêt datant du 7 octobre 2010[1669]. Selon cet arrêt, il est nécessaire de prendre en considération le comportement des parties, qui supposèrent explicitement que le lieu de livraison des marchandises fût le port de Buenos Aires, République argentine. Cela permet de soutenir, selon la Cour, que les parties se sont volontairement soumises aux règles de droit international privé prévues par le droit argentin[1670]. Et, en se référant aux articles de

[1665] V. la doctrine argentine antérieure à la réforme qui était favorable à une acceptation ample de l'autonomie de la volonté : C.M. Vico, *op. cit.*, p. 304 et s. ; R.R. Balestra, *Derecho internacional privado*, Parte especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 62 et s. ; W. Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 192 et s. ; S.L. Feldstein De Cárdenas, *op. cit*., p. 93 et s. ; A. Dreyzin de Klor, *Private international law in Argentina*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law Internat, 2011, p. 69 et s. ; I.M. Weinberg de Roca, *Derecho internacional privado*, 4e éd. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 272 ; A. Boggiano, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. 2, *op. cit.*, p. 271 et s.

[1666] V. note de bas de page *supra* n° 1655.

[1667] A. Boggiano, *Tratado de Derecho Internacional Privado, t. 2, op. cit.,* p. 272.

[1668] *Ibidem.*

[1669] Argentine, CNCom., sala F, Buenos Aires, 7 octobre 2010, *Ecotune (India) Private Ltd. c. Cencosud S.A.*.

[1670] *Ibidem.*

l'ancien Code civil applicables à l'époque et aux enseignements de la professeure María Elsa Uzal, la Cour d'appel argentine précise :

> « En effet, on peut affirmer que la base de l'autonomie conflictuelle — *bien que de portée restreinte* — se trouve dans le jeu des articles 1209, 1210 et 1212 du Code civil, selon lesquels un contrat avec contact argentin est régi par le lieu d'exécution, et comme les parties peuvent désigner le lieu d'exécution de leur contrat (art. 1212 cit.), elles peuvent tacitement désigner le lieu d'exécution de la prestation la plus caractéristique (art. 1212 cit.), elles peuvent désigner tacitement la loi applicable au contrat (cf. María Elsa Uzal, "Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (Con particular referencia al Mercosur)", ED 179-1184). »[1671]

D'autre part, Boggiano identifie dans le régime de l'ancien Code civil une forme d'autonomie plus large, qu'il nomme « autonomie conflictuelle étendue »[1672]. Cette perspective est développée dans un jugement déterminant, qu'il a rendu en tant que juge d'un tribunal commercial de première instance de Buenos Aires le 31 août 1976 (affaire *Pablo Treviso S.A. et autres c. Banco Argentino de Comercio*)[1673]. Dans ce jugement, Boggiano développa un raisonnement en deux étapes afin de promouvoir la reconnaissance de l'autonomie conflictuelle. Tout d'abord, il souligna que les parties ont la possibilité de désigner le tribunal compétent conformément à l'article 1 du Code de procédure civile argentin. Ensuite, il avança que les parties peuvent choisir le droit international privé du pays auquel appartient la juridiction choisie, puisque chaque juridiction nationale applique son propre droit international privé. Par conséquent, il en déduit que si les parties ont la faculté de choisir le droit international privé qui régit le contrat, elles peuvent aussi choisir (*a maiore ad minus*) le droit privé applicable, déterminé en fonction du droit international privé choisi. Selon l'analyse de l'érudit argentin : « Le choix d'une juridiction implique un choix tacite, mais non équivoque du droit international privé de la juridiction choisie, et si le choix peut se porter sur le droit international privé — qui est le plus — il est également possible de choisir le droit privé applicable, qui est le moins »[1674].

Cette acceptation de l'autonomie de la volonté fut ensuite confirmée par la jurisprudence ultérieure en Argentine, notamment à travers des arrêts rendus par la Cour suprême argentine[1675].

[1671] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1672] A. Boggiano, Tratado de Derecho Internacional Privado, t. 2, op. cit., p. 272.

[1673] Argentine, Juzg. Nac. Com. n° 13, Buenos Aires, 31 août 1976, *Pablo Treviso S.A. y otros c. Banco Argentino de Comercio*.

[1674] A. Boggiano, *Tratado de Derecho Internacional Privado, t. 2., op. cit.,* p. 273-274.

[1675] Deux autres jugements rendus par Boggiano en tant que juge du Tribunal national commercial de première instance méritent d'être mentionnés : le jugement *Feramérico c. Lital S.A.*, du 6 juin 1977, et *Transportes Mabellini, S.A. c. Expofrut, S.R.L.*, du 29 juillet 1977. Dans le premier, Boggiano conclut que « les parties ont désigné comme applicable le droit privé argentin pour résoudre cette controverse », désignation qui est « autorisée par l'autonomie conflictuelle du Droit international privé argentin ». Dans le deuxième, il soulève que : « Afin de préciser le droit applicable au contrat international, non désigné par les parties, il faut appliquer la règle de conflit subsidiaire pour le déterminer […] ». Ce jugement suppose, ainsi, que la règle principale serait celle de l'autonomie des parties. La Cour

En outre, en 2006, la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial* considéra, à propos de l'ancien Code civil, que le pouvoir de sélectionner la législation applicable dans les contrats internationaux n'était pas clairement énoncé. Elle ajouta que cette faculté n'était pas non plus incluse dans les Traités de Montevideo, mais qu'elle était plutôt inscrite dans « les principes fondamentaux du droit national ainsi que dans divers instruments internationaux récents », comme la Convention de Mexico[1676].

Ce principe juridique fut incorporé dans le droit positif avec l'introduction du Code civil et commercial en 2014, qui énonça spécifiquement l'autonomie de la volonté comme critère principal de rattachement à l'article 2651 cité plus haut. De plus, ce principe fut amplement respecté par la jurisprudence la plus récente[1677], laquelle continua d'accepter la loi choisie par les parties, comme nous allons voir plus en détail ci-après.

280. L'autonomie matérielle. Au sein du système juridique argentin, une autre forme d'autonomie, appelée « autonomie matérielle », est également reconnue en matière de droit international privé. Ce principe autorise les parties, en complément de leur capacité à

---

d'appel de Buenos Aires (Cám. Nac. Ap. Com. Federal, sala E), a également accueilli ce principe dans plusieurs arrêts dans les années qui ont suivi, comme dans les arrêts *Banco de Río Negro y Neuquén c. Independencia Transportes Internacionales S.A.* du 20 octobre 1981, *Deutsches Reiseburo, G. M. c. Speter, Armando*, du 27 février 1984, et *Arrebillaga, Arturo E. y otro c. Banco de la Provincia de Santa Cruz* du 1er mars 1984, et *Expreso Mercurio, S.A. c. Maupe, S.A.*, du 7 mai 1984. Dans les années 1990, la Cour Suprême de la Nation a également accueilli la loi d'autonomie en matière contractuelle dans l'arrêt *Méndez Valles, Fernando c. A. M. Pescio S.C.A.* du 26 décembre 1995. Selon cet arrêt : « Pour la détermination de la loi applicable à un contrat avec des éléments multinationaux, il convient en premier lieu de se demander si les parties ont exercé la faculté de choisir le droit national applicable au contrat ou d'incorporer au contrat de manière dérogatoire des normes coercitives de DIP, sans préjudice de l'application de l'ordre public du DIP par le juge compétent ou des lois de police, qui ne peuvent pas être dérogées par l'autonomie mentionnée ». Postérieurement, la Cour Suprême a confirmé ce raisonnement dans l'arrêt *Moka S.A. c. Graiver, David*, du 7 mars 2000. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que : « Ce qui a été résolu […] est à l'évidence raisonnable si cela implique de donner effet au droit choisi par les parties, dans un exercice valide de l'autonomie de la volonté […] ». Pour un approfondissement sur ce sujet, v. M.M. Albornoz, thèse, *op. cit.*, p. 105-106 (traduction libre de l'espagnol).

[1676] Argentina, CNCiv. y Com. Fed., sala III, Buenos aires, 27 octobre 2006, *Banco Europeo para América Latina c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.* Pour sa valeur pédagogique, il est justifié de procéder à une transcription littérale d'une partie de cet arrêt : « Il est clair que "les parties peuvent, évidemment, configurer le contenu normatif du contrat dans le domaine du droit international privé, que ce soit par le choix des parties elles-mêmes (autonomie conflictuelle) ou par le choix des règles de conflit de lois" (cf. Boggiano, Antonio, "Curso de Derecho Internacional Privado", Abeledo-Perrot, p. 590). Partant de ce principe, il convient d'admettre que les parties peuvent choisir la loi applicable au contrat qui correspond le mieux à leurs besoins, et ce n'est que lorsque les parties ne choisissent pas une loi applicable que les règles indirectes entrent en vigueur, telles que l'art. 1210 du Code civil. Je tiens à souligner que la possibilité de choisir la loi dans les contrats internationaux ne découle pas explicitement du Code civil et n'est pas prévue dans la Convention de Montevideo, mais elle l'est dans les principes du droit interne et dans les conventions internationales modernes, certaines étant signées par l'Argentine et d'autres pour lesquelles elle a participé à la rédaction. Ainsi, parmi les conventions admettant le choix de la loi applicable, on trouve la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux, adoptée par la Conférence internationale de droit international privé en 1994, qui, bien que n'ayant pas été approuvée par notre pays, a été rédigée avec la participation et la collaboration argentine. […] Une autre règle à prendre en compte pour interpréter le choix de la loi applicable par les parties est la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, à laquelle notre pays adhéra par une loi. » (Traduction libre de l'espagnol)

[1677] Pour des décisions appliquant fidèlement la loi choisie par les parties sur le fondement de l'art. 2651 du Code civil et commercial, v., p. ex., CNCom., sala D, Buenos Aires, 28 avril 2022, *Giumarra International Berry LLC c. Fresh Gardens SA s. ejecutivo* ; CNCom., sala F, Buenos Aires, 7 septembre 2017, *Industrias Rotor Pump S.A. c. Franklin Electric Sales Inc. y otros s. medida precautoria*.

choisir la loi applicable au contrat (autonomie conflictuelle), à établir le *contenu matériel* de leurs contrats et même à créer des dispositions contractuelles qui évincent les règles impératives de la loi choisie. Selon le professeur Boggiano, cette « autonomie matérielle en droit international privé » se distingue de « l'autonomie du droit privé ». Alors que cette dernière permet aux parties d'écarter uniquement les *normes facultatives* de ce droit, la première permet aux parties d'exclure également les *normes impératives* de tout droit lié au contrat[1678].

Suivant le professeur argentin, une telle exclusion ne peut s'opérer que par le biais d'une « incorporation » dans le contrat de règles matérielles contraires aux règles coercitives du droit privé régissant l'affaire[1679]. Selon lui, la justification est que les parties ont la liberté de choisir la loi applicable, et, par conséquent, si elles peuvent « le plus », elles peuvent également « le moins » :

> « Si les parties peuvent exclure intégralement les règles coercitives du droit privé choisi par le législateur, en choisissant un autre droit privé national, elles peuvent aussi les exclure partiellement, au moyen de l'autonomie matérielle […] Il n'y a aucune raison qui s'oppose à la validité de ces arguments d'analogie *a maiore ad minus*. »[1680]

Le professeur Boggiano consacre cette doctrine dans un jugement qu'il a lui-même rendu en tant que juge national en 1977[1681]. Dans cette décision, il rappela le principe de l'autonomie de la volonté conflictuelle et confirma que, en l'absence de choix explicite par les parties, il est possible d'identifier la loi tacitement choisie par elle. Cependant, il précisa que « la question peut être résolue sans même partir de la désignation implicite susmentionnée, en vertu de l'exercice par les parties de l'autonomie matérielle à laquelle elles ont droit dans le domaine spécifique du droit international privé pour les contrats internationaux »[1682]. Après avoir exposé le concept et les limites de cette autonomie[1683], il

---

[1678] Cf. A. Boggiano, *Tratado de Derecho Internacional Privado, t. 2, op. cit.,* p. 283.

[1679] Toutefois, une exclusion générale de toutes les règles coercitives du droit privé applicable ne serait pas admise ; seulement une exclusion partielle pourra être admise. Cf. *Ibid*, p. 276-278. V. aussi, M.E. Uzal, « Los contratos internacionales en la Argentina », *in* D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 307-331, p. 318 et s.

[1680] *Ibid*, p. 277-278.

[1681] Argentine, Juz. Nac. Com. 13, Buenos Aires, *Feramérico c. Lital*, 6 juin 1977.

[1682] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1683] Selon le jugement : « Grâce à cette autonomie matérielle, les parties peuvent créer directement les règles matérielles ou substantielles — d'où le nom de cette autonomie juridique — qui donneront une solution aux différents aspects de l'affaire. Elles peuvent déroger aux règles tant dispositives qu'impératives du droit privé qui seraient applicables selon les règles de conflit du for (cf. notre El derecho internacional privado de las sociedades comerciales, E.D., 68-859). Dans ce cas, les parties pourraient déroger soit aux règles impératives et coercitives du droit privé de l'Illinois s'il est considéré comme applicable selon le paragraphe 4, soit au droit privé de l'Argentine s'il est considéré comme applicable selon le paragraphe précédent. Les limites à respecter dans le présent contrat par l'autonomie matérielle sont, d'une part, les principes de l'ordre public international, qui font l'esprit du droit argentin (art. 14, al. 2, Code civil), et les lois de police (cf., à ce sujet, E.D., 66-767, esp. 788) du droit international privé argentin, en l'occurrence le droit cambiaire ; et, d'autre part, les lois de police du droit étranger auxquelles il ne peut

souligna qu'il est essentiel d'examiner si les parties ont concrètement exercé une telle autonomie. Dans l'affirmative, il expliqua qu'« une telle volonté régirait directement et de manière prépondérante le différend, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux règles de conflit subsidiaires pour déterminer la loi applicable »[1684]. En conclusion, il constata que, en l'espèce, les parties ont effectivement exercé leur autonomie matérielle, tout en respectant les limites imposées par le droit argentin, notamment l'ordre public international, les lois de police du droit argentin et les lois de police du droit étranger lié économiquement au contrat. Ainsi, il écarta toute application d'une loi étrangère possiblement applicable (selon les règles conflictuelles argentines), pour fournir une solution directe de fond au litige, s'appuyant uniquement sur les règles de droit matériel convenues par les parties dans le contrat litigieux[1685].

Cette notion d'autonomie matérielle en droit international privé a été confirmée à maintes reprises par la jurisprudence argentine[1686], et est désormais consacrée dans le nouveau Code

être dérogé tant que la société a un lien économique, en général, d'exécution dans ce pays. Ces règles étrangères ne peuvent être abrogées ou éludées par le biais de l'autonomie matérielle en vertu de l'article 1208 du Code civil. Voici les limites de cette autonomie qui ne fait pas du contrat des parties un "contrat sans loi", puisqu'il est toujours soumis au droit international privé argentin et à la loi étrangère liée au contrat (1208, Code civil). Cette autonomie matérielle, plus large que celle dont jouissent les parties dans les transactions internes où seules les normes diapositives du droit privé peuvent être dérogées, est justifiée par la nécessité d'une plus grande liberté et flexibilité dans le commerce international (art. 14 et 67, par. 12, de la Constitution nationale) ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1684] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1685] Selon le jugement : « Dans cet ordre d'idées, et quel que soit le droit privé applicable au paiement du prix en cause dans l'affaire, il est certain que le représentant de la demanderesse a accepté le dépôt […]. Il s'ensuit qu'il a accepté le paiement sans la moindre réserve, la circulaire RC du 19 novembre 1976 étant déjà en vigueur depuis le 22 novembre 1976 (f. 91). S'il a accepté l'acompte, il faut comprendre qu'il a accepté le paiement comme valable, c'est-à-dire comme ayant été pleinement respecté. Cette validité découle directement, non du droit privé en vigueur en Illinois ou du droit privé argentin, mais de la volonté des parties, exercée dans la sphère du droit international privé argentin parce que le paiement du prix d'une vente multinationale est contesté devant un tribunal. Autonomie qui s'exerce dans les limites précisées au considérant 7 précédent, et qui donc, il faut le souligner, n'est pas illimitée, puisque, dans notre droit argentin "la renonciation générale aux lois n'a aucun effet" (art. 19, Code civil). » Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1686] V., p. ex. Argentine, CSJN, *Méndez Valles c.* Pescio, 26 décembre 1995, précité n° 174. Dans ce jugement, le tribunal a souligné que : « Selon une méthodologie recommandée du droit international privé, pour déterminer la loi applicable à un contrat comportant des éléments internationaux ou à un aspect de celui-ci, il convient en premier lieu d'examiner si les parties ont exercé le droit de choisir la loi nationale applicable au contrat ou d'incorporer dans le contrat des règles matérielles dérogatoires aux normes contraignantes du droit privé régissant l'affaire — sans préjudice de l'ordre public du droit international privé du juge doté de juridiction internationale et des règles d'ordre public qui ne peuvent être écartées par l'autonomie mentionnée — (v. art. 19 de la Constitution nationale, art. 1197 du Code civil et jurisprudence : 236:404 et 290:458). À défaut, c'est-à-dire si les parties n'ont pas exercé l'un des types d'autonomie mentionnés, il convient de se référer aux règles de conflit de lois d'origine légale régissant la situation. Lorsqu'il s'agit d'une affaire soumise à un juge argentin, ce dernier appliquera les règles de conflit de lois argentines pour déterminer la loi applicable. Cependant, celles-ci peuvent également être d'origine interne ou internationale. Elles prévalent, le cas échéant, sur les autres normes (v. art. 31 de la Constitution nationale) » (Traduction libre de l'espagnol) ; V. aussi, Juz. Nac. Com. 26, secretaría 51, Buenos Aires, *Ezeta s. concurso s. incidente por Avex Anstalt*, 14 mars 2003. En l'espèce les parties avaient conclu un contrat international incluant une clause d'élection de loi indiquant le droit argentin comme applicable. En présence de choix, le jugement figure que « […] Ceci détermine que le contrat est régi, en premier lieu, par ses propres règles matérielles, et que les règles de la loi du pays choisi et indiqué par les parties dans l'exercice de leur autonomie de volonté s'appliquent dans le cadre du conflit de lois. L'exercice de cette autonomie permet de déterminer la loi applicable au contrat pour tout ce qui n'est pas expressément prévu au fond dans l'exercice de l'autonomie matérielle précitée. Le choix conflictuel permet d'attribuer la loi applicable dans les dispositions convenues par les parties elles-mêmes dans le contrat. » (Traduction libre de l'espagnol).

civil et commercial à l'article 2651, c. Selon cet article : « Les parties peuvent, de manière consensuelle, déterminer le contenu matériel de leurs contrats et même introduire des dispositions contractuelles dérogeant aux règles coercitives du droit choisi »[1687]. Néanmoins, nous verrons que cette dérogation aux règles coercitives du droit choisi n'est pas sans limite, lesquels coïncident, en principe, avec celle de l'autonomie conflictuelle[1688].

2. République dominicaine, Panama et Paraguay

281. Toujours en 2014, suivant la tendance argentine d'acceptation large de l'autonomie de la volonté conflictuelle, la *République dominicaine* s'est dotée d'une loi spécifique au droit international privé : la Loi 544-14 sur le droit international privé[1689]. D'après le législateur dominicain, tel qu'il ressort du considérant 4 de la nouvelle loi, celle-ci s'inscrit dans la continuité de la tradition juridique française, consubstantielle au système juridique dominicain, tout en intégrant les avancées issues des Conférences interaméricaines de droit international privé, ainsi que les contributions de la Conférence de La Haye de droit international privé. Cette démarche vise également, conformément au considérant 5, à moderniser le cadre normatif établi par le Code Bustamante. C'est dans ce contexte que le principe de l'autonomie de la volonté fut expressément accueilli à l'article 58 de ladite loi, selon lequel : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties »[1690].

282. En 2015, le Panama et le Paraguay ont à leur tour adopté cette orientation[1691]. Au *Panama*, l'autonomie de la volonté en matière contractuelle commerciale était déjà consacrée par le Code de commerce (art. 6) et admise par la doctrine sur le fondement du Code civil (art. 1106 relatif à l'autonomie matérielle des parties)[1692]. Le principe fut expressément reconnu par le nouveau Code de droit international privé (Loi 61 de 2015)

[1687] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[1688] M.E. Uzal, « Los contratos internacionales en la Argentina », *op. cit*., p. 319. Sur les limites de l'autonomie conflictuelle en droit argentin, v. *infra* n° 419, n° 442 et n° 449.

[1689] J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, N. Concepción, *Derecho internacional privado de la República Dominicana*, Santo Domingo, Editorial Funglode, 2017, p. 62-63.

[1690] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

[1691] Pour une étude des origines du nouveau Code panaméen de 2015 et ses influences, v. C. A. Arrue Montenegro, « Les nouveaux paradigmes du Code de droit international panaméen », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 113-132, p. 116 et s. Selon l'auteur, le Code panaméen est un code romano-germanique, mais qui a été très influencé par le droit de la *common law* en raison des relations historiques qui nouent les États-Unis et le Panama, notamment en ce qui concerne le Canal. Cela s'explique, selon l'auteur, notamment par « la nécessité de s'adapter constamment aux intérêts du commerce international que caractérise l'économie libérale d'un pays dont la devise est *pro mundi beneficio* rendant très flexible le droit panaméen ». Pour le Paraguay, v. J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *in* Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario (dir.), *Temas actuales del derecho bancario y societario*, Asunción, Intercontinental Ed, 1re éd., 2015, p. 121-201.

[1692] V. G.I. Boutin, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 645-646.

qui dispose dans son article 69 que : « Les contrats internationaux sont soumis à la loi désignée par l'autonomie de la volonté des parties »[1693].

Au *Paraguay*, la nouvelle Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux (Loi 5393 de 2015), promulguée le 20 janvier 2015 et entrée en vigueur le lendemain, était le fruit du travail du professeur José Antonio Moreno Rodríguez, qui était également membre du Groupe de travail et représentant paraguayen lors de l'adoption des Principes de La Haye, repris presque intégralement dans la proposition de loi[1694]. La nouvelle loi, qui rentre en vigueur avant même la publication des Principes, reprend presque littéralement les articles 2 des Principes de La Haye et 7 de la Convention de Mexico. Le premier alinéa de l'article 4 consacre l'autonomie de la volonté comme principe central de la nouvelle loi, en disposant : « Un contrat est régi par le droit choisi par les parties »[1695].

Il est important de noter qu'avant la réforme, une partie importante de la doctrine juridique de ce pays soutenait l'idée que l'ancien Code civil, adopté en 1985 par la Loi 1183 de 1985, reconnaissait implicitement le principe de l'autonomie de la volonté en matière

[1693] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

[1694] Selon l'Exposé des motifs, ce projet de loi incorpore les avantages de la Convention de Mexico ainsi que les progrès consacrés dans l'instrument récemment adopté à La Haye, en tenant compte du fait que les principes mentionnés, entre autres applications, doivent servir d'inspiration aux législateurs nationaux pour l'élaboration de lois uniformisant la réglementation de la matière, ce qui est hautement souhaitable afin d'assurer une plus grande prévisibilité dans les relations commerciales internationales. Cf. J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado ? », *op. cit.*, p. 131. Pour des commentaires de la nouvelle loi paraguayenne, v. aussi, R. Díaz Labrano, « Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley nº 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay », *in* Fernández Arroyo D.P., Moreno Rodríguez J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 277-305, p. 277-305 ; et E. Debuchy Boselli, « Extensión de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales: la experiencia en el ordenamiento jurídico paraguayo », *in* Fernández Arroyo D.P., Moreno Rodríguez J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 236-254, p. 236-254.

[1695] Paraguay, Loi n° 5393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

contractuelle[1696], même si quelques auteurs s'opposaient à cette interprétation[1697]. Toutefois, en 2013, avant l'entrée en vigueur de la Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux, la Cour suprême de justice du Paraguay se prononça en faveur de la reconnaissance de l'autonomie de la volonté dans le cadre des contrats internationaux[1698]. L'adoption de la nouvelle loi sur la loi applicable aux contrats internationaux, en 2015, mit, ainsi, fin au débat : l'autonomie de la volonté est expressément et largement consacrée au Paraguay.

[1696] Parmi les auteurs favorables à cette acceptation dans le régime antérieur à la loi paraguayenne sur le droit applicable aux contrats internationaux de 2015, nous pouvons mentionner José Antonio Moreno Rodriguez, Ramón Silva Alonso, et Ruiz Díaz Labrano. Le professeur Moreno Rodríguez soutient que l'autonomie de la volonté était acceptée en droit paraguayen, notamment en raison des articles 669 (selon lequel les parties intéressées peuvent librement réglementer leurs droits par des contrats respectant les règles impératives de la loi) et 715 de l'ancien Code civil (selon lequel le contrat a force de loi pour les parties). D'autres fondements, selon l'auteur, venaient soutenir la thèse de l'acceptation de l'autonomie de la volonté : une interprétation littérale et historique, en examinant les sources des normes de droit international privé nationales, et une interprétation tenant compte du contexte cosmopolite paraguayen. Cf. J.A. Moreno Rodríguez, « Autonomía contractual transfronteriza em el Paraguay: ¡ Habemus jurisprudencia ! », *in* CEDEP (éd.), *Derecho internacional privado y Derecho de la integración: Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano,* Asunción, CEDEP, 2013, p. 373-386, p. 381 et s. ; le professeur Silva Alonso, un des membres de la Commission de codification du Code civil, soutenait lui-même que le principe était admis par le Code. V. R. Silva Alonso, *Derecho Internacional Privado,* Teoría General y Parte Especial, 11e éd., ampliée et revisée, Asunción, Intercontinental Editora, 2014, p. 286 et s. ; pour l'opinion du professeur Díaz Labrano, v. R. Díaz Labrano, « Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley nº 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay », *op. cit.*, p. 281 et s. ; pour une perspective historique de l'acceptation de l'autonomie de la volonté au Paraguay avant la loi de 2015, v. J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 140 et s. ; J.A. Moreno Rodríguez, « Autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado paraguayo », *Libro Homenaje a Tatiana Maekelt*, CEDEP, Asunción, 2010, p. 435 et s. ; E. Debuchy Boselli, « Extensión de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales: la experiencia en el ordenamiento jurídico paraguayo », *op. cit.*, p. 239 et s.

[1697] D'autres auteurs comme Pisano et Diaz Delgado se sont opposés à cette interprétation. Selon eux, les articles 669 et 715 du Code civil concernaient la réglementation des contrats purement internes et ne s'étendaient pas aux contrats internationaux. Cf. J.A. Moreno Rodríguez, « Autonomía contractual transfronteriza em el Paraguay : ¡ Habemus jurisprudencia ! », *op. cit.*, p. 381 ; un autre argument était l'incorporation du Traité de Montevideo de 1940 et son Protocole additionnel, ainsi que l'autonomie purement matérielle accordée par le Code civil paraguayen, en particulier les articles 669 et 715 (Cf. E. Debuchy Boselli, « Extensión de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales, *op. cit.*, p. 242-243 ; Nadia de Araujo, professeure brésilienne, avait avancé des arguments similaires en concluant qu'il ne semble pas que les anciennes normes paraguayennes permettaient aux parties de choisir la loi applicable aux contrats internationaux. Elle note toutefois que la question n'était pas entièrement « pacifiée » (Cf. N. de Araujo, *Contratos Internacionais*, *op. cit.*, p. 89-90).

[1698] La Chambre civile et commerciale de la Cour suprême de justice du Paraguay a rendu l'arrêt n° 82 du 21 mars 2013, Hans Werner Bentz c. Cartones Yaguareté S.A. s/ Incumplimiento de contrato, dans lequel il fut décidé que : « En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de rechercher quelle loi et quelle juridiction sont applicables selon les règles de conflit lorsqu'il existe une déclaration expresse des parties établissant quelle est la loi qui doit régir leurs relations et à condition que ce choix ne contrevienne pas à des règles d'ordre public ou à des lois non dérogeables. Autrement dit, la loi et la juridiction applicables selon les règles de conflit doivent respecter le contenu contractuel conventionnellement établi pour autant qu'elles ne violent pas le *ius cogens* national ». V. J.A. Moreno Rodríguez, « Autonomía contractual transfronteriza em el Paraguay: ¡ Habemus jurisprudencia ! », *op. cit.*, p. 374 et s. (traduction libre de l'espagnol).

3. Uruguay

283. L'Uruguay, qui a longtemps résisté à l'idée de l'autonomie de la volonté, a finalement fait preuve d'ouverture en adoptant une nouvelle Loi générale de droit international privé, promulguée le 27 novembre 2020[1699]. Cette loi, élaborée par un groupe de travail dirigé par le professeur Didier Opertti Badán, abroge l'appendice du Code civil régissant la matière et accepte pour la première fois l'autonomie de la volonté en matière contractuelle[1700]. Elle marque, ainsi, une évolution significative par rapport à la réglementation antérieure (arts. 2399 et 2403 du Code civil), en opérant une inversion des principes relatifs à l'autonomie de la volonté. L'Appendice du Code civil, de rédaction de A. Vargas Guillemette, posait le principe général selon lequel la loi applicable aux contrats était fixée impérativement par le législateur, les parties ne pouvant choisir la loi régissant leur contrat que lorsque la loi établie comme compétente en prévoyait expressément la possibilité[1701].

[1699] Pour une analyse de l'autonomie de la volonté dans l'ancien régime du Code civil uruguayen, v., en particulier, C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. II, *op. cit*., p. 165-167 ; M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 128 et s. ; F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 136 et s., N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 336 et s.

[1700] Sur les antécédents de la nouvelle loi, v. D. Opertti Badán, « Primera lectura de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay a cargo del Profesor Emérito de Derecho Internacional Privado Dr Didier Opertti Badán en el aula "Tatiana Maekelt", Caracas, 3 de diciembre de 2020 », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020*, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 13-35, p. 14 et s. ; v. aussi C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 19 et s. ; et C. Fresnedo de Aguirre, « Private International Law in Uruguay : Present and Future », *in* C. Benicke, S. Huber, H. Kronke (dir.), *National, International, Transnational : Harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, p. 90 et s.

[1701] Comme l'explique la professeure Cecilia Fresnedo de Aguirre, en droit international privé uruguayen, l'autonomie de la volonté n'était admise qu'à titre exceptionnel dans les limites fixées par la « loi compétente », entendue comme l'ordre juridique désigné par la règle de conflit du lieu d'exécution du contrat ou par une loi spéciale de l'ordre juridique uruguayen. L'exception à la règle générale de la solution légale impérative (art. 2399) se trouvait dans la partie finale de l'article 2403, qui disposait que la volonté des parties « ne pourra s'exercer que dans les limites que lui confère la loi compétente ». Autrement dit, « ce n'est que dans ce cadre restreint et exceptionnel que le droit international privé uruguayen reconnaissait une liberté aux parties en matière de compétence législative et judiciaire ». Par exemple, dans l'affaire La Mannheim c. China Ocean Shipping Company (COSCO), les tribunaux ont appliqué le droit chinois choisi par les parties, car ce dernier permettait la clause de choix de loi insérée au contrat de transport maritime. Comme exemple de la seconde hypothèse (loi spéciale autorisant l'autonomie de la volonté), l'auteure mentionne l'article 121 de la loi n° 18 627 de 2009, régissant le marché des valeurs mobilières, qui laisse à la volonté de l'émetteur la détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente, à condition que l'émission indique expressément son caractère d'offre internationale. Cf. C. Fresnedo de Aguirre, « La autonomía de la voluntad en la Contratación internacional y los principios Fundamentales en juego: Las novedades de la ley 19 920 », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado*: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 219-266, p. 220-221 (traduction libre de l'espagnol). Sans préjudice de cette position, d'autres opinions se sont exprimées contre l'admission du renvoi, estimant, comme le souligne la professeure Rodríguez Scarlato « qu'il pouvait entraîner une distorsion du système de conflit et que, analysé à la lumière de la pensée d'Alfonsín, "si une certaine loi est attribuée à la régulation, c'est parce qu'il a été entendu que ce droit est le plus adéquat pour régir la situation" ». Cf. C. Rodríguez Scarlato, « La autonomía de la voluntad en la relación del derecho aplicable a los contratos internacionales: Consagración y limites. Modalidades contractuales con soluciones especiales », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado*: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 267-292, p. 270.

Désormais, l'article 45 de la nouvelle Loi générale, qui s'inspire de la Convention de Mexico, des Principes de La Haye et des législations nationales de la Suisse et du Venezuela[1702], autorise expressément l'autonomie de la volonté à son alinéa 1 ainsi disposant : « Les contrats internationaux peuvent être soumis par les parties au droit qu'elles choisissent »[1703].

Tout comme l'Argentine, l'Uruguay mérite une étude plus approfondie. Comme cela a déjà été mentionné, l'Uruguay avait une grande réticence à accepter le principe d'autonomie de la volonté. Cette réticence s'explique par les tendances territorialistes qui dominaient dans le pays jusqu'à récemment[1704].

Pour comprendre le cas particulier de l'Uruguay, il est essentiel d'effectuer une brève analyse historique de l'évolution juridique dans ce pays jusqu'à son récent changement de paradigme. Avant la réforme, le droit international privé en Uruguay était réglementé par le Code civil de 1868, qui, à l'origine, ne comportait aucune disposition relative aux contrats internationaux. Ce n'est qu'en 1941, avec l'adoption de la Loi n° 10 084 du 3 décembre 1941, rédigée par le juriste Vargas Guillemette, que les normes de droit international privé des Traités de Montevideo de 1889-1890 furent intégrées au Code civil uruguayen[1705], sous la forme d'un Appendice du titre final dudit Code (*Appendice du titre final de ce Code*). Conformément aux dispositions du Traité de Montevideo de 1889, le régime juridique antérieur en Uruguay interdisait expressément aux parties de choisir la loi applicable à leurs relations contractuelles (ainsi que le choix de juridiction). En effet, l'article 2403 stipulait que : « Les règles de compétence législative et judiciaire établies dans ce titre ne peuvent être modifiées par la volonté des parties. Celle-ci peut uniquement agir dans les limites que lui confère la loi compétente »[1706].

Dans l'exposé des motifs de la loi 10 084, Vargas Guillemette soutint que « les parties ne peuvent pas modifier à leur gré les règles de compétence législative et judiciaire, car, pour les déterminer, il fut principalement pris en considération l'intérêt d'affectation de l'État à l'ordre social ou économique duquel, par sa nature, se rattache la relation juridique en cause ». Dans le même sens, le rapport de la Commission des Codes de la Chambre des

---

[1702] Cf. C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.*, p. 188-189.

[1703] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[1704] Pour les arguments contraires à l'autonomie de la volonté, v. C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, op. cit.*, p. 98 et s.

[1705] On remarque cependant que, bien que cet article ait été intégré au Code civil uruguayen en 1941, il ne se réfère pas aux Traités de Montevideo conclus un an auparavant, en 1940, mais aux précédents, ceux de 1889-90. Et, l'article ne se réfère pas aux traités de 1940 pour une simple raison : à cette date, ceux-ci n'avaient pas encore été ratifiés par l'Uruguay, ni intégrés au droit uruguayen, contrairement aux accords de 1889-90, qui étaient déjà en vigueur en Uruguay, ratifiés par le biais de la Loi n° 2207 du 3 octobre 1892. V. C. Esplugues Mota, D. Hargain, G. Palao Moreno (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid, Edisofer [u.a.], Serie Europa - América, 2008, p. 766.

[1706] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

représentants ajoutait que « la compétence internationale se détermine pour des raisons supérieures à la volonté des parties engagées dans la relation juridique considérée »[1707].

La doctrine majoritaire, tout comme la jurisprudence, était fortement opposée à l'adoption du principe d'autonomie de la volonté en matière contractuelle[1708]. Vargas Guillemette, qui fut le représentant uruguayen lors des négociations de Montevideo en 1940 et l'auteur de la loi introduisant le préambule du Code civil uruguayen, soutenait que les règles de conflit applicables aux contrats internationaux tranchent un conflit de souverainetés. Il affirmait que ces normes, étant supérieures à la volonté des parties, ne devraient pas s'écarter des limites établies par la règle de droit international. Adoptant une position rigide, il déclarait qu'il est inadmissible que les parties puissent arbitrairement choisir la loi applicable ou le tribunal compétent. Selon lui, si une telle chose se produisait, les traités deviendraient inutiles et la raison même d'être du droit international privé disparaîtrait, laissant place à l'anarchie[1709]. Des juristes uruguayens renommés, tels que Quintín Alfonsín et Cecilia Fresnedo de Aguirre se rangeaient également du côté des partisans du rejet de l'autonomie[1710].

Néanmoins, une nuance existait dans l'ancien régime des contrats internationaux. La seconde partie de l'article 2403 de l'appendice du Code civil renvoyait aux règles de droit international privé de la loi désignée comme applicable (en conformité à l'article 5 du Protocole additionnel du Traité de Montevideo de 1940). Par conséquent, si la loi étrangère désignée comme applicable en raison des rattachements objectifs établis par le droit international privé uruguayen reconnaissait le principe d'autonomie, les parties avaient le droit de choisir la loi ; dans le cas contraire, un tel choix était interdit.

Considérons l'exemple d'un accord international exécuté en Argentine. Selon l'ancien article 2399 du Code cité, la loi argentine du lieu d'exécution régirait le contrat[1711]. Dès lors, puisque la législation argentine permet aux parties de sélectionner elles-mêmes la loi

---

[1707] C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. II, *op. cit*., p. 166 (traduction libre de l'espagnol).

[1708] La jurisprudence appliqua cette norme, de caractère impératif, de manière univoque. Ainsi, par exemple, en matière de compétence juridictionnelle, la décision n° 2258 du 5/12/1996 du JLC, 11e chambre, arrêt *Zulma Casanova*, établit que « l'argument avancé […] selon lequel les tribunaux anglais seraient compétents en vertu de la clause convenue par les parties, est irrecevable, puisque, comme le reconnaissent la jurisprudence et la doctrine, un tel choix est contraire aux règles en vigueur en matière de compétence judiciaire, lesquelles ne peuvent être modifiées par la volonté des parties (art. 2403 C.civ.), et doivent être tenues pour non écrites », cité par C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. II, *op. cit*., p. 166 (traduction libre de l'espagnol). Pour une analyse de la position jurisprudentielle en matière de loi applicable avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, v. C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, op. cit.*, p. 70 et s.

[1709] A. Vargas Guillemette, *op. cit.*, p. 13.

[1710] V., de manière générale, Q. Alfonsín, Escritos jurídicos, *op. cit.* ; et C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, op. cit.*

[1711] L'art. 2399 du Code civil disposait : « Les actes juridiques sont régis, quant à leur existence, leur nature, leur validité et leurs effets, par la loi du lieu de leur exécution, conformément, par ailleurs, aux règles d'interprétation contenues dans les articles 34 à 38 inclus au Traité de Droit civil de 1889 ». Cf. Uruguay, Loi n° 16 603 du 19 octobre 1994, *Code civil*, 21 novembre 1994 (traduction libre de l'espagnol).

applicable à leur accord, un choix éventuel effectué par celles-ci serait reconnu par le tribunal uruguayen. Cette interprétation était largement acceptée par la doctrine uruguayenne jusqu'à la réforme de 2020, malgré quelques opinions divergentes[1712].

En outre, les tribunaux uruguayens refusaient de façon générale l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, considérant les normes du Code civil comme étant d'ordre public et, par conséquent, non modifiables par la volonté des parties[1713]. Par conséquent, si la loi régissant le contrat était celle de l'Uruguay, l'autonomie de choix était systématiquement rejetée. Toutefois, les tribunaux uruguayens ont parfois autorisé le choix de la loi applicable, dans la mesure où cela était permis par la loi du lieu d'exécution du contrat, en se référant à la seconde partie de l'article 2403 citée plus haut[1714].

Le débat a enfin pris fin en 2020 avec l'adoption de la nouvelle Loi générale sur le droit international privé, entrée en vigueur en mars 2021, qui consacre explicitement et définitivement l'autonomie de la volonté.

Avant d'examiner les dispositions de la nouvelle loi, il est pertinent de mentionner une récente décision de la Cour suprême de justice uruguayenne, rendue le 23 mars 2023, concernant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence rendue par un tribunal arbitral dont le siège était à New York, aux États-Unis[1715]. Dans cette affaire concernant la reconnaissance d'une sentence arbitrale new-yorkaise, la Cour a invalidé une clause compromissoire et une clause de choix de loi au motif que le contrat était de nature

[1712] C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, op. cit.*, spéc. p. 68 et 71 et s. L'auteure souligne que « La discussion concernant le fait de savoir si la règle de l'article 2403 relève de l'ordre public interne ou international semble poser une fausse alternative ». Elle note que l'article même dispose que « si la règle de conflit renvoie à un droit qui admet cette autonomie, celle-ci sera valable », néanmoins, elle affirme que « le problème présente d'autres nuances, qui exigent une analyse détaillée. Même si l'on acceptait la thèse selon laquelle l'article 2403 relèverait de l'ordre public interne, d'autres questions en jeu peuvent être d'ordre public international. Par exemple, dans un cas concret, il peut arriver que, dans un contrat d'adhésion, la difficulté tienne davantage au problème du consentement des parties qu'à celui de l'autonomie, en ce sens que le principe du libre consentement, comme seule source valable des obligations, se trouve mis en cause, et que ce principe relève, quant à lui, de l'ordre public international. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1713] V. en ce sens, p. ex., Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Primero Turno, arrêt n° 5/2020, *Laboratorio Libra S.A. c. Estado de la República Bolivariana de Venezuela*, 5 février 2020.

[1714] Un exemple illustratif de cette hypothèse est l'affaire *La Mannheim c. China Ocean Shipping Company (COSCO)* (Juzgado Letrado en lo Civil, LC 17°, Sentencia n° 42 de 24/10/1994 et Tribunal de Apelaciones en lo Civil, TAC 3°, Sentencia n° 8 de 1202/1996). Cet arrêt analyse un contrat de transport maritime, pour lequel les tribunaux uruguayens étaient compétents en raison de l'article 2401 du Code civil (domicile du défendeur), et la loi chinoise était applicable en vertu de l'article 2399 (loi du lieu d'exécution du contrat). Le juge uruguayen, en appliquant la dernière partie de l'article 2403 du Code civil, a validé le choix de la clause d'élection de la loi existant dans le contrat et a souligné que ce choix était compatible avec le droit étranger applicable (en l'occurrence, le droit chinois). Une telle clause aurait été acceptée comme valide par les tribunaux chinois en vertu de la loi de droit international privé chinoise et, de ce fait, le juge uruguayen était obligé d'appliquer ce droit, conformément à ses règles de conflit de lois, de la même manière que l'auraient fait les juges de l'État concerné. Cf. C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, op. cit.*, p. 347.

[1715] Uruguay, SCJ, Ejecución de Sentencia Extranjera n° 255/2023, IUE 1-42/2021, *Corporación de Navíos Granos S.A. c. Kilafen S.A.*, 23 mars 2023.

purement nationale[1716]. Plus significatif encore, la Cour a précisé que, même si le contrat avait été international, la clause aurait été invalidée en vertu des anciens articles 2399 et 2403 de l'appendice du Code civil, qui interdisaient formellement aux parties de choisir la loi applicable ou le tribunal compétent[1717]. Cette interdiction était considérée comme d'ordre public, imposant l'application de la loi uruguayenne du lieu d'exécution[1718].

Cette décision de la Cour suprême uruguayenne témoigne de l'ancrage profond de la doctrine territorialiste en Uruguay jusqu'à une époque très récente. La Cour disposait pourtant de plusieurs voies interprétatives plus souples : elle aurait pu procéder à une relecture des règles antérieures à l'aune de la nouvelle législation, ou encore s'appuyer sur cette loi nouvelle, quoique inapplicable *ratione temporis*, en tant qu'expression de principes généraux du droit international privé désormais reconnus par l'ordre juridique uruguayen. Elle a néanmoins privilégié une application stricte des dispositions du Code civil, écartant ainsi toute reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté. Cette orientation jurisprudentielle a d'ailleurs été renforcée ultérieurement par une juridiction d'appel[1719]. Une telle posture conservatrice soulève une interrogation fondamentale quant

[1716] L'une des parties contestait l'internationalité du contrat, ce qui remettait en question la validité de la clause compromissoire. La plus haute juridiction a donné raison à la partie concernée en confirmant le caractère purement national du contrat et en annulant par conséquent la clause de règlement des différends stipulée. Dans son exposé, la Cour a souligné que, compte tenu de la nature « purement nationale » du contrat, il était inapproprié de remplacer la loi nationale par des lois étrangères. Cette substitution « aurait en effet violé l'ordre public interne et entraîné l'invalidité de la clause, ce qui aurait empêché l'exécution de la sentence arbitrale ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1717] La Haute Cour précise que « sans préjudice de ce qui précède, même en admettant que le contrat possède un caractère international, la clause d'arbitrage convenue serait néanmoins considérée comme invalide ». Selon la Cour, l'invalidité découle du non-respect des articles 2399 et 2403 de l'appendice du Code civil, qui étaient en vigueur au moment de la conclusion du contrat et qui interdisent aux parties de choisir la loi applicable. Cela confirme ainsi la doctrine de la négation de l'autonomie de la volonté dans le régime antérieur à la loi de 2020, qui continue d'avoir des effets jusqu'à récemment (Cf. *Ibidem*). Selon l'art. 2403 abrogé par la Loi générale de droit international privé en 2020 : « Les règles de compétence législative et judiciaire déterminées dans ce Titre ne peuvent être modifiées par la volonté des parties. Celle-ci ne peut agir que dans les limites que lui confère la loi compétente. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1718] Selon l'arrêt : « La Cour s'est déjà prononcée sur l'interprétation de l'article 2403 du Code civil dans l'arrêt nº 468/2013, dans lequel il était indiqué : "Disposition qui a été examinée, quant à sa portée, par une doctrine de renom, signalant à cet effet que : 'La doctrine uruguayenne a majoritairement été opposée à l'autonomie de la volonté, position unanimement suivie par la jurisprudence et reflétée dans les normes tant nationales que supranationales. […] Lorsqu'un contrat international doit être exécuté en Uruguay, la loi applicable et le juge compétent seront uruguayens (articles 2399 et 2401), et les parties ne peuvent pas modifier ces règles de compétence législative et judiciaire, car la loi compétente les en empêche (article 2403)' (V. Fresnedo de Aguirre, Cecilia, 'L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux', 1re éd., Montevideo, FCU, 1991, p. 64 et 67)" ». Par conséquent, la Cour, après avoir pris en compte l'ensemble des opinions de ses membres, décida, en vertu du droit uruguayen en vigueur au moment de la conclusion du contrat que les parties ne pouvaient pas « valablement stipuler l'application de la loi maritime fédérale des États-Unis et des lois de l'État de New York, ni d'aucune autre loi différente de la loi nationale ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1719] Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Primero Turno, Sentencia n° 29/2024, 14 février 2024. Selon cet arrêt : « Concernant le grief relatif à l'exception de juridiction, soulevé par les deux défenderesses, il convient de partir du principe qu'il n'existe pas de traité entre l'Uruguay et le Venezuela et qu'au moment de la conclusion des contrats, l'appendice du Code civil était en vigueur, de sorte que la solution consacrée par la loi n° 19 920 ne s'applique pas. […] Dans ces conditions, selon les enseignements de Cecilia Fresnedo, les contrats sont régis par la loi du lieu de leur exécution et ce critère de rattachement doit être interprété conformément aux règles des articles 34 à 38 du Traité

à l'interprétation que la jurisprudence uruguayenne réservera désormais aux contrats conclus sous l'empire de la nouvelle loi, laquelle consacre précisément le principe de l'autonomie de la volonté.

284. Nouveau régime de la Loi générale uruguayenne. Contrairement aux dispositions de l'article 2403, aujourd'hui abrogé, du Code civil, qui consacraient un principe général « anti-choix », la nouvelle loi reconnaît pleinement la volonté des parties contractantes dans le choix de la loi applicable, mettant ainsi un terme à plus d'un siècle de résistance à ce principe. Comme l'explique l'exposé des motifs de la loi, le fondement de ce changement a été « d'harmoniser les solutions uruguayennes nationales en matière de contrats internationaux avec les tendances mondiales »[1720]. À cet effet, le premier alinéa de l'article 45 pose comme règle générale que les contrats internationaux peuvent être soumis par les parties à la loi qu'elles choisissent, sans préjudice des solutions spéciales et autres dispositions prévues par la loi, dans le cadre desquelles la volonté des parties pourra s'exercer. Comme l'a souligné le professeur Ruben B. Santos Belandro :

> « Il est ainsi mis fin à une trop longue période qui avait éloigné notre pays des solutions juridiques nouvelles apportées par la doctrine et le droit positif régional et mondial, et surtout d'une conception privatiste du droit international privé aujourd'hui incontestable, au regard de laquelle l'innovation doit être considérée comme bienvenue. »[1721]

En outre, l'article 13 de la nouvelle loi reconnaît la spécificité du droit commercial international : « Le droit commercial international est reconnu comme un droit de caractère spécial » (alinéa 1). Selon l'exposé des motifs, en raison de cette spécificité, le droit commercial international « requiert l'application d'un microcosme de normes spécifiques dans le contexte où cette activité se développe ». Ainsi, « l'importance de l'autonomie de la volonté des parties, l'application de normes d'origine non étatique mais reconnues par les systèmes juridiques d'origine nationale et conventionnelle en général, et le respect des usages et pratiques propres aux différents secteurs du commerce en jeu, sont les facettes qui définissent cette spécialité ». Il s'agit, comme le souligne l'exposé des motifs, « d'une norme qui répond à la nécessité d'adapter les solutions dans ce domaine à l'évolution des dernières décennies, reconnue par tous les ordres juridiques, tant de source internationale qu'interne »[1722].

---

de droit civil de 1889. Si la vente porte sur des choses déterminées par leur genre (lait en poudre), l'élément de rattachement du lieu d'exécution se situe dans l'État où le débiteur de la prestation typique (la livraison de la chose) a son domicile au moment de la conclusion du contrat (cf. auteur cité, "Cours de droit international privé", t. II, partie spéciale, volume 2, p. 227). Par conséquent, il est conclu que la clause de choix de la loi applicable dans le contrat liant les parties est invalide, la loi uruguayenne devant être appliquée et, par conséquent, les tribunaux nationaux sont compétents pour juger de l'affaire. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1720] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 190 (traduction libre de l'espagnol).

[1721] R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020*, *op. cit.*, p. 238.

[1722] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.,* p. 44 (traduction libre de l'espagnol).

Toutefois, comme l'a souligné la professeure Fresnedo de Aguirre, pour que le choix effectué par les parties puisse prévaloir sur les critères légaux subsidiaires, il faut que ce choix soit valide, ce qui doit être apprécié conformément à la Loi générale de droit international privé, tant à travers ses règles spéciales en la matière, qu'à travers ses règles générales. À ce sujet, l'auteure — qui s'était initialement montrée une opposante résolue à l'admission du principe de l'autonomie de la volonté[1723] — affirme désormais que, pour que l'élection de la loi soit valide, il faut « avant tout qu'elle existe, ce qui suppose un accord bilatéral, c'est-à-dire un accord entre les deux (ou plus) parties au contrat »[1724], et que ce choix soit « compatible avec le principe de l'égalité des parties devant la loi »[1725].

À une autre occasion, lors de l'analyse du projet de la loi désormais en vigueur, la même auteure a affirmé que « La réglementation de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux ne signifie ni l'abandon du système de conflit de lois comme un *backcloth*, ni la transformation de l'autonomie de la volonté en un principe. Au contraire, il s'agit bien d'une réglementation ». Elle précise encore : « En toute rigueur, la légitimité provient de la loi et non de la volonté subjective des parties »[1726].

Il reste à déterminer comment les juridictions interpréteront la nouvelle loi et la portée du principe de l'autonomie, et si elles choisiront de s'y conformer ou de demeurer attachées à la doctrine prédominante de défiance à l'égard de l'autonomie de la volonté, en recourant aux mécanismes prévus par la loi pour exercer un réel pouvoir de révision contractuelle[1727]. En conclusion, parmi les pays étudiés, on note un consensus concernant la reconnaissance de l'autonomie de la volonté au sein des législations nationales. Cette constatation est corroborée par les décisions jurisprudentielles et les travaux doctrinaux. Cependant, il est important de souligner que l'absence de dispositions plus précises sur la mise en œuvre de cette autonomie ainsi que l'inexistence d'une jurisprudence solide laissent subsister d'importantes lacunes en ce qui concerne le régime et sa portée effective. Ces lacunes soulèvent des interrogations quant à la manière dont le principe fondamental est appliqué et interprété dans divers contextes nationaux. Elles soulignent la nécessité d'une

---

[1723] V. C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, op. cit.*, spéc. p. 115-131.

[1724] Selon la professeure Fresnedo de Aguirre : « Il ne suffit pas qu'il y ait une clause unilatérale pour pouvoir parler d'autonomie de la volonté des parties » ; « Le quatrième alinéa de l'article 45 tend à garantir que, s'agissant du choix de la loi, il existe un accord valable entre les deux parties au contrat ; qu'il y ait eu un consentement valide de part et d'autre, ce qui ressort clairement de la teneur littérale et grammaticale de la règle, notamment du recours au pluriel pour désigner les parties ». Cf. C. Fresnedo de Aguirre, « La autonomía de la voluntad en la Contratación internacional y los principios Fundamentales en juego: Las novedades de la ley 19 920 », *op. cit.*, p. 223-224 (traduction libre de l'espagnol).

[1725] *Ibid*, p. 222 et s. (traduction libre de l'espagnol). Ce sujet sera approfondi lors de l'analyse des facteurs de « perturbation » de l'application de la loi étrangère et de la protection des parties vulnérables, v. *infra* n° 453 et s.

[1726] C. Fresnedo de Aguirre, « Private International Law in Uruguay: Present and Future », *op. cit.*, p. 104 (traduction libre de l'espagnol).

[1727] Cf. recherche effectuée sur le site du Pouvoir judiciaire de l'Uruguay, en ligne http://www.poderjudicial.gub.uy avec les mots-clés suivants : « ley general de derecho internacional privado » ; « ley n° 19 920 » ; « contrato(s) internacional(es) » ; « ley aplicable » ; « derecho aplicable » ; « derecho internacional privado » ; « autonomía de la voluntad » (consulté le 14 août 2025).

clarification et d'une harmonisation plus poussées afin d'assurer, à l'avenir, la cohérence et la prévisibilité des effets de l'autonomie de la volonté dans le domaine des affaires contractuelles transnationales.

§2 — Le régime de l'autonomie de la volonté

285. Alors que, dans l'ensemble, l'autonomie de la volonté est désormais généralement acceptée dans la plupart des législations internes en Amérique latine de façon explicite, des zones d'ombres subsistent quant au cadre régissant ce choix et à sa réelle portée ou étendue. Des incertitudes subsistent, notamment quant à la possibilité d'un choix tacite (A), à la faculté de modification ultérieure (B), à l'exigence d'un lien entre le droit désigné et la transaction ou les parties (C), à la possibilité du dépeçage (D), ainsi qu'à la validité formelle du choix, à la loi applicable à l'accord du choix de loi et à l'autonomie du choix de la loi applicable ou séparabilité (E).

A. Choix exprès et tacite

286. En pratique, l'établissement d'un choix tacite de la loi applicable représente une entreprise complexe. Un éventail étendu de critères, qu'ils soient objectifs ou subjectifs, peut guider le juge dans la détermination de la volonté tacite des parties. Alors que certaines législations spécifient la marche à suivre pour établir cette intention tacite, il est fréquent, dans la région latino-américaine, que les circonstances ne soient pas clairement définies par la loi, laissant place à diverses interprétations. Ces analyses sont généralement menées au cas par cas, assurant ainsi une recherche authentique d'une intention véritablement tacite, plutôt que simplement hypothétique.

Plus précisément, parmi les dix pays latino-américains qui reconnaissent explicitement la possibilité d'un choix de loi applicable, cinq d'entre eux reconnaissent expressément la possibilité d'un choix tacite, soit l'Argentine, Cuba, le Paraguay, la République dominicaine et l'Uruguay (1). Toutefois, les législations d'autres États, telles que le Guatemala, le Mexique, le Panama et le Venezuela, qui permettent aussi l'autonomie, ne précisent pas si les parties peuvent choisir tacitement le droit applicable ; cette faculté découle, dans ces pays, plutôt de l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle (2). Cela diffère au Pérou, où la législation exige une sélection explicite du droit applicable (3).

1. Acceptation du choix tacite : Argentine, Cuba, Paraguay, République dominicaine et Uruguay

287. À l'exception de Cuba, dont la législation ne traite pas explicitement de cette question, les lois des pays qui reconnaissent le choix tacite de la loi applicable présentent des approches similaires pour la déterminer. En effet, l'article 17 du Code civil cubain se borne à faire mention de « l'absence d'accord exprès ou tacite des parties » pour déterminer

les critères objectifs de désignation de la loi applicable[1728]. En plus de ce vide juridique, aucune affaire judiciaire, qui utiliserait cet article et apporterait une clarification à ce sujet, n'a été recensée[1729].

Pour les autres pays qui reconnaissent expressément le choix tacite de la loi, le choix hypothétique est exclu, en exigeant que la sélection de la loi applicable soit « certaine » (Argentine, art. 2651 du Code civil et commercial), « évidente » (République dominicaine, art. 58, I, de la Loi sur le droit international privé et également, en plus de « certaine », Argentine, art. 2651 du Code civil et commercial, et), « claire » (Paraguay, art. 6 de la Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux), ou encore « non équivoque » (Uruguay, art. 45, III, de la Loi générale de droit international privé)[1730]. Cependant, les critères à prendre en considération varient d'une législation à l'autre.

(a) Dispositions contractuelles et circonstances de l'affaire : le cas de l'Argentine et du Paraguay

288. Les législations de l'Argentine et du Paraguay sont similaires et précisent que le choix tacite doit résulter des « termes du contrat » ou des « circonstances de l'affaire ».

En Argentine, l'article 2651 du Code civil et commercial dispose que le choix doit être exprès ou « résulter de façon certaine et évidente des *termes du contrat* ou des *circonstances de l'espèce* »[1731]. De même, au Paraguay, l'article 6 de la Loi applicable aux contrats internationaux reproduit littéralement l'article 4 des Principes de La Haye. Selon cet article, « Le choix du droit applicable, ou toute modification du choix du droit applicable, doivent être faits expressément ou résulter clairement des *dispositions du contrat* ou *des circonstances* »[1732].

[1728] Cuba, Loi n° 59, *Code civil*, 16 juillet 1987 (traduction libre de l'espagnol).

[1729] Cf. recherche effectuée sur les sites du Tribunal suprême de Cuba, en ligne http://www.tsp.cu/, avec les mots-clés : « contrato(s) internacional(es) » ; « ley aplicable » ; « derecho aplicable » ; « derecho internacional privado » ; « autonomía de la voluntad » ; « elección tácita » (consulté le 14 août 2025).

[1730] La doctrine argentine a, par ailleurs, souvent critiqué le manque de clarté de l'article 2561, spécialement en ce qui concerne la distinction entre « certain » et « évident ». Selon la professeure Carolina D. Iud, dans le système argentin, un choix certain et évident signifie « un choix qui ne laisse aucune place au doute. Et qui ne repose pas sur la volonté hypothétique des parties ; en bref, sans équivoque ». C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, p. 239.

[1731] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1732] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

(i) Argentine

289. En Argentine, l'expression « les termes du contrat ou les circonstances de l'espèce » a été perçue comme une formulation large, susceptible d'englober divers éléments. Suivant les propos de C. Iud, le tribunal devrait mener une analyse pondérée de l'ensemble des éléments et des circonstances spécifiques, plutôt que de se fonder sur un élément isolé[1733].

Sous le régime de l'ancien Code civil, le lieu d'exécution du contrat avait servi de critère déterminant pour définir la volonté tacite des parties. Dans un jugement de première instance rendu le 7 octobre 1976, le tribunal a décidé que le lieu où le contrat « produit ses effets typiques » (faisant ainsi allusion à la notion de la prestation caractéristique) peut être considéré comme le lieu de la soumission tacite des parties. Cette décision, qui opère une véritable « localisation du contrat », était motivée par « des impératifs d'objectivité et de sécurité dans le commerce international », puisque, selon la décision, ce lieu constitue également celui où l'on trouve les « liens les plus étroits avec le contrat »[1734]. Autrement dit, le tribunal estima que le lieu où le contrat doit être exécuté est celui présentant les liens les plus étroits avec celui-ci, et, par conséquent, on peut présumer que les parties ont choisi la loi de ce lieu.

290. Accord procédural. D'ailleurs, la tradition juridique argentine met en avant la considération selon laquelle le comportement des parties lors de la procédure peut constituer un choix tacite. Ainsi, lorsque les parties invoquent un même droit dans leurs moyens (notion de « l'accord procédural »), ce droit est parfois interprété comme ayant été tacitement choisi par les parties[1735]. Il est à noter que, dans de telles situations, le droit argentin est souvent celui retenu[1736], même si les décisions ne posent pas une limitation expresse à la possibilité de recourir à l'accord procédural uniquement pour choisir le droit du for. De ce fait, au moins en théorie, les parties pourraient, pendant la procédure, se mettre d'accord sur l'application d'un droit étranger.

Déjà sous le régime de l'ancien Code civil, la jurisprudence argentine reconnaissait la possibilité d'un choix tacite de loi, tout en semblant exiger une volonté consciente. Dans un jugement rendu par un tribunal de première instance le 7 octobre 1969, il a été jugé que le simple fait pour le demandeur de fonder sa demande sur le droit argentin ne suffisait pas à considérer ce dernier comme applicable, notamment en raison de l'absence de réponse

---

[1733] C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit.,* p. 238.

[1734] Argentine, Juz. Nac. Com., Buenos Aires, *Cistern S.R.L. c. José Piccardo S.A.I.C.*, 7 octobre 1976 (traduction libre de l'espagnol).

[1735] Au sujet de l'accord procédural, v. B. Fauvarque-Cosson, « L'accord procédural à l'épreuve du temps », retour sur une notion française controversée, *Le droit international privé : esprit et méthodes,* Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 263-284, p. 285.

[1736] *Ibid*, p. 241 et s.

du défendeur. Il fallait, de ce fait, une « volonté concordante » des parties[1737]. Une deuxième décision, rendue par Boggiano comme juge national de première instance le 6 juin 1977, a conclu que les parties pouvaient, implicitement et par un commun accord lors de la procédure, convenir d'appliquer le droit privé argentin (soit l'idée d'un accord procédural tacite). Cette option serait permise par l'autonomie conflictuelle du droit international privé argentin[1738]. Selon le jugement : « Aucune convention spéciale n'est nécessaire pour admettre un tel choix. Il suffit que les deux parties s'appuient chacune de leur côté sur la même loi pour considérer qu'elles la désignent comme implicitement applicable »[1739]. L'admission de l'accord procédural tacite est ainsi étendue : il suffit que les écritures des parties soient concordantes.

Une cour d'appel a confirmé ce raisonnement quelques années plus tard, dans un arrêt rendu le 1er mars 1984 (affaire *Arrebillaga c. Banco de la Provincia de Santa Cruz*), qui a reconnu, à titre principal, l'existence d'un choix tacite des parties intervenu au cours de la procédure, fondé sur « les comportements processuels concluants des parties »[1740]. À cette occasion, elle a jugé que la détermination d'un choix tacite peut se fonder sur le comportement procédural des parties en tant qu'élément principal, et à titre subsidiaire, sur le lieu d'exécution du contrat (rattachement objectif prévu par le droit argentin), mais aussi sur le lieu de domicile commun des parties en Argentine. Selon l'arrêt, « il est certain que les deux parties, tout au long de la procédure, ont fondé leurs prétentions et leurs défenses sur le droit argentin, car même l'appelante n'a invoqué aucun droit étranger qui, selon elle, serait applicable au prêt ». En conséquence, la cour a appliqué le droit national

[1737] Argentine, Juz. Nac. Paz, 46, *Estudios Espíndola c. Bollati, Cristóbal J.*, 7 octobre 1969. Selon le jugement : « […] l'invocation par la partie demanderesse de normes du droit argentin ne constitue pas non plus un tel exercice [de l'autonomie de la volonté] (l'allégation du droit applicable est parfois considérée comme un acte concluant, effectué devant le tribunal, par lequel les parties soumettent leur contrat à ce droit). L'exercice de l'autonomie de la volonté n'a pas nécessairement besoin d'être contemporain à la conclusion de l'acte. Sur ce point, il est possible de consulter Goldschmidt (Sistema y filosofía del derecho internacional privado, vol. I, p. 428 et suivantes), car il manque la volonté concordante de son adversaire en ce sens, et je ne pense pas que l'absence de réponse à la demande puisse entraîner une telle conséquence. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1738] Argentine, Juz. Nac. Com. 13, *Feramérico c. Lital*, 6 juin 1977. Selon l'arrêt : « 6) Maintenant, les deux parties invoquent, à l'appui de leurs demandes, des normes du Code civil argentin relatives au paiement et, bien que les juges ne soient pas limités par les demandes et preuves des parties dans l'application du droit étranger, ils peuvent fonder leur décision sur le droit implicitement choisi par celles-ci, car aucun accord spécial n'est requis pour admettre ce choix. Il suffit que les deux parties se fondent unilatéralement sur le même droit pour considérer qu'elles le désignent implicitement comme applicable (cf. art. 1212, première phrase, du Code civil). Il convient donc de conclure que les parties ont désigné comme droit applicable le droit privé argentin pour régler ce litige, en plus, bien sûr, des normes cambiaires de police argentine qui sont inévitablement applicables (traduction libre de l'espagnol).

[1739] Selon cette décision : « Or, les deux parties invoquent comme fondement de leurs demandes des dispositions du Code civil argentin relatives au paiement, et bien que les juges ne soient pas limités par les demandes et preuves des parties dans l'application du droit étranger, ils peuvent néanmoins s'appuyer sur le droit implicitement choisi par celles-ci, car aucun accord spécial n'est nécessaire pour reconnaître une telle désignation. Il suffit que les deux parties se fondent unilatéralement sur un même droit pour considérer qu'elles l'ont implicitement désigné comme applicable (art. 1212, première phrase, du Code civil argentin). Il en découle que les parties ont choisi comme droit applicable le droit privé argentin pour trancher ce litige ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1740] Argentine, CNCom., sala E, *Arrebillaga c. Banco de la Provincia de Santa Cruz*, 1er mars 1984.

pour trancher le litige[1741]. La Cour autorise ainsi la reconnaissance de l'accord procédural implicite, tout en le corroborant par d'autres éléments objectifs, tels que le lieu d'exécution du contrat et le domicile des parties.

Ce raisonnement a été confirmé par une cour d'appel, la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial*, dans un arrêt du 7 octobre 2010[1742]. Selon cet arrêt, qui adopta une vision restrictive de l'autonomie de la volonté, les parties se sont soumises volontairement aux règles de droit international privé argentines « en raison de leur comportement procédural ». Il est intéressant de noter, dans ce cas précis, que les parties avaient inclus dans les factures litigieuses une « clause FOB Inde », ce qui pouvait laisser supposer que le lieu d'exécution serait le port d'embarquement de la marchandise en Inde et non celui de livraison (Buenos Aires, Argentine). Néanmoins, la Cour d'appel était d'avis que, malgré la clause FOB convenue entre les parties et indiquant le port d'embarquement des marchandises en Inde, les deux parties avaient affirmé lors de la procédure que le lieu d'exécution se situait en Argentine, ce qui « permet au moins de déduire que les parties ont réduit la portée de cet Incoterm et désigné le port argentin comme lieu d'exécution de la prestation la plus caractéristique » ; et ceci, « en utilisant *tacitement* l'autonomie de la volonté conflictuelle dont jouissent les parties en matière de vente internationale de marchandises »[1743]. Dès lors, la Cour considéra que les parties ont « explicitement supposé que le lieu de livraison des marchandises fût le port de Buenos Aires, République argentine »[1744]. Par conséquent, d'après l'arrêt, les parties, étant en mesure de déterminer le lieu d'exécution de l'obligation caractéristique du contrat, elles ont, par extension, la possibilité de désigner implicitement la loi applicable au contrat. Cela renvoie ainsi, à l'idée d'une « localisation » du contrat, similaire à celle soutenue par Batiffol[1745].

Cependant, une cour d'appel fédéral, la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal*, dans une décision du 27 octobre 2006, rejeta l'emplacement d'exécution comme un facteur à considérer pour déterminer la volonté tacite des parties et mit notamment l'accent sur le comportement des parties et les éléments objectifs du

[1741] Selon l'arrêt : « Le principal fondement réside dans le fait que les parties ont soutenu leurs prétentions et défenses en droit argentin, choisissant de manière non équivoque ce droit comme applicable au cas. En outre, en tant que fondement corroborant, il convient de considérer que le lieu d'exécution de la représentation invoquée se situe dans le pays, car les relations entre le mandataire et les tiers, concernant l'existence et l'étendue des pouvoirs du mandataire, ainsi que les effets des actes d'intermédiation dans l'exercice réel ou présumé des pouvoirs, sont régies par la loi du lieu où l'intermédiaire a son domicile ou son établissement au moment de l'acte ». D'autre part, la Cour semble également utiliser le critère du domicile commun des parties en Argentine, comme on peut l'observer dans cet extrait de la conclusion de l'arrêt : « Dans de telles circonstances, étant donné que les deux parties au contrat ont leur domicile dans le pays, aucun droit étranger spécifique n'ayant été choisi pour le contrat, mais implicitement le droit argentin ayant été désigné (arts.1209, 1210 et 1212, Code civil), par le biais des actions procédurales concluantes des parties, il convient de juger l'affaire selon ce droit ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1742] Argentine, CNCom., sala F, *Ecotune (India) Private Ltd. c. Cencosud S.A.*, 7 octobre 2010.

[1743] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1744] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1745] V. *supra* n° 96.

contrat[1746]. Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale confirme que le choix de la loi applicable peut être exprès ou tacite, et explique : « le premier découle d'une clause de l'accord, tandis que le second se déduit de l'*ensemble des règles contenues dans le contrat* et du *comportement des parties* » — des éléments, ainsi, tant subjectifs qu'objectifs[1747].

Par la suite, la Cour rejeta l'élément objectif du lieu d'exécution du contrat comme élément caractérisant la volonté tacite des parties. Cependant, la décision ne met pas complètement de côté l'idée de considérer ce lieu dans l'analyse de la volonté tacite des parties. En réalité, il se fonde sur les particularités de l'affaire, ce qui l'a amené à considérer cet aspect comme potentiellement fortuit ou de seconde importance[1748]. Selon l'arrêt :

> « Dans cet ordre d'idées, et même si nous acceptions que le lieu d'exécution des prestations à la charge de la Banque Galicia se trouvait à New York, cela n'était pas pertinent dans le contrat, car le lieu d'exécution ou de transfert de l'argent aurait pu être les Bahamas ou la Suisse. Ce qui importait au contrat était la loi de change argentine, ce qui montre clairement que les parties ont choisi la loi de ce pays comme régissant la relation. »[1749]

L'arrêt évoqua ensuite la théorie de Boggiano sur la détermination de la loi tacite et des éléments à prendre en compte[1750]. Il en conclut que, « compte tenu des termes du contrat dans son ensemble ainsi que du comportement des parties, qui plaident en Argentine et se réfèrent au droit argentin », il est « manifeste que les parties ont choisi la législation argentine »[1751]. Bien que la Cour n'ait pas expressément utilisé la terminologie d'« accord procédural », elle l'admet toutefois et reconnaît qu'un tel accord peut résulter même de manière tacite de leur « comportement ». Parmi les éléments à prendre en compte dans ce

---

[1746] Argentine, CNCiv.y Com. Fed., sala III, *Banco Europeo para América Latina c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.*, 27 octobre 2006 (traduction libre de l'espagnol).

[1747] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1748] Selon l'arrêt, la demanderesse, Banco Europeo para América Latina, a déclaré avoir conclu, les 26 et 27 février 2001, trois contrats à terme pour l'achat et la vente de dollars américains avec la défenderesse, Banco de Galicia y Buenos Aires S.A, désignant une banque basée à New York comme chargée de recevoir le paiement des dollars. Selon la demanderesse, à l'expiration de chacun des contrats, Banco Galicia a refusé de lui payer les sommes dues, en dépit du fait que le Décret 410/02 excluait de la « pesification » les obligations de la nature de celles qui sont en cause en l'espèce. Elle a également souligné que les contrats conclus avec la banque défenderesse étaient régis par le droit étranger, et plus précisément par le droit nord-américain, puisque la ville de New York avait été choisie comme lieu de livraison des dollars dus par Banco Galicia. Pour cette raison, elle a considéré que le Décret 992/02 était inapplicable en l'espèce. Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1749] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1750] Selon l'arrêt : « Boggiano souligne que les faits suivants sont révélateurs pour déterminer la loi applicable, et qu'ils sont tous présents en l'espèce : (i) le choix de la loi applicable au litige ; (ii) le fait de ne pas convenir dans le contrat de l'application d'une loi autre que la loi argentine ; et (iii) le fait de fonder les réclamations sur la loi argentine. De telles circonstances permettent, selon l'auteur, de conclure que les parties ont tacitement désigné le droit argentin comme applicable au contrat par leur comportement procédural concluant (art. 1212, al. 1, Code civil, et jurisprudence de la CNCom, Chambre E, "Deutsches Reiseburo c. Speter", avec vote de l'auteur et note d'Alicia Perugini de Paz y Geuse, LL 1984-D-560 ; Boggiano, Antonio, "Compraventa internacional de acciones", LL 1989-E-191 ; C2ªCC Paraná, Sala II, 10/8/88, "Sagemüller, Francisco G. c. Sagemüller de Hinz, Liesse L. y otro") ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1751] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

« comportement », la Cour a notamment mentionné des situations qui peuvent rentrer dans la notion de « circonstances de la cause », telles que des paiements effectués conformément à la loi interne et la devise utilisée pour ces paiements, ainsi que la notion d'« accord procédural », faisant mention expresse à l'invocation de moyens fondés sur le droit national[1752].

*
* *

291. En conclusion, l'analyse de la jurisprudence argentine révèle une approche relativement souple dans la détermination du choix tacite de la loi applicable. Cette approche repose sur des critères objectifs, principalement le lieu d'exécution du contrat, mais aussi le domicile des parties, la monnaie utilisée et le lieu de paiement, mais elle s'appuie surtout sur des critères subjectifs. Parmi ces derniers, figure l'idée du « comportement procédural des parties », qui correspond en fait à la notion connue de l'accord procédural. Selon la jurisprudence argentine, cet accord procédural peut être déduit tacitement du comportement concordant des parties, sans qu'il soit requis de respecter une forme rigide.

(ii) Paraguay

292. Au Paraguay, la doctrine a compris l'article 6 de la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière des Principes de La Haye, qu'elle a, en quelque sorte, « volés »[1753]. Selon le professeur Moreno Rodríguez, rédacteur de la loi paraguayenne, « l'autonomie de la volonté suppose que les parties ont effectivement voulu choisir la loi

[1752] En ce qui concerne le comportement des parties qui justifient l'application du droit argentin comme choix tacite fait par les parties, la Cour d'appel liste les comportements suivants : « […] (a) Les règlements de la valeur de la monnaie ont été effectués conformément à la loi argentine ; (b) Des contrats similaires entre les mêmes parties ont été réglés avec la devise étrangère conformément aux règles argentines et l'acheteur des dollars (BEAL) a déposé la différence entre le taux de change convenu et le taux de change officiel en Argentine auprès de la BCRA ; (c) Avant l'ouverture du procès, le plaignant avait demandé l'application de la loi argentine lorsque le décret 410/02 était en vigueur, qui prévoyait que la *pesification* ne s'appliquait pas aux obligations à terme […] En d'autres termes, le demandeur a invoqué les règles de la loi argentine lors de l'exécution du contrat, dont l'application est aujourd'hui contestée ; (d) Dans les règlements envoyés par BEAL à Banco Galicia, la Banque centrale de la République argentine était mentionnée comme lieu de paiement (v.page 208) ; (e) À aucun moment, le demandeur n'a tenté de régler l'obligation à la valeur de change du peso argentin aux États-Unis ; (f) Absence de détermination de la loi étrangère applicable à l'affaire. En effet, le demandeur n'explique pas quelle règle de droit étranger il entend appliquer et règle ses prétendues créances selon les règles monétaires locales ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1753] Le professeur Moreno Rodríguez, en commentant la loi, affirme : « Le législateur paraguayen est un parfait voleur » (« El legislador paraguayo es un perfecto ladrón ») en faisant référence à Walton (J.W. Cairns, "Development of Comparative Law in Great Britain", en The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford-New York, 2006, p. 146), qui qualifiait les législateurs de « arrant thieves », applaudissant lorsqu'il s'agissait de copier ainsi des modèles réussis pour les incorporer dans d'autres juridictions. Cf. J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.,* p. 197 (traduction libre de l'espagnol).

applicable à leurs contrats »[1754]. En cas de doute, il faut, selon lui, déduire cette intention des dispositions mêmes du contrat ou des circonstances qui l'entourent, conformément aux prescriptions de la loi de 2015. La volonté tacite peut, par exemple, se manifester, comme le souligne le professeur, « lorsqu'un contrat type régi par un système juridique déterminé est choisi ; lorsqu'un contrat antérieur prévoyait déjà un choix de loi ; lorsqu'une référence explicite est faite à des dispositions ou à la législation d'un pays donné ; ou encore lorsqu'un contrat s'inscrit dans une série d'opérations fondées sur un accord de base assorti d'un droit particulier »[1755].

Par ailleurs, la loi paraguayenne précise que le choix du for n'est pas décisif dans cette recherche (art. 6) et que, lorsque la loi applicable n'est pas expressément désignée ou qu'un doute subsiste quant à l'existence d'un accord des parties à ce sujet, la loi présumée choisie par celles-ci s'applique (art. 8)[1756].

(b) Les clauses contractuelles considérées dans leur ensemble : le cas de l'Uruguay

293. S'inspirant de l'article 7.1 de la Convention de Mexico, l'Uruguay se fonde également sur les éléments du contrat pour déterminer la loi tacite, sans toutefois mentionner les circonstances de l'affaire, comme le font les lois argentine et paraguayenne. Cependant, la nouvelle législation uruguayenne sur le droit international privé diffère légèrement de celles des deux pays mentionnés, en ce qu'elle prévoit que « L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou ressortir de manière non équivoque des *clauses contractuelles considérées dans leur ensemble* »[1757].

Dans son interprétation de l'article 45, III, le professeur Ruben B. Santos Belandro souligne que le choix tacite doit inévitablement constituer un choix « réel et indubitable »[1758]. Selon cet auteur, ce choix doit « découler des faits, permettant ainsi de reconstituer la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat »[1759]. Pour lui, il s'agit d'une question de preuve qui se résout de la même manière que tout autre problème probatoire[1760]. Cela peut se produire, par exemple, lorsque le contrat fait référence de manière permanente à des lois et réglementations spécifiques à un certain pays ou à des

[1754] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.,* p. 159 (traduction libre de l'espagnol).

[1755] *Ibid*, p. 160 (traduction libre de l'espagnol).

[1756] Ces aspects seront examinés plus en détail dans les sections suivantes, v. *infra* n° 295.

[1757] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1758] R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.*, p. 590 (traduction libre de l'espagnol).

[1759] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1760] *Ibidem.*

situations similaires[1761]. Quoi qu'il en soit, comme l'ont souligné les professeurs Cecilia Fresnedo de Aguirre et Gonzalo Lorenzo Idiarte, « cette déduction concernant la loi applicable doit être sans équivoque, il ne peut subsister aucun doute à ce sujet »[1762].

En outre, les professeurs Fresnedo de Aguirre et Idiarte ont mis en évidence qu'il doit exister un consentement des parties contractantes. Ce consentement « ne peut être vicié ni être présumé ou supposé », c'est-à-dire, « il ne peut être "considéré comme réel ou véritable sans la certitude qu'il le soit" »[1763].

Il reste à savoir comment les tribunaux appréhenderont cette nouvelle possibilité de choix de loi et procéderont concrètement à la recherche de la volonté tacite lorsqu'aucune manifestation expresse des parties n'est intervenue.

(c) Le comportement des parties : le cas de la République dominicaine

294. Outre l'obligation de se concentrer sur les dispositions du contrat pour identifier le choix tacite de la loi, comme le prévoit la législation uruguayenne, la législation de la République dominicaine intègre aussi une mention du comportement des parties.

Le paragraphe I de l'article 58 de la Loi sur le droit international privé dominicaine précise que « L'accord des parties sur le choix de la loi applicable doit être exprès ou, à défaut d'accord exprès, résulter de manière manifeste du *comportement des parties* et des *clauses du contrat*, considérées dans leur ensemble »[1764].

En plus de ces critères, selon la doctrine dominicaine, il faut évaluer les indices d'un choix tacite en considérant tous les éléments du contexte, comme la répétition de références à des dispositions spécifiques d'un seul système juridique dans le contrat, ou le fait que les arguments procéduraux des parties se fondent exclusivement sur la loi d'un pays donné.

[1761] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.*, p. 191.

[1762] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1763] Comme les professeurs Cecilia Fresnedo de Aguirre et Gonzalo Lorenzo Idiarte l'expliquent, lors de l'adoption de la Convention interaméricaine au Mexique, la délégation uruguayenne a tenu à réaffirmer que le choix est valable lorsqu'il y a un libre consentement des parties. « La liberté contractuelle, le libre consentement et l'interdiction de l'abus de droit sont des principes fondamentaux sur lesquels l'Uruguay fonde son ordre juridique. L'application concrète de ces principes à la matière contractuelle doit faire l'objet d'un développement spécifique. Concernant leur interprétation, il est pertinent d'évoquer les propos de Lorenzo, selon qui "dans ce projet, il n'existe aucune disposition qui puisse être interprétée comme générant, promouvant ou même tolérant une quelconque forme d'abus d'une partie sur l'autre" ». *Ibid,* p. 190 (traduction libre de l'espagnol). La citation à l'auteur « Lorenzo » n'est pas spécifié dans le texte, mais plus tard dans le texte les auteurs mentionnent la référence à Lorenzo Idiarte, 2020, 29-31.

[1764] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

En complément de ces critères, selon la doctrine dominicaine, les indices d'un choix tacite doivent être évalués en prenant en compte toutes les circonstances, comme la présence dans le contrat de références répétées à des dispositions spécifiques d'un seul système juridique, ou le fait que les arguments procéduraux des parties reposent uniquement sur la loi d'un pays déterminé[1765]. D'autres indices ont aussi été mentionnés par la doctrine dominicaine pour prouver une volonté tacite. Il s'agit entre autres de l'utilisation d'un langage ou de termes spécifiques dans le contrat, des actions des parties avant et après sa conclusion, de leurs relations antérieures, de leurs communications pendant les négociations, ou encore de l'emploi de certaines clauses générales. En outre, il a été souligné que cette analyse repose fréquemment sur une « précompréhension » juridique enracinée dans un système de droit déterminé — généralement celui du for — qui peut, en définitive, ne pas correspondre au droit applicable au fond du litige[1766]. Cette situation est d'autant plus problématique que l'interprétation peut varier substantiellement selon l'orientation doctrinale et la tradition juridique auxquelles se rattache l'interprète, introduisant ainsi un facteur d'incertitude dans la qualification des questions litigieuses.

(d) L'impact du choix de la juridiction compétente

295. Les législations du Paraguay, de l'Argentine, de la République dominicaine et de l'Uruguay précisent également que le choix de la juridiction compétente n'affecte pas le choix de la loi applicable.

Selon l'article 6 de la loi paraguayenne, « Un accord entre les parties pour attribuer la compétence à une juridiction nationale ou à un tribunal arbitral pour régler les litiges découlant du contrat, n'équivaut pas en soi à un choix de loi »[1767] ; et, selon l'article 2651, g, de la loi argentine, « le choix d'un for national particulier n'implique pas le choix de la loi interne applicable dans ce pays »[1768]. De même, dans le système dominicain, l'article 59 de la Loi sur le droit international privé dispose que « Le choix d'un tribunal par les parties ne détermine pas nécessairement le choix de la loi applicable »[1769].

Par ailleurs, l'article 46 de la nouvelle législation uruguayenne dispose : « Le choix de la loi n'entraîne pas automatiquement le choix du tribunal compétent, et réciproquement »[1770]. Il faut noter qu'en Uruguay, le principe du parallélisme a prévalu pendant plus de 70 ans,

---

[1765] J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, N. Concepción, *op. cit.*, p. 424.

[1766] *Ibid*, p. 425.

[1767] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1768] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[1769] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol). V. aussi, J.C. Fernández Rozas, S. Sánchez Lorenzo, N. Concepción, *op. cit.*, p. 424.

[1770] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

ce qui signifiait que la compétence du juge dépendait de la loi applicable. En réalité, l'article 2401 du Code civil uruguayen, qui a été abrogé, stipulait que, une fois la loi applicable déterminée, le juge de ce système juridique devait automatiquement être compétent, à l'exception des actions concernant des biens personnels qui pouvaient également être portées devant les juridictions du pays de domicile du défendeur, à la discrétion du demandeur[1771]. D'après le professeur Belandro, ce critère est justifié par l'hypothèse que le juge est plus familier avec sa propre législation et qu'il est préférable d'éviter de devoir consulter une loi étrangère, dont la recherche et l'interprétation pourraient s'avérer complexes[1772].

Avec l'entrée en vigueur de la Loi générale de droit international privé en 2020, le législateur uruguayen a conservé la compétence du *forum legis*, tout en retenant d'autres chefs de compétence (art. 57 de la Loi générale). Cependant, avec la disposition du nouvel article 46 cité plus haut, il n'y a pas automatiquement désignation du tribunal compétent par le choix de la loi, et réciproquement, il n'y a pas élection automatique de la loi applicable par le choix du tribunal compétent[1773]. Cette évolution jurisprudentielle traduit un renouvellement méthodologique fondamental : la détermination de la loi applicable obéit désormais à des critères autonomes, distincts de ceux qui gouvernent la compétence juridictionnelle. D'un côté, le choix de la loi est guidé par la recherche de la solution de droit privé la plus adaptée pour les parties, tandis que la compétence internationale du juge repose sur un critère de proximité[1774].

De telles formules s'opposent à une position largement répandue dans la *common law*[1775]. Selon le professeur Friedrich K. Juenger, même lorsque les textes prescrivent le contraire, les tribunaux manifestent souvent une tendance domestique (« homing trend ») à appliquer leur propre droit[1776]. Une proposition similaire avait d'ailleurs été avancée lors de la réforme de la Convention de Rome, mais elle n'a pas été retenue ; elle figure désormais à titre d'orientation dans le considérant 12, qui précise que le choix de la juridiction ne

[1771] « Art. 2401 — Les juges de l'État dont la loi régit les relations juridiques internationales sont compétents pour connaître des litiges nés de ces relations. S'il s'agit d'actions personnelles, elles peuvent également être portées, au choix du demandeur, devant les tribunaux du pays du domicile du défendeur ». Uruguay, Loi n° 10 084 du 12 décembre 1941 (traduction libre de l'espagnol).

[1772] R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.*, p. 610.

[1773] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[1774] Sur ce changement de paradigme, v. R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19 920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.,* p. 610.

[1775] Cf. J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.,* p. 161.

[1776] F.K. Juenger, « General Course on Private International Law », *RCADI*, 1983, vol. 193, p. 133-134.

constitue qu'un élément parmi d'autres à prendre en considération pour déterminer la loi applicable[1777].

En suivant la solution retenue par le modèle européen, dans les systèmes nationaux mentionnés, un choix de for ne présume pas en soit le choix de loi. Toutefois, il est possible que ce choix soit un élément (parmi d'autres) servant à déterminer la loi choisie. Cette interprétation découle de l'utilisation des termes « en soi » dans la législation paraguayenne, « nécessairement » dans la législation dominicaine, et « automatiquement » dans la nouvelle loi uruguayenne.

Comme le confirment les professeurs Fresnedo de Aguirre et Idiarte dans le contexte de l'Uruguay : « Le choix du tribunal sera évidemment une clause à prendre en compte comme indice de la volonté tacite de choisir également cette loi, mais cela doit également être analysé dans le cadre de l'ensemble des clauses contractuelles »[1778]. La doctrine paraguayenne du professeur Moreno Rodríguez appuie également une telle interprétation : « Il va de soi que cela peut constituer un élément important, mais, en définitive, la solution de La Haye — reprise par la loi paraguayenne — est que le choix d'un tribunal ne doit pas être décisif pour considérer que son droit doit s'appliquer »[1779].

2. Acceptation doctrinale ou jurisprudentielle du choix tacite : Guatemala, Panama, Venezuela et Mexique

296. Pour les quatre pays qui n'abordent pas explicitement dans leur législation la possibilité d'un choix tacite, à savoir le Guatemala, le Panama, le Venezuela et le Mexique, des incertitudes subsistent quant à l'acceptation d'une telle faculté. Les lois internes de ces États sont silencieuses sur ce sujet et très souvent la jurisprudence fait défaut. Néanmoins, comme nous le verrons, la doctrine nationale soutient la licéité d'un choix tacite, tout en exigeant qu'il soit évident, notamment en se fondant sur l'application de la Convention de Mexico en tant que référence pour interpréter et pallier les lacunes des législations nationales (en particulier pour le Venezuela et le Mexique, États signataires de cette convention).

297. Au *Guatemala*, bien que la législation ne soit pas claire à ce sujet, la doctrine a admis la possibilité d'un choix tacite. Elle s'appuie sur des comparaisons avec les règles de compétence judiciaire, notamment l'article 2 du Code de procédure civile et

[1777] V. la position du professeur Paul Lagarde, qui s'est manifesté contre une telle solution, le qualifiant de « très contestable ». P. Lagarde, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 331-360, spéc. n° 7. Pour cette discussion, v. *infra* n° 528.

[1778] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 192 (traduction libre de l'espagnol).

[1779] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.,* p. 161 (traduction libre de l'espagnol).

commerciale, qui prévoit que les parties peuvent confier tacitement leur affaire à un tribunal spécifique. De plus, l'article 318 du code Bustamante, en vigueur au Guatemala, précise que la juridiction compétente est celle désignée par les parties, qu'il y ait eu un accord explicite ou tacite[1780].

Au *Panama*, le manque de précision de la législation nationale, combiné à l'absence de doctrines et de jurisprudences sur ce sujet, crée une difficulté pour l'acceptation du choix tacite de la loi. Néanmoins, la rédaction relativement libérale de l'article 69 et le contexte entourant l'approbation du Code de droit international privé panaméen, fortement inspirés de la Convention de Mexico et des Principes de La Haye, font entrevoir la possibilité d'accepter un choix tacite de la loi applicable.

De même, au *Venezuela*, la doctrine a souvent déduit que le choix tacite serait admis, à partir d'une interprétation systématique des normes applicables. La possibilité de faire un choix tacite a été dégagée de l'application de la Convention de Mexico comme source d'interprétation et comblement des lacunes de la Loi vénézuélienne sur le droit international privé (art. 1 de la loi vénézuélienne)[1781]. L'exposé des motifs de la loi vénézuélienne confirme d'ailleurs que les règles applicables aux obligations contractuelles s'inspirent des orientations de cette Convention et en constituent un véritable « résumé ».

Selon la doctrine nationale, un choix tacite de la loi applicable au contrat serait permis en raison des dispositions de l'article 1 de ladite Loi, qui pose des règles sur la hiérarchie des sources en matière de droit international privé. Selon cet article, dans la résolution d'un cas concret, les juges doivent appliquer en premier lieu les normes du droit international public pertinentes, notamment celles établies dans les traités internationaux en vigueur au Venezuela, et, à défaut, les règles du droit international privé commun vénézuélien. À défaut, il sera fait usage de l'analogie et, enfin, des principes généralement acceptés du droit international privé. Dès lors, la doctrine a soutenu que les normes de la Convention de Mexico doivent être considérées comme des « principes généralement acceptés du droit international privé », et s'appliquer aux cas de conflit de lois pour des contrats internationaux qui lient le Venezuela à des pays qui n'ont pas ratifié la Convention, dans un souci d'harmonisation des solutions[1782]. Par conséquent, le choix tacite, explicitement

---

[1780] C. Larios Ochaita, *op. cit.*, p. 59. À notre connaissance, aucune jurisprudence guatémaltèque ne traite de cette question. Cf. recherche effectuée principalement sur les sites de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en ligne http://www.oj.gob.gt/csj/, et du Sistema de Consulta de Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, en ligne https://consultajur.cc.gob.gt, avec les mots clés suivants : « contrato(s) internacional(es) » ; « ley aplicable » ; « derecho aplicable » ; « derecho internacional privado » ; « autonomía de la voluntad » ; « elección tácita » ; « articulo 31 de la Ley del Organismo Judicial » ; « articulo 32 de la Ley del Organismo Judicial » (consulté le 14 août 2025).

[1781] V. J.A. Giral Pimentel, *El contrato internacional, op. cit.*, p. 71-72 et 167 et s. ; v. aussi, T.B. de Maekelt, E. Hernández-Bretón, C. Madrid Martínez (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado : Derogatorias, concordancias y comentarios*, 8e éd. aumentada y corregida, Caracas, Academia de Ciências Políticas y Sociales, 2020, p. 43.

[1782] V. J.A. Giral Pimentel, *El contrato internacional, op. cit.*, p. 74-75 ; et E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.,* p. 188.

accepté par la Convention de Mexico à l'article 7, serait toujours accepté au Venezuela en tant que principe général, même dans les affaires ne relevant pas du champ d'application de la Convention.

Il convient de noter qu'en vertu de l'article 7 mentionné, le choix tacite doit clairement découler du comportement des parties et des dispositions contractuelles prises dans leur ensemble. Une telle approche a été soutenue par la doctrine nationale[1783], bien que l'absence de décisions jurisprudentielles n'ait pas encore clarifié la question[1784].

298. Au *Mexique*, à la différence du Venezuela, l'absence de réglementation spécifique sur ce sujet a conduit à une interprétation selon laquelle, en l'absence d'une intention clairement exprimée par les parties, le principe subsidiaire du lieu d'exécution doit être appliqué de manière impérative[1785]. Néanmoins, certains auteurs ont reconnu la possibilité d'un choix tacite, pourvu que celui-ci puisse être « clairement déduit des circonstances de l'affaire »[1786]. La Cour suprême du Mexique a confirmé la possibilité d'un choix tacite, en exigeant un certain degré de certitude. Selon la Haute Cour, le choix de la loi applicable « peut être explicite dans le contrat, ou tacite, si des références dans les clauses permettent de supposer la soumission à une loi spécifique »[1787].

Il convient de noter que le raisonnement développé par la doctrine vénézuélienne pour l'utilisation de la Convention de Mexico, en tant que norme interprétative et supplétive, pourrait également servir pour le Mexique, celui-ci étant aussi signataire de la Convention de Mexico. Même si le Code civil fédéral mexicain ne contient pas une solution spécifique, comme celle de la législation du Venezuela, il autorise l'utilisation des principes généraux du droit pour résoudre les litiges civils. Selon l'article 19 du Code : « Les litiges judiciaires civils sont résolus conformément à la lettre de la loi ou à son interprétation juridique. En l'absence de loi, ils sont résolus conformément aux *principes généraux du droit* »[1788].

[1783] V. *Ibid*, p. 167 et 169-170

[1784] Cf. recherche effectuée principalement sur le site officiel du Tribunal suprême de justice du Venezuela, en ligne http://www.tsj.gov.ve/, avec les mots-clés : « contrato(s) internacional(es) » ; « ley aplicable » ; « derecho aplicable » ; « derecho internacional privado » ; « autonomía de la voluntad » ; « elección tácita » (consulté le 14 août 2025).

[1785] L. Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 350.

[1786] W. Frisch Philipp, J.A. González Quintanilla, J.A. González Elizondo, *Derecho Interancional privado y derecho procesal internacional*, 3e éd., Mexico, Porrúa, 2005, p. 173 (traduction libre de l'espagnol).

[1787] Mexique, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo directo en revisión, Expediente n° 3726/2021, 9 mars 2022 (traduction libre de l'espagnol).

[1788] Cf. Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques). Sur le sujet de l'utilisation de la Convention de Mexico en tant que principes généraux, v. *infra* n° 699.

3. Exigence d'un choix exprès : le cas unique du Pérou

299. La législation péruvienne est plus restrictive dès lors que l'article 2095 du Code civil péruvien exige un choix explicite de la part des parties. Selon cet article : « Les obligations contractuelles sont régies par la loi *expressément* choisie par les parties »[1789].

300. Interprétation doctrinale. Malgré la rédaction dudit article, dans une interprétation très libérale, les professeurs Javier Tovar Gil et Maria del Carmen Tovar Gil affirment que « la désignation claire de la loi applicable ne suppose pas nécessairement une désignation expresse » et, par conséquent, « il a été admis qu'il est possible de parler de désignation tacite claire, et donc, valable »[1790].

Toutefois, la doctrine majoritaire voit le dispositif comme un véritable empêchement à l'acceptation d'un choix tacite. C'est l'opinion de la professeure Mercedes Albornoz, selon laquelle l'article 2095 du Code civil péruvien interdit le choix tacite de la loi applicable[1791]. Cela est aussi l'avis des professeurs César Delgado Barreto et María Antonieta Delgado Menéndez, selon lesquels « l'article établit clairement que le choix de la loi doit être exprès, n'admettant pas la possibilité du choix dit tacite ou présumé »[1792]. Selon eux, le système dualiste du Code civil péruvien repose sur le principe que les règles du droit international privé sont « facultatives au premier niveau et impératives au second niveau »[1793]. Autrement dit, bien que les parties soient initialement libres de choisir la loi applicable (ce qui confère un caractère facultatif à ces règles, au « premier niveau »), l'absence de sélection par les parties entraîne la transformation des règles facultatives en règle impératives, qui acquièrent ainsi un caractère définitif (au « second niveau »). Dès lors, ils concluent : « à défaut de choix exprès des parties contractantes, la loi subsidiaire établie sous forme impérative doit être appliquée »[1794].

En outre, il a aussi été affirmé que la loi péruvienne « est allée trop loin en n'acceptant qu'une intention expresse » et que l'utilisation exclusive de l'adverbe « expressément » peut donner lieu « à une interprétation étroite avec des résultats injustes »[1795]. C'est pour

---

[1789] Pérou, Décret législatif n° 295, *Code civil*, 24 juillet 1984 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1790] J. Tovar Gil, M. del C. Tovar Gil, « Péru », *in* C. Esplugues Mota, D. Hargain, G. Palao Moreno (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid, Edisofer [u.a.], Serie Europa - América, 2008, p. 628.

[1791] M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit*., p. 165.

[1792] C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menendez, C.L. Candela Sánchez, *Introducción al derecho internacional privado, Conflicto de leyes*, Parte general, *op. cit.*, p. 385-386.

[1793] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1794] *Ibidem.*

[1795] A.A. Forsyth, *International contracts and party autonomy in the new Peruvian rules of private international law*, Cambridge, Mass., Harvard Law School, 1984-1985, p. 39.

cette raison qu'il a été affirmé qu'une interprétation souple de la loi devrait être retenue par les tribunaux péruviens[1796].

301. L'interprétation jurisprudentielle. Cette interprétation restrictive semble être celle adoptée par la Cour suprême de justice du Pérou. Dans un arrêt rendu le 26 octobre 2017, après avoir rappelé les dispositions de l'article 2095 du Code civil, la haute juridiction a écarté l'argument de l'application de la loi étrangère soulevé par la demanderesse et a décidé d'appliquer directement le rattachement objectif prévu par la loi péruvienne du lieu d'exécution du contrat. Malgré l'existence en l'espèce de certains indices qui pouvaient amener à l'application d'une loi étrangère, comme l'existence de contrats connexes contenant une clause de choix d'une loi étrangère, la Cour considéra que chaque contrat est indépendant et qu'il faut faire une interprétation littérale de l'article 2095 du Code civil pour écarter toute possibilité d'un choix tacite[1797].

Dans cette affaire, les protagonistes, une entreprise espagnole et une institution bancaire péruvienne, se trouvaient engagés dans une transaction bancaire impliquant trois contrats distincts : une cession de crédits assortie d'une clause spécifiant le recours aux lois et aux juridictions espagnoles, un contrat de dépôt à terme soumis aux tribunaux et aux législations de l'État de New York, et, enfin, un accord d'ouverture de compte courant auprès de la banque péruvienne, dépourvu de toute clause explicite de choix de loi et de juridiction. Une controverse surgit entre les parties concernant le contrat d'ouverture de compte courant, qui ne contenait aucune disposition de choix de loi et qui, de plus, n'était pas formalisé par écrit. La partie défenderesse a soutenu que, puisque la loi espagnole avait été choisie dans le contrat connexe de cession de droits, elle devait également s'appliquer au contrat de compte courant.

Pour déterminer la loi applicable en l'absence de manifestation explicite de la volonté des parties, la plus haute instance judiciaire péruvienne souligna en premier lieu que, même si la créance a pour origine le contrat de cession de droits, les contrats conclus entre les parties sont des entités autonomes, chacun présentant des caractéristiques distinctes et précises. En reconnaissant donc l'indépendance du contrat litigieux, la Cour rejeta l'argument avancé par la société espagnole et affirma que, même si les contrats sont liés, ses objectifs et finalités sont distincts les uns des autres. Par conséquent, elle conclut qu'il est inenvisageable d'étendre l'applicabilité de la loi espagnole, applicable au contrat de cession de créances, au contrat de compte courant. De plus, le fait que le contrat de dépôt à terme était régi par la loi américaine vient étayer le raisonnement adopté par la Cour[1798].

Pour parvenir à sa conclusion, la Haute Cour se fonda sur l'article 2095 du Code civil péruvien, excluant *de facto* toute possibilité de choix tacite. Il est remarquable que, suivant la tendance régionale, la Cour s'appuie sur la doctrine nationale pour expliquer que

[1796] *Ibidem.*

[1797] Pérou, CSJ, Sala Civil Permanente, Sentencia Casación n° 1106-2017, 26 octobre 2017.

[1798] *Ibidem.*

l'article 2095 exige un choix explicite de la loi, éliminant ainsi toute investigation sur un éventuel accord tacite entre les parties. D'après la Cour Suprême péruvienne :

> « L'article établit clairement que le choix de la loi doit être exprès dans le contrat, n'admettant pas la possibilité du choix dit tacite ou présumé, allégué par les auteurs qui voyaient dans l'autonomie de la volonté la solution globale et unitaire des conflits de lois en matière contractuelle, et qui préconisaient qu'à défaut de volonté expresse des parties, le juge doive rechercher la volonté présumée ou hypothétique des parties par rapport à la loi applicable […] et à défaut de loi expresse des parties contractantes, la loi subsidiaire établie impérativement par les règles de rattachement du juge du fond doit être appliquée (Delgado, C. Introducción al Derecho Internacional Privado. Conflit de lois — Partie spéciale. Volume II. Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2007, p. 385). »[1799]

En bref, la Cour suprême péruvienne fait une interprétation stricte et littérale de l'article 2095 du Code civil national, en excluant toute possibilité de choix tacite de la part des parties. Dès lors, en l'absence d'une désignation expresse de la loi régissant le contrat en question, le rattachement subsidiaire prévu par la loi péruvienne du lieu d'exécution doit prévaloir. En l'espèce, ce rattachement désignait le droit péruvien. Bien que, dans ce cas, le choix tacite ne soit pas clairement établi (surtout en raison du fait que les deux contrats correspondants désignent des lois différentes), le raisonnement de la Cour repose sur une doctrine conservatrice qui semble écarter toute possibilité d'un choix tacite, même si certain.

B. Moment du choix et modification postérieure

302. L'autonomie de la volonté englobe également la liberté des parties de modifier un choix de loi à tout moment. Il est par conséquent généralement accepté que les parties puissent modifier la loi choisie sous réserve de certaines limites, communément liées à la validité formelle du contrat et aux droits préexistants des tiers. Comme cela a été vu, cette possibilité a été spécifiquement réglementée par la Convention de Mexico (art. 8)[1800].

Des solutions semblables à celle énoncée par la Convention de Mexico peuvent être identifiées dans les systèmes juridiques nationaux de certains pays, tels que l'Argentine, le Paraguay, la République dominicaine, et, depuis une période récente, l'Uruguay (1). À l'inverse, d'autres pays, comme Cuba, le Mexique, le Panama, le Pérou et le Venezuela, n'ont pas de disposition expresse dans leur législation sur la possibilité d'un choix ou d'une modification ultérieure de la loi, même en reconnaissant explicitement le principe de l'autonomie de la volonté (2). Néanmoins, pour ces derniers, de manière générale, un choix ultérieur est admis par la doctrine, même en l'absence de développement jurisprudentiel.

[1799] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1800] V. *supra* n° 160 et s.

1. Acceptation expresse du choix postérieur : Argentine, Paraguay, République dominicaine, et Uruguay

303. La plupart des systèmes juridiques ont adopté une approche générale en ce qui concerne l'acceptation du choix postérieur. Bien que certains pays aient des règles plus détaillées, comme l'Uruguay avec ses dispositions sur les effets rétroactifs d'un choix ultérieur, la plupart des législations incluent des dispositions similaires, inspirées de la Convention de Mexico et des Principes de La Haye.

L'Argentine, le Paraguay et la République dominicaine présentent des législations très similaires sur le sujet. L'article 2651, a, du Code civil et commercial argentin dispose que : « À *tout moment*, les parties peuvent convenir que le contrat sera régi par une loi distincte de celle qui le régissait, soit par un choix antérieur, soit par l'application d'autres dispositions du présent Code »[1801]. Et le même texte énonce les conditions d'une telle modification : « Toutefois, cette modification ne peut porter atteinte à la *validité du contrat original*, non plus qu'aux *droits des tiers* »[1802]. La loi paraguayenne présente une rédaction très semblable. L'article 4.3 de la Loi applicable aux contrats internationaux énonce ce qui suit : « Le choix peut être fait ou modifié à *tout moment*. Un choix ou une modification effectuée après la conclusion du contrat ne doit pas affecter sa *validité formelle* ni les *droits des tiers* »[1803].

De manière similaire, en République dominicaine, l'article 60 de la Loi sur le droit international privé précise que le choix de la loi applicable peut être effectué à tout moment, sans, cependant, préciser les conditions. Selon cet article : « Les parties peuvent, à *tout moment,* convenir que le contrat sera soumis, en tout ou en partie, à une loi différente de celle qui le régissait antérieurement, que cette loi antérieure ait été applicable en vertu d'un choix antérieur ou en vertu de toute autre disposition de la présente loi »[1804]. En l'absence de précision législative et jurisprudentielle, il a été soutenu par la doctrine dominicaine que toute modification de la loi applicable ne doit pas porter préjudice aux droits des tiers[1805].

Il convient de noter qu'en Argentine, les cours étatiques acceptaient déjà un choix postérieur, même sous le régime de l'ancien Code civil. Selon un jugement de première instance de la province de Buenos Aires, daté du 7 octobre 1969 : « l'exercice de l'autonomie de la volonté n'a pas nécessairement besoin d'être concomitant à la conclusion

---

[1801] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1802] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1803] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[1804] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

[1805] J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, N. Concepción, *op. cit.*, p. 427.

de l'acte »[1806]. En qualité de juge de première instance nationale, Boggiano a rendu le 6 juin 1977 une décision reconnaissant que les parties peuvent tacitement choisir le droit privé argentin comme applicable à la question litigieuse, y compris au cours du litige, assimilant ainsi ce choix à un accord procédural. Selon cette décision, le choix de la loi applicable peut être valablement opéré de manière tacite au cours du litige, sans qu'il soit nécessaire de conclure une convention expresse pour reconnaître un tel choix[1807]. En effet, « il suffit que les deux parties se fondent unilatéralement sur un même droit pour considérer qu'elles l'ont implicitement désigné comme applicable ». Il en résulte donc, « que les parties ont désigné le droit privé argentin comme loi applicable pour trancher le litige »[1808].

Ce raisonnement a été confirmé par une cour d'appel dans un arrêt du 1er mars 1984, qui a reconnu, à titre principal, l'existence d'un choix tacite des parties intervenu au cours de la procédure[1809], et a été constamment repris par la suite par les tribunaux argentins[1810]. Selon la professeure Uzal, il ne devrait pas exister de difficultés à admettre que les parties, au cours du procès, puissent parvenir à un accord procédural sur le droit applicable, qu'il s'agisse d'opter pour l'application au cas d'un droit étranger ou pour celle de la *lex fori* — toutefois, elle ne précise pas si cela pouvait également se produire en cas d'accord tacite[1811].

En outre, il est important de souligner que, comme l'affirme la professeure Carolina Iud, la dernière occasion de changement de la loi applicable est, en principe, celle du commencement de la procédure judiciaire, mais que, comme la jurisprudence argentine le reconnaît, un comportement concordant et concluant des parties après cette occasion, mais, avant que le juge de première instance n'ait statué, peut constituer un « nouveau *pacto de lege utenda* »[1812].

Au contraire, en Uruguay, pendant de nombreuses décennies, il a été soutenu avec fermeté que la loi choisie pour régir un contrat international devrait être unique et qu'elle devrait s'appliquer depuis le moment de sa conclusion jusqu'à ce que le contrat ait produit tous ses effets[1813]. Cependant, l'article 45 de la Loi générale de droit international privé consacra le principe contraire : il est désormais tout à fait possible que la volonté des parties soit exprimée pour déterminer la loi applicable après la conclusion du contrat. Concernant les conditions du choix postérieur, la nouvelle législation uruguayenne diffère

[1806] Argentine, Juz. Nac. Paz, 46, *Estudios Espíndola c. Bollati, Cristóbal J.*, 7 octobre 1969 (traduction libre de l'espagnol).

[1807] Argentine, Juz. Nac. Com. 13, *Feramérico c. Lital*, 6 juin 1977, v. *supra* n° 290.

[1808] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1809] Argentine, CNCom., sala E, *Arrebillaga c. Banco de la Provincia de Santa Cruz*, 1er mars 1984.

[1810] V. *supra* n° 290.

[1811] M.E. Uzal, « Los contratos internacionales en la Argentina », *op. cit.*, p. 317.

[1812] C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit.,* p. 244.

[1813] R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.,* p. 596.

légèrement des précédentes. Elle met également l'accent sur le respect du droit des tiers, sans, toutefois, mentionner la validité formelle du contrat ; à la place, elle inclut le respect des obligations déjà exécutées du contrat. En effet, l'article 45, IV, établit que : « Le choix du droit applicable peut être fait ou modifié à tout moment. S'il est fait après la conclusion du contrat, il est rétroactif au moment de sa perfection, sous réserve des droits des tiers et de ce qui a déjà été exécuté conformément à la loi opportunément applicable »[1814].

304. Précisions sur l'effet rétroactif du choix postérieur. La loi uruguayenne est la seule à préciser l'effet du choix postérieur. Selon l'article 45 mentionné précédemment, si le choix est effectué après la conclusion du contrat, il sera « rétroactif au moment de sa perfection »[1815]. Cette nouvelle disposition légale constitue une innovation par rapport aux autres lois régionales, en conférant clairement un effet rétroactif à la loi choisie ultérieurement. Cette rétroactivité s'applique jusqu'à la « perfection » du contrat, c'est-à-dire la conclusion du contrat, permettant ainsi une dissociation temporelle entre la conclusion du contrat et le choix de la loi applicable à celui-ci. Il convient de noter que, selon une partie de la doctrine nationale, les contractants peuvent convenir du contraire, c'est-à-dire, que le choix de la nouvelle loi n'aura pas d'effets rétroactifs[1816].

En outre, malgré la lacune législative et jurisprudentielle sur ce sujet en Argentine, la doctrine nationale a soutenu que les parties peuvent convenir que les effets du nouvel accord sur la loi applicable auront un effet rétroactif, mais toujours sous réserve de ne pas affecter la validité du contrat ou les droits des tiers. En se fondant sur la doctrine européenne et inspirée du droit suisse, il a été affirmé que la même solution (l'effet rétroactif) s'applique si les parties sont restées silencieuses sur la rétroactivité ou l'absence de rétroactivité des effets du choix postérieur[1817].

Mais si les quatre pays mentionnés réglementent le sujet de la modification du choix applicable, la législation d'un important nombre des pays présente toujours des lacunes à ce sujet.

2. L'acceptation implicite du choix postérieur : Cuba, Mexique, Panama, Pérou et Venezuela

305. Les autres pays qui admettent explicitement le principe de l'autonomie de la volonté dans leur législation restent silencieux sur la question de la possibilité d'un choix ou d'une modification ultérieure de la loi. Ces pays comprennent Cuba, le Mexique, le

[1814] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[1815] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1816] R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.,* p. 596.

[1817] C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, p. 244.

Panama, le Pérou et le Venezuela. En plus des lacunes législatives, les décisions des tribunaux supérieurs sont absentes[1818]. Cependant, une tendance émerge, en particulier au sein de la doctrine, à accepter un choix ou une modification ultérieure, bien qu'à des conditions spécifiques.

À Cuba, Rodolfo Dávalos Fernández reconnaît le vide existant et insiste sur la nécessité d'une réglementation en la matière[1819]. Au Pérou, la doctrine accepte généralement un choix ultérieur de la loi applicable, avec la limite du respect des droits de tiers[1820]. Au Venezuela, la doctrine nationale accepte que les parties puissent choisir ou modifier le droit applicable à tout moment, avant ou après la conclusion du contrat, sous réserve des droits des tiers et que ce changement n'affecte pas la validité formelle du contrat. Il a encore été admis que les parties choisissent un droit applicable au contrat international au cours d'une procédure judiciaire, autorisant, ainsi, l'accord procédural[1821].

C. Exigence des liens avec la loi choisie et la transaction

306. En Amérique latine, sous l'influence des doctrines territorialistes et de la localisation, il était traditionnellement soutenu que la loi choisie par les parties dans un contrat international devait nécessairement être en relation avec les parties ou l'objet du contrat. Cela restreignait considérablement l'éventail des lois que les parties avaient à leur disposition.

Cette école de pensée se fonde sur l'idée que le droit international privé doit être résolu « à travers la détermination du milieu juridique où tout rapport semble objectivement enraciné » et rejette, ainsi, l'idée que le siège du rapport puisse être fixé de manière unilatérale par les parties dans un lieu étranger au rapport lui-même[1822]. En effet, comme l'explique le professeur Curti Gialdino, « la doctrine et la jurisprudence qui s'inspirent de cette orientation reconnaissent d'une façon unanime la nécessité de l'existence d'un lien entre le rapport à régler et la loi déterminée par les parties »[1823]. Ce lien peut se limiter à un aspect géographique ou, de manière plus générale, exiger que les parties justifient d'un

[1818] Cf. recherche effectuée sur les sites officiels du Tribunal suprême de Cuba (en ligne, http://www.tsp.cu/) ; de la Cour suprême du Mexique (en ligne, https://bj.scjn.gob.mx/) ; du Pouvoir judiciaire du Panama (en ligne, https://www.organojudicial.gob.pa/registro-judicial) ; du Pouvoir judiciaire du Pérou (en ligne, http://www.pj.gob.pe) ; et du Tribunal suprême de justice du Venezuela (en ligne http://www.tsj.gov.ve/) ; avec les mots-clés suivants : « contrato(s) internacional(es) » ; « ley aplicable » ; « derecho aplicable » ; « derecho internacional privado » ; « autonomía de la voluntad » ; « elección posterior » (consulté le 14 août 2025).

[1819] R. Dávalos Fernández, *op. cit.*, p. 22 et s.

[1820] J. Tovar Gil, M. del C. Tovar Gil, « Péru », *in* C. Esplugues Mota, D. Hargain, G. Palao Moreno (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España, op. cit.*, p 628-644.

[1821] E. Hernández-Bretón, « Venezuela » *op. cit.*, p. 797.

[1822] A. Curti Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 877.

[1823] *Ibidem.*

intérêt « légitime » ou « raisonnable » dans le choix du droit concerné[1824]. Les codifications espagnole et portugaise, désormais remplacées par le Règlement Rome I et ayant influencé leurs colonies d'Amérique latine, exigeaient également un lien avec l'État dont la loi avait été choisie. La législation portugaise exigeait un « intérêt sérieux » des parties ou un lien « avec l'un des éléments pertinents » du contrat, tandis que la législation espagnole demandait un « lien » avec l'affaire (« *alguna conexión con el negocio de que se trate* »)[1825].

Toutefois, il est indéniable que la tendance actuelle en la matière tend à éliminer toute restriction dans la désignation de la loi applicable, en fonction d'un lien objectif avec l'affaire, ou du moins à les remplacer par des limites bien déterminées pour certains types de contrats[1826]. En suivant cette tendance, certains pays latino-américains ont entrepris des réformes afin d'adopter une approche plus libérale envers les lois pouvant être choisies. Toutefois, le seul texte législatif contenant une réglementation explicite sur l'absence d'exigence de liens est celui du Paraguay (1). Le reste des pays d'Amérique latine qui acceptent expressément l'autonomie de la volonté (l'Argentine, Cuba, le Mexique, le Panama, le Pérou, la République dominicaine, l'Uruguay et le Venezuela) n'aborde pas explicitement ce sujet dans leur législation nationale (2). Cependant, même si les règles sont floues et qu'il existe peu de précédents juridiques, la doctrine de ces pays opte généralement pour une interprétation extensive du droit positif afin de permettre le choix d'une loi « neutre », qui ne serait pas liée à la transaction, comme nous le verrons par la suite.

1. Non-exigence expresse de liens entre la loi choisie et le contrat ou les parties : le cas unique du Paraguay

307. La loi paraguayenne, très novatrice, reflète le contenu des Principes de La Haye, en les reproduisant pratiquement de manière littérale. De ce fait, aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction. L'article 4.4 de la Loi applicable aux contrats internationaux dispose que : « aucun lien n'est exigé entre le droit choisi et les parties ou leur transaction »[1827].

[1824] *Ibidem* ; V. aussi C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 341.

[1825] V. Code civil portugais, art. 41.2 qui dispose : « La désignation ou la référence des parties ne peut toutefois porter que sur une loi dont l'applicabilité correspond à un intérêt sérieux des déclarants ou est en lien avec l'un des éléments de l'acte juridique pertinents dans le domaine du droit international privé » ; et Code civil espagnol, art. 10.5, selon lequel : « Les obligations contractuelles seront régies par la loi à laquelle les parties se sont expressément soumises, à condition qu'elle présente un lien avec l'opération considérée ; à défaut, par la loi nationale commune aux parties ; à défaut de celle-ci, par celle de la résidence habituelle commune, et, en dernier lieu, par la loi du lieu de conclusion du contrat. » (Traduction libre du portugais et de l'espagnol).

[1826] V. A. Curti Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.,* p. 879 ; et C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 341.

[1827] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

2. Une interprétation doctrinale largement opposée à l'exigence d'un lien

308. À l'exception du Paraguay, les autres pays qui reconnaissent l'autonomie de la volonté dans leur législation n'ont pas de réglementation explicite concernant l'exigence de liens avec la loi choisie ou d'autres éléments. En plus de cela, de manière générale, la doctrine dans ces pays est relativement rare, et la jurisprudence, inexistante. Quand elle existe, l'interprétation courante du droit existant dans ces ordres juridiques tend à soutenir qu'aucun lien spécifique n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur contrat.

En *Argentine*, par exemple, il a été admis par la doctrine que l'article 2651 du Code civil et commercial (qui établit des règles générales sur l'autonomie de la volonté) offre la possibilité aux parties de choisir la loi de tout État, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait un lien avec le contrat[1828]. De façon similaire, et en présence de la même lacune législative, au *Pérou*, il a été admis que l'article 2095 du Code civil n'exige pas de lien entre la loi choisie et le contrat. Par conséquent, il a été soutenu que les parties peuvent désigner la loi qu'elles jugent la plus appropriée à leurs intérêts, en recherchant une loi particulièrement développée ou adaptée au secteur dans lequel elles contractent[1829]. En *République dominicaine*, la doctrine a également interprété également de manière large l'article 58 de la Loi sur le droit international privé, en reconnaissant que les parties peuvent choisir la loi applicable au contrat, sans qu'il soit nécessaire que cette loi entretienne un lien étroit avec le rapport juridique[1830].

Au *Panama*, une version antérieure du Code de droit international privé exigeait expressément un lien entre la loi choisie et la transaction (art. 75). Toutefois, après l'entrée en vigueur du nouveau Code, en 2015, cette disposition a disparu (article 69)[1831]. Cela peut laisser entendre que l'existence de liens entre la loi choisie et la transaction n'est plus une exigence dans le droit de ce pays.

De la même manière que l'article 7 de la Convention de Mexico, l'article 29 de la Loi de droit international privé du *Venezuela* consacre la loi d'autonomie dans sa forme la plus large. Ainsi, il a été admis que les parties pouvaient choisir tout droit, indépendamment du fait que celui-ci présente ou non un lien avec le contrat[1832]. D'autre part, il a été reconnu

---

[1828] C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit.,* p. 245-246.

[1829] C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menéndez, C.L. Candela Sánchez, *Introducción al Derecho internacional privado*, Conflicto de leyes, Parte especial, 1re éd., Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2007, p. 384.

[1830] J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, N. Concepción, *op. cit.*, p. 423-424.

[1831] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, p. 152.

[1832] E. Hernández-Bretón, « Venezuela », *op. cit.*, p. 807 ; T.B. de Maekelt, E. Hernández-Bretón, C. Madrid Martínez (coords.), *op. cit.*, p. 43 ; C. Madrid Martínez, « Características generales del sistema de Derecho internacional privado (DIPR) venezolano », Armonización del derecho internacional privado en el Caribe: estudios

que les lacunes de cette disposition devaient être comblées par les dispositions de ladite Convention, dans laquelle elle trouve sa source immédiate[1833]. Par conséquent, puis que la Convention de Mexico est interprétée comme n'exigeant aucun lien entre la loi choisie et le contrat, cette absence de condition reflète également la position adoptée au Venezuela.

Une telle interprétation élargie de l'autonomie de la volonté est également adoptée en *Uruguay*, où la nouvelle législation de droit international privé n'a pas réglementé cette question. Il a ainsi été admis par la doctrine que l'article 45 de la nouvelle loi reconnaît une liberté « totale », qui repose « sur l'idée qu'il n'y a pas de loi plus apte à régir le contrat international que celle que les parties ont elles-mêmes choisie, dans la mesure où ce choix n'ira jamais à l'encontre de leurs propres intérêts »[1834]. Pour compléter ce panorama largement libéral, il a été précisé qu'il n'était pas nécessaire que le contrat et la loi choisie aient un lien : « les parties peuvent choisir la loi de n'importe quel pays du monde, pour autant que, de leur point de vue, son contenu justifie leur désignation »[1835].

D. Dépeçage volontaire

309. Généralement, tout comme l'autonomie de la volonté, le dépeçage volontaire a été rejeté par les doctrines objectivistes du XIX^{e} siècle, qui étaient prédominantes en Amérique latine jusque récemment[1836]. Malgré quelques réformes récentes incorporant le dépeçage volontaire, le sujet reste lacunaire dans la majorité des systèmes juridiques nationaux en Amérique latine et il n'y a guère de jurisprudence sur le sujet.

Plus précisément, parmi les dix pays qui acceptent explicitement l'autonomie de la volonté dans la région, cinq intègrent dans leur législation des dispositions reconnaissant la possibilité du dépeçage volontaire. C'est le cas de l'Argentine, du Panama, du Paraguay, de la République dominicaine et de l'Uruguay (1). En revanche, les cinq autres pays,

---

y materiales preparatorios y proyecto de Ley Modelo OHADAC de derecho internacional privado de 2014, Iprolex, 2015, p. 247-273, p. 267.

[1833] Cf. T.B. de Maekelt, E. Hernández-Bretón, C. Madrid Martínez (coords.), *op. cit.*, p. 43 ; C. Madrid Martínez, « Características generales del sistema de Derecho internacional privado (DIPR) venezolano », *op. cit.*, p. 266-267.

[1834] R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit*., p. 238.

[1835] *Ibid*, p. 592.

[1836] Cf. J.A. Moreno Rodríguez, « Miscelánea: la nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte II) », *op. cit.*, p. 276. Comme l'auteur l'explique : « La doctrine opposée au dépeçage avance des arguments contre, telle que le faible avantage face aux risques qu'il comporte. Cela est dû aux inconvénients techniques qui peuvent survenir concernant la connaissance et l'application des différents droits choisis. On considère également que c'est une arme mise entre les mains de la partie la plus forte au détriment de la plus faible, car elle peut manipuler des aspects du droit applicable qui peuvent la favoriser » (*Ibid*, p. 276. Traduction libre de l'espagnol). Sur ce sujet, v. aussi, J. Grandino Rodas, « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », *in* J. Grandino Rodas (coord.), *Contratos internacionais*, 3e éd. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 21 ; A. Curti Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 881-884. Pour une perspective du droit nord-américain, v. S.C. Symeonides, « Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect », *University of Toledo Law Review*, 2014, vol. 45, n° 4, p. 751-772.

représentés par Cuba, le Guatemala, le Mexique, le Pérou et le Venezuela, disposent de réglementations incomplètes sur ce sujet (2).

1. Législations acceptant le dépeçage

310. Les cinq pays qui admettent explicitement le dépeçage volontaire dans leurs législations varient dans les approches adoptées. Trois de ces pays se contentent de prévoir que le choix de la loi applicable peut s'appliquer à l'ensemble du contrat ou à des parties spécifiques de celui-ci. Ces pays sont l'Argentine, la République dominicaine et l'Uruguay. Aucune information additionnelle n'est fournie sur les éventuelles restrictions ou réserves liées au choix de plusieurs lois. Cependant, le Panama et le Paraguay ont des législations plus précises, explicitant les limites encadrant le dépeçage, comme cela sera expliqué ultérieurement.

311. Acceptation élargie : Panama et Paraguay. Le Panama et le Paraguay sont les seuls pays qui acceptent expressément le dépeçage et enserrent dans des limites bien précises l'exercice du dépeçage par les parties.

L'article 70 de la loi panaméenne sur le droit international privé autorise expressément le dépeçage en établissant que les parties peuvent soumettre le contrat « à deux ou plusieurs lois »[1837], alors que la loi sur le droit applicable aux contrats internationaux paraguayenne, qui reproduit pratiquement de manière littérale les dispositions des Principes de La Haye, dispose que les parties peuvent choisir le droit applicable à l'ensemble du contrat ou à une partie seulement de celui-ci, et qu'elles peuvent également choisir différents droits applicables à différentes parties du contrat (art. 4.2).

En ce qui concerne les limitations, la loi paraguayenne permet le dépeçage « dans la mesure où elles [les parties du contrat] se distinguent clairement les unes des autres »[1838]. Commentant la nouvelle loi, le professeur José Antonio Moreno Rodríguez affirme que, inspirée des Principes de La Haye, la loi paraguayenne admet la fragmentation contractuelle comme une expression de l'autonomie de la volonté, sous réserve de cohérence et de respect de l'ordre public[1839].

Plus complète, la loi panaméenne autorise le dépeçage seulement « dans la mesure où la nature du contrat juridique international le permet et que le dépeçage du droit applicable

[1837] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (consulté le 6 avril 2023) (traduction libre de l'espagnol).

[1838] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

[1839] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 147-148.

régule une obligation ou une situation particulière du contrat juridique »[1840]. De plus, selon cette dernière, une autre limite s'impose : « le dépeçage du droit applicable ne peut être effectué s'il empêche l'exécution de l'objet du contrat ou s'il constitue une fraude ou un préjudice pour l'une des parties »[1841].

Au Panama, le dépeçage était reconnu avant même le Code de droit international privé, notamment par la Loi n° 1 de 1984 sur la fiducie. Le professeur Gilberto Boutin note son usage fréquent dans les fiducies testamentaires internationales et les fondations privées, affirmant que « Dans la pratique quotidienne des contrats d'administration de patrimoine, où la figure des fiducies testamentaires internationales ou celle de la fondation d'intérêt privé sont utilisées, l'insertion du dépeçage fonctionne de manière manifeste »[1842]. Il illustre cette pratique par l'exemple d'une fiducie internationale régie par le droit panaméen pour sa constitution et sa forme, et par le droit genevois, correspondant au lieu d'administration, pour sa gestion. L'auteur évoque également l'hypothèse du prêt garanti par hypothèque, situation dans laquelle le contrat de prêt et la sûreté réelle peuvent être soumis à des lois différentes : tandis que le prêt principal demeure régi par la loi qui lui est propre, la garantie hypothécaire qui le soutient peut relever quant à elle de la *lex rei sitae*[1843], conformément au principe classique de rattachement des droits réels à la loi de situation du bien.

312. Acceptation lacunaire du dépeçage : Argentine, République dominicaine et Uruguay. Avec l'exception du Panama et du Paraguay, la réglementation du dépeçage reste lacunaire. En Argentine, l'article 2651 du Code civil et commercial annonce simplement que : « Le choix peut porter sur l'ensemble ou sur des parties du contrat »[1844]. De même, l'article 58, paragraphe 2, de la Loi sur le droit international privé de la République dominicaine, dispose que « Le choix de la loi applicable peut porter sur l'ensemble du contrat ou sur une partie de celui-ci »[1845]. Et, en Uruguay, la dernière partie de l'alinéa 3 de l'article 45 de la nouvelle loi indique que le choix de la loi applicable « peut porter sur l'ensemble du contrat ou sur une partie de celui-ci »[1846].
Malgré l'absence générale de jurisprudence, la doctrine de ces pays a tenté de combler ces lacunes législatives. Il est ainsi admis par la doctrine argentine que l'article 2651 du Code

---

[1840] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (consulté le 6 avril 2023) (traduction libre de l'espagnol). Pour l'original en espagnol : « […] siempre que lo permita la naturaleza del negocio jurídico internacional y la divisibilidad del derecho aplicable regule una determinada obligación o situación del negocio jurídico ».

[1841] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1842] G.I. Boutin, « El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño », *op. cit.*, p. 219-220 (traduction libre de l'espagnol).

[1843] *Ibid,* p. 220 (traduction libre de l'espagnol).

[1844] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[1845] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

[1846] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (consulté le 6 avril 2023) (traduction libre de l'espagnol).

civil et commercial offre la possibilité d'effectuer le dépeçage de manière explicite ou implicite, et que l'usage du pluriel (« parties du contrat ») autorise la désignation de multiples lois applicables[1847]. Cependant, il est précisé que cette expression doit être interprétée comme désignant « les parties qui sont juridiquement et économiquement autonomes et qui peuvent être dissociées du reste du contrat »[1848]. Dans de telles circonstances, il a été soutenu que le juge doit rechercher une application harmonieuse des lois, en apportant les ajustements nécessaires au respect des objectifs poursuivis par chacune de ces lois, tout en tenant compte du principe fondamental de l'autonomie de la volonté[1849]. Cette approche est reflétée, selon cette doctrine, dans l'article 2595, I, c, du Code civil et commercial, qui exige une interprétation harmonieuse des lois. Conformément à cet article, lorsque des lois différentes s'appliquent à des aspects distincts d'une même situation juridique, ou à des relations juridiques diverses impliquées dans une même affaire, « ces lois doivent être harmonisées en cherchant à apporter les ajustements nécessaires pour respecter les objectifs de chacune d'entre elles »[1850].

À l'instar de la doctrine argentine, la doctrine dominicaine a souligné que, pour envisager le choix de plusieurs lois, celui-ci doit concerner une partie clairement distincte du reste du contrat[1851]. Cela implique que la division du contrat en différentes lois applicables doit se faire « pour des aspects ou des obligations qui peuvent être clairement dissociés sur le plan économique »[1852]. Cependant, la même doctrine souligne que le dépeçage, malgré ses avantages pour les contrats internationaux, n'est pas nécessairement recommandé, car la multiplicité des lois applicables peut facilement entraîner des incohérences, des incertitudes et des problèmes d'adéquation[1853].

Il est important de noter que, selon les professeurs José Carlos Fernández Rozas, Sixto Sánchez Lorenzo et Nathanael Concepción, « il peut également exister des clauses

---

[1847] V. C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, p. 254. Il convient également de noter qu'en Argentine, déjà sous le régime de l'ancien Code civil, la jurisprudence se montrait favorable à l'acceptation du dépeçage. Dans un arrêt du 1er novembre 2007, la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A*, avait expressément reconnu la possibilité du dépeçage. De façon très doctrinale, l'arrêt énonce : « Dans la pratique commerciale, il est courant que les parties incorporent dans le contrat principal, dans ses conditions générales, des clauses régissant les obligations assumées, de sorte que, généralement, la loi qui régit l'ensemble du contrat s'applique également à la validité de ses clauses. Toutefois, il est possible pour les parties, en vertu de leur autonomie de volonté, de désigner une loi différente pour régir la convention (dépeçage) et ses effets. La possibilité d'admettre un tel fractionnement ou dépeçage pour déterminer la *lex contractus* régissant la validité d'une clause dépend dans une large mesure de deux circonstances différentes : d'une part, le contenu et les effets réels de ces clauses, qui sont régis par la *lex rei situs* ; et d'autre part, le droit régissant le contrat principal auquel est soumis le droit à la sûreté (*lex contractus*) (conf. Uzal, María E., 'Algunas reflexiones...' cit., p. 764) ». Argentine, CNCom., Sala A, *Caterpillar Financial Services Corporation c. Guidobono, José*, 1er novembre 2007 (traduction libre de l'espagnol).

[1848] *Ibidem.*

[1849] *Ibidem.*

[1850] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[1851] V. J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, N. Concepción, *op. cit.*, p. 424-425.

[1852] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1853] *Ibidem.*

"flottantes" de choix de la loi applicable, envisageant la possibilité d'appliquer des lois différentes selon la juridiction ou le siège arbitral, ou établissant l'alternance de deux ou plusieurs lois différentes en faveur de l'admission de la demande (*saving clauses*) »[1854]. Les auteurs n'apportent plus d'explication, ni de justification, de cette théorie au regard du droit dominicain. Cependant, il est intéressant de noter les manières dont ces clauses de sauvegarde peuvent être utilisées par les parties pour atteindre un objectif spécifique, comme la validité du contrat. Par conséquent, l'indication de plus d'une loi pourrait viser à atteindre un objectif particulier et à protéger les intérêts des parties.

En revanche, la doctrine uruguayenne actuelle adopta une acceptation très large du dépeçage volontaire, malgré une longue tradition contraire[1855]. En ce qui concerne ces limitations, comme pour la doctrine argentine et dominicaine, il est généralement admis en Uruguay que, pour être considérée comme une « partie contractuelle » aux fins de la détermination de la loi applicable (art. 45 de la Loi générale de droit international privé), cette partie doit présenter « une individualité de contenu par le biais d'une autonomie juridique ou économique, lui permettant d'être séparée du reste du contrat, de manière à pouvoir fonctionner de manière autonome sans entraver le fonctionnement global »[1856]. La doctrine mentionne qu'il pourrait s'agir, par exemple, de clauses telles que la force majeure, la clause de *hardship*, la clause de révision des prix, la clause de négligence, la clause d'indexation, parmi d'autres[1857].

Comme en Argentine, le système uruguayen issu de la réforme favorise la cohérence par rapport à l'unité de la loi applicable au contrat, qui était privilégiée dans l'ancien système. Comme l'explique le professeur Belandro, avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, l'unité normative du contrat international « ne devrait pas être perçue comme impliquant un rejet du dépeçage, mais comme une façon d'éviter toute incohérence »[1858]. Par conséquent, selon l'auteur, il est crucial de rechercher une cohérence globale, même si le contrat est soumis simultanément à plusieurs lois. Par conséquent, lorsqu'un choix de lois clairement contradictoires rend leur application impossible, aucune loi ne doit prévaloir et la détermination de la loi applicable revient au tribunal compétent[1859].

[1854] Cf. *Ibid*, p. 426 (traduction libre de l'espagnol).

[1855] La nouvelle législation uruguayenne a remis en question le principe largement répandu, soutenu par le doyen Quintín Alfonsín, selon lequel une seule loi doit régir l'intégralité du contrat. Pour Alfonsín, l'application d'une seule loi était nécessaire pour éviter les conflits de lois, susceptibles de causer des difficultés, des incertitudes et une insécurité juridique. Toutefois, la doctrine juridique actuelle en Uruguay a abandonné cette ancienne prémisse, afin de s'adapter aux évolutions introduites par la nouvelle réglementation. Sur ce sujet, v. R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19 920, de 17 de noviembre de 2020*, *op. cit.*, p. 598-601.

[1856] *Ibid*, p. 600-601.

[1857] *Ibidem.*

[1858] *Ibid*, p. 601-602 (traduction libre de l'espagnol).

[1859] *Ibidem.* Dans le même sens, v. C. Rodríguez Scarlato, « La autonomía de la voluntad en la relación del derecho aplicable a los contratos internacionales: Consagración y límites. Modalidades contractuales con soluciones especiales », *op. cit.* p. 277, selon laquelle : « La limite de la cohérence déterminera que, si le choix de plusieurs lois est permis et peut conduire à une solution parfaitement cohérente, dans le cas où les solutions issues des différentes

En outre, la doctrine uruguayenne examina la question de l'existence d'une « loi directrice » du contrat, ayant une influence plus prépondérante sur celui-ci et bénéficiant, par conséquent, d'une certaine préférence par rapport aux autres lois désignées comme applicables. Si une telle notion était admise, en cas d'incohérence dans la réglementation de la relation contractuelle internationale, la « loi directrice » pourrait être appliquée afin de pallier les lacunes des lois discordantes exclues. À ce sujet, le professeur Belandro soutient qu'il n'est pas nécessaire d'établir une hiérarchie entre les lois applicables, toutes les lois étant considérées comme étant sur un pied d'égalité, conformément à l'article 45, qui n'envisage pas cette situation. Cependant, Belandro ajoute que, en pratique, la prise de décision sur les normes applicables étant une prérogative des parties, celles-ci pourraient établir une telle hiérarchie et déterminer la hiérarchie entre elles en cas d'incohérence. Cette « hiérarchie », selon le maître uruguayen, pourrait également être tacite, lorsque les parties contractantes ont désigné une loi applicable à l'ensemble du contrat, sauf pour un aspect spécifique soumis à une loi différente, laquelle prévaudrait en cas de conflit[1860].

2. Lacunes législatives quant à l'acceptation du dépeçage

313. Le cas de Cuba, du Mexique, du Pérou et du Venezuela. Cuba, le Mexique, le Pérou et le Venezuela ne disposent pas de normes précises dans leur législation de droit international privé concernant l'acceptation du dépeçage. Cette insuffisance législative est également caractérisée par la rareté des discussions doctrinales et l'absence de jurisprudence sur la question.

À *Cuba*, l'absence de disposition législative concernant le dépeçage est relevée par la doctrine, qui souligne la nécessité d'une réglementation explicite sur cette question[1861].

De même, au *Mexique*, le Code civil fédéral ne fait aucune mention du dépeçage. Cependant, l'article 14, V, du même Code, établit le principe de l'application harmonieuse des droits, reconnaissant la possibilité d'appliquer plus d'un droit à un même rapport juridique. En vertu de cet article, il est révélé que :

> « Lorsque des aspects différents d'un même rapport juridique sont régis par des lois différentes, celles-ci doivent être appliquées de façon harmonieuse, en s'efforçant d'atteindre les buts poursuivis par chacune d'entre elles. Les difficultés résultant de l'application simultanée de ces droits sont résolues en tenant compte des exigences de l'équité dans le cas d'espèce. »[1862]

---

lois seraient tellement antagonistes qu'elles rendraient impossible leur application, le choix devra être écarté et la loi correspondante appliquée selon les critères subsidiaires. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1860] *Ibidem.*

[1861] R. Dávalos Fernández, *op. cit.*, p. 22 et s.

[1862] Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol).

De la même manière, au *Venezuela*, la législation de droit international privé ne fait aucune mention de la possibilité d'un choix multiple de lois. La doctrine nationale est divisée sur la question. Certains auteurs interprètent de manière restrictive le silence législatif, le considérant comme une interdiction pour les parties de choisir plusieurs lois au titre de leur autonomie de la volonté. D'autres, en revanche, estiment que la loi vénézuélienne admet le dépeçage, notamment en raison de sa reconnaissance dans la Convention de Mexico, qui constitue l'une des sources d'inspiration de la législation vénézuélienne[1863].

En effet, étant donné que la Convention de Mexico reconnaît explicitement cette possibilité (art. 7), il a été considéré que le principe du dépeçage volontaire n'est pas interdit en droit vénézuélien et il qu'il peut être reconnu comme un principe généralement accepté en droit international privé[1864]. Sur ce point, il a été soutenu que, bien que l'article 29 de la Loi sur le droit international privé ne fasse pas explicitement référence au dépeçage, l'admission de ce mécanisme peut être déduite de la référence à la loi applicable aux « obligations conventionnelles », et non aux « contrats internationaux »[1865]. Par conséquent, étant donné que le contrat engendre des « obligations », chaque obligation découlant du contrat peut, par la volonté des parties, être soumise à une loi distincte. Cette interprétation est renforcée par l'application des principes énoncés dans la Convention de Mexico pour interpréter les normes juridiques et combler ces lacunes[1866].

Par ailleurs, à l'instar de la loi mexicaine, la législation vénézuélienne inclut une disposition générale sur l'application harmonieuse des droits, reconnaissant la possibilité d'un contrat réglementé par plusieurs lois (art. 7)[1867]. Ainsi, par une interprétation extensive, nous pouvons comprendre que le système vénézuélien admet le dépeçage.
De plus, la doctrine vénézuélienne a reconnu — même sans le mentionner expressément — le dépeçage volontaire dans la célèbre affaire *Canal Once*, en considérant que les parties avaient soumis la question de la garantie avec réserve de propriété au droit vénézuélien,

[1863] Cf. Z. Marín, *op. cit.*, p. 70-71. Pour la doctrine contraire à l'acceptation du dépeçage, l'auteure cite D. Guerra Iñiguez, *Derecho Internacional Privado*, Kelran Editores, C.A., 9e éd., 2001, p. 339 ; et, pour la doctrine en faveur de cette acceptation, O. dos Santos, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezoelano*, Editorial Vadell Hermanos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, p. 98-99.

[1864] Pour les comblements des lacunes de la loi vénézuélienne par la Convention de Mexico, v. T.B. de Maekelt, E. Hernández-Bretón, C. Madrid Martínez (coords.), *op. cit.*, p. 43 ; V. aussi, *supra* n° 699.

[1865] V. C. Madrid Martínez, « Características generales del sistema de Derecho internacional privado (DIPR) venezolano », *op. cit.*, p. 267 ; C. Madrid Martínez, « La contratación internacional en la ley de derecho internacional privado venezolana. Una mirada desde los sistemas latinoamericanos », *Revista de La Facultad de Derecho*, 2021, nº 74, p. 6 ; et J.A. Giral Pimentel, *El contrato internacional*, *op. cit.*, p. 193.

[1866] *Ibidem.*

[1867] Selon l'article 7 de ladite loi : « Les différents droits qui peuvent être compétents pour réguler les différents aspects de la même relation juridique doivent être appliqués harmonieusement afin d'atteindre les objectifs poursuivis par chacun de ces droits ». Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

malgré le choix de la loi de New York pour régir le contrat, procédant ainsi à un dépeçage du droit applicable au contrat[1868].

E. Validité formelle, la loi applicable à l'accord de choix, et séparabilité

314. Les questions relatives à la validité formelle de la clause d'élection de loi, à la loi applicable à l'accord de choix ainsi qu'à l'autonomie de la clause de choix par rapport au contrat principal (question de sa séparabilité) ont suscité peu d'intérêt de la part des législations latino-américaines. La jurisprudence et la doctrine sur ces points demeurent par ailleurs quasiment inexistantes. À l'exception du Paraguay (1), les législations nationales des États de la région ne comportent pas de dispositions spécifiques traitant de ces questions (2).

1. Le cas unique du Paraguay

315. La loi paraguayenne sur les contrats internationaux est la seule dans la région à contenir des normes expresses sur la validité et l'existence du choix du droit applicable, ainsi que sur la séparabilité. En effet, ses dispositions sur ce point sont une réplique exacte des articles 5 et 6 des Principes de La Haye.

Sur la *validité formelle* du choix, la loi paraguayenne n'exige aucune condition de forme, sous réserve de la convention des parties (art.7). L'article est ainsi rédigé : « Le choix du droit applicable n'est soumis à aucune condition de forme, à moins que les parties n'en disposent expressément autrement »[1869]. De ce fait, le choix peut également être réalisé par voie électronique ou même verbalement[1870].

En ce qui concerne le *consentement* et *la validité du choix*, conformément à l'approche des Principes de La Haye et du Règlement Rome I (art. 10.1), l'article 8.1 de la loi paraguayenne prévoit qu'il faut se référer au droit qui s'appliquerait si les parties avaient effectivement consenti à une loi spécifique, c'est-à-dire au droit choisi de manière tacite.

L'article 8.2 traite de la question du *conflit des conditions générales* (*battle of forms*). Si les conditions générales ou les clauses d'adhésion utilisées par les deux parties désignent

---

[1868] Selon la clause de loi applicable stipulée par les parties, « la partie du prix des équipements mentionnés ci-dessus qui ne sera pas payée par l'Acheteur à la Vendeuse au comptant, les parties conviennent que, bien que le contrat d'achat-vente soit régi dans tous ses points par les lois de l'État de New York, États-Unis d'Amérique, l'Acheteur donnera une garantie suffisante sur le solde du prix, de forme que cette garantie soit valable en République du Venezuela, où l'Acheteur envisage de transférer les équipements acquis auprès du Vendeur, dès que celui-ci les lui remettra ». Cf. Venezuela, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *Canal Once de Télévision*, 12 mars 1970, *op. cit*., p. 237.

[1869] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

[1870] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.,* p. 162.

une loi applicable, ou si une seule de ces clauses admet un tel choix, l'article 8.2 peut être invoqué pour déterminer s'il y a effectivement eu un « accord » sur la question. L'article retient la solution suivante :

> « Si les parties ont utilisé des clauses types ou d'adhésion indiquant des droits différents et que, selon lesdits droits, les mêmes clauses types prévalent, il est fait application du droit indiqué dans lesdites clauses types ; si, selon ces droits, des clauses types différentes prévalent, ou si aucune des clauses types ne prévaut, alors il n'y a pas de choix du droit. »[1871]

Dans le cas où il ne serait pas raisonnable d'appliquer le droit putatif pour déterminer le consentement d'une partie quant au choix de la loi applicable, la loi paraguayenne prévoit l'application de la loi du lieu d'établissement de ladite partie au contrat. Conformément à l'article 8.3 de la loi paraguayenne, qui s'aligne avec la solution du Règlement Rome I (art. 10.2) : « Le droit de l'État dans lequel une partie a son établissement détermine si cette partie a consenti au choix du droit applicable, et si, compte tenu des circonstances, il n'est pas raisonnable de déterminer cette question en vertu du droit mentionné dans le présent article »[1872].

Pour finir, l'article 9 de la loi paraguayenne sur le droit applicable aux contrats internationaux adopte clairement le critère de la *séparabilité* de la clause de choix du restant du contrat. Celui-ci affirme que « Le choix du droit ne peut être contesté au seul motif que le contrat auquel il s'applique n'est pas valable »[1873].

Comme le souligne le professeur Díaz Labrano, il s'agit de « préserver le cadre juridique ou le droit dans lequel toutes les questions relatives au contrat doivent être résolues »[1874]. Le professeur Moreno Rodríguez précise que, cet article — interprété à la lumière des Principes de La Haye — consacre le principe selon lequel la convention de choix de loi est autonome et distincte du contrat principal, impliquant que la nullité du contrat n'affecte pas automatiquement la validité de la clause de choix de loi. Ce principe est d'ailleurs également reconnu tant par le Règlement Rome I que par la Convention de La Haye de 2005 sur l'élection de for, ainsi qu'en arbitrage international. Toutefois, il précise que la clause et le contrat seront l'un et l'autre frappés de nullité s'ils partagent un même vice, telle l'illégalité résultant d'une corruption au moment du consentement[1875].

[1871] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

[1872] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1873] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1874] R. Díaz Labrano, « Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley nº 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay », *op. cit.,* p. 286.

[1875] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.,* p. 164.

2. La lacune législative générale quant à la validité, l'existence et la séparabilité de la clause d'electio juris

316. Validité et existence de la clause d'*electio juris*. A l'exception du Paraguay, dans la plupart des États latino-américains, les questions de validité et d'existence de la clause d'élection de la loi ont principalement été explorées par la doctrine, bien que cette analyse ne soit pas systématique.

En *Argentine*, par exemple, il a été admis que la validité de la clause de choix est appréciée selon la *lex fori*, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la validité du choix conformément à la loi choisie[1876]. Le même raisonnement était soutenu au Mexique[1877].

En choisissant une autre solution, au *Pérou*, il a été affirmé que, bien que la loi n'envisage pas expressément la question, « il ne semble pas y avoir d'objection à renvoyer la réglementation de la validité de l'accord d'élection à la loi choisie dans celui-ci […] puisque le choix est également un contrat valide qui pourrait être renvoyé à sa prétendue loi applicable »[1878]. Les professeurs Tovar Gil partagent cette analyse, considérant que l'existence et la validité du *pactum de lege utenda* doivent être appréciées à la lumière de la *lex causae*, conformément aux dispositions de l'article 2096 du Code civil[1879].

De même, en *République dominicaine*, la doctrine affirma que la question de l'élection du droit applicable était une question préalable, régie par la loi hypothétique de l'accord qui serait applicable si l'accord était valable. Cependant, des réserves ont été formulées. En effet, il a été avancé que la clause d'*electio juris* est régie « en principe, par la loi déterminée par la clause d'élection, mais limitée par la loi de la résidence habituelle des parties en ce qui concerne la détermination de la validité du consentement des parties »[1880].

Au *Venezuela*, une approche mixte a été adoptée en ce qui concerne la validité et l'existence de la clause d'élection de la loi applicable. Il a été reconnu qu'en principe, les conditions d'existence et de validité de cette clause relèvent de la *lex fori*. Toutefois, il a également été observé que ces conditions se répartissent en deux catégories : celles qui concernent le consentement des parties à la clause de la loi applicable, et celles qui affectent la validité du choix de la loi applicable. Ainsi, les conditions du consentement doivent être complétées par les exigences de la *lex causae* et de la loi du domicile ou de l'établissement de la partie qui conteste ce consentement. En ce qui concerne les exigences liées à la validité de la loi choisie, elles seraient régies exclusivement par la *lex fori*[1881].

[1876] C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit.,* p. 245.

[1877] W. Frisch Philipp, J.A. González Quintanilla, J.A. González Elizondo, *op. cit.*, p. 174.

[1878] A.A. Forsyth, *op. cit.*, p. 33 (traduction libre de l'espagnol).

[1879] J. Tovar Gil, M. del C. Tovar Gil, « Péru », *in* C. Esplugues Mota, D. Hargain, G. Palao Moreno (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, *op. cit.*, p. 633.

[1880] J.C. Fernández Rozas, S. A. Sánchez Lorenzo, N. Concepción, *op. cit.*, p. 425 (traduction libre de l'espagnol).

[1881] J.A. Giral Pimentel, *El contrato internacional*, *op. cit.*, p. 166.

Il convient de noter que cette approche ne repose pas sur les dispositions de la Loi de droit international privé vénézuélienne, car cette loi ne traite pas spécifiquement de la question de la validité de la clause d'élection de la loi applicable. Plus précisément, au Venezuela, les conditions requises pour qu'une clause d'élection soit considérée comme valide sont celles établies par la Convention de Mexico. Cette approche est acceptée par la doctrine, même dans les cas où des relations impliquent des juridictions qui ne sont pas parties à la Convention. Dans de telles circonstances, la Convention serait appliquée en tant que principe de droit international privé largement accepté, ou encore en vertu de la théorie d'interprétation harmonieuse des dispositions de la Convention et de la Loi de droit international privé, déjà mentionnée précédemment[1882].

En *Uruguay*, la professeure Fresnedo de Aguirre souligne que la nouvelle loi, bien qu'elle ne le précise pas expressément, doit s'interpréter comme garantissant la validité du choix de loi uniquement lorsqu'il repose sur le « consentement valable » de chacune des parties, c'est-à-dire, exempt de vices et donné librement. Comme l'affirme la professeure : « La liberté contractuelle, le libre consentement et l'interdiction de l'abus de droit sont des principes fondamentaux sur lesquels l'Uruguay fonde son ordre juridique »[1883]. L'absence de disposition expresse ne saurait donc s'interpréter comme autorisant quelque forme d'abus qu'une partie pourrait exercer sur l'autre. Pour combler cette lacune législative, elle suggère de recourir aux articles 2.1.22 des Principes d'Unidroit, en tant que « principes généraux applicables aux contrats » (en suivant ainsi la méthode de comblement de lacunes fournie par l'article 13 de la loi uruguayenne)[1884].

317. Séparabilité. La doctrine latino-américaine traite rarement de la séparabilité, c'est-à-dire de l'indépendance du choix de la loi applicable par rapport au contrat. Il est pertinent de noter ici que la doctrine uruguayenne considère que l'invalidité du contrat principal ne devrait pas automatiquement entraîner l'invalidité de la clause de choix de la loi applicable. En effet, selon cette doctrine, « en raison de leur fonction, les clauses d'élection de la loi et du for devraient pouvoir survivre au contrat qui les contient, afin de remplir efficacement le rôle qui leur a été assigné : résoudre tous les problèmes pouvant découler du contrat principal »[1885]. Un raisonnement similaire a également été avancé par la doctrine péruvienne[1886].

[1882] *Ibid*, p. 183-184.

[1883] C. Fresnedo de Aguirre, Derecho Internacional Privado, t. III, *op. cit.*, p. 298 (traduction libre de l'espagnol).

[1884] L'article dispose le suivant : « (Désaccord sur les clauses-types) Lorsque les parties utilisent des clauses types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est néanmoins conclu sur la base des clauses convenues et des clauses-types qui, pour l'essentiel, sont communes aux parties, à moins que l'une d'elles ne signifie à l'autre, soit à l'avance, soit ultérieurement et sans retard indu, qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat ».

[1885] R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.,* p. 595 (traduction libre de l'espagnol).

[1886] A.A. Forsyth, *op. cit.*, p. 28.

Section 2 — La persistance de l'ambiguïté législative concernant l'autonomie de la volonté

318. Un autre groupe de pays d'Amérique latine est resté attaché à des normes de conflit fondées sur d'anciennes codifications territorialistes, qui ne reconnaissent pas explicitement l'autonomie de la volonté. Ce groupe inclut le Chili, la Colombie, le Costa Rica, le Salvador, l'Équateur, le Honduras et le Nicaragua, ainsi que la Bolivie et le Brésil. Toutefois, le vide législatif général existant (§1) n'empêcha pas la doctrine, et même la jurisprudence, de reconnaître la possibilité pour les parties de choisir le droit applicable aux contrats internationaux dans ces pays (§2).

§1 — Absence de réglementation sur l'autonomie de la volonté

319. Les législations de la Bolivie, du Brésil, du Chili, de la Colombie, du Costa Rica, d'El Salvador, de l'Équateur, du Honduras et du Nicaragua ne mentionnent pas la possibilité pour les parties de choisir le droit applicable à leurs relations contractuelles. De plus, ces pays se caractérisent par l'absence d'une réglementation unique en droit international privé. Les normes de droit international privé se trouvent dans des législations éparses, souvent dans les Codes civils ou de commerce.

Cette lacune législative, comme nous allons le montrer, n'a cependant pas empêché la doctrine, ni la jurisprudence, d'admettre l'autonomie de la volonté — même si, dans certains pays, la question demeure en partie controversée. En outre, en l'absence d'une acceptation expresse, le régime de l'autonomie de la volonté est le plus souvent construit par la doctrine nationale, qui s'efforce de combler les lacunes tant du texte législatif que de la jurisprudence, celle-ci n'ayant pas apporté de réponses à la majorité des problématiques relatives à la mise en œuvre effective de cette autonomie.

320. Le Code civil chilien comme source d'inspiration. Le Code civil chilien d'Andrés Bello (1855) influença de manière significative les lois de plusieurs autres pays d'Amérique latine et contribua à perpétuer le principe de territorialité des lois dans la région[1887]. En suivant sa tradition statutiste, aucune mention n'est faite dans le Code civil chilien à l'autonomie conflictuelle. Au contraire, l'article 16 dudit Code, empreint d'une forte territorialité, impose l'application de la loi chilienne pour régir les biens situés au Chili et les effets des contrats conclus à l'étranger et devant être exécutés sur le territoire national[1888].

[1887] Sur l'influence du Code civil chilien sur d'autres pays latino-américains, v. *supra* n° 29.

[1888] « Art. 16 — Les biens situés au Chili sont soumis à la loi chilienne, même si leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas au Chili. Cette disposition s'applique sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement exécutés dans un pays étranger. Toutefois, les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Chili sont régis par le droit chilien ». Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol).

Ayant comme source d'inspiration le Code chilien, les législations d'El Salvador, de l'Équateur, du Honduras, du Costa Rica, de la Colombie et du Nicaragua présentent des similitudes marquées. Comme au Chili, ces pays ne font aucune mention de l'autonomie de la volonté dans leur Code civil. Ils prévoient plutôt que les biens situés sur leur territoire sont soumis à la législation nationale, quel que soit le lieu de résidence ou la nationalité des propriétaires, y compris s'ils sont étrangers (art. 16 du Code civil salvadorien, art. 15 du Code civil équatorien de 2005, art. 14 du Code civil hondurien, art. 20 du Code civil colombien, art. 24 et 25 du Code civil costaricain, ainsi que le paragraphe VI du titre préliminaire, section II, du Code civil nicaraguayen)[1889].

321. Les règles spéciales aux contrats commerciaux. Par ailleurs, au Chili, en Équateur, en Colombie et en Bolivie, cette logique est renforcée par le Code de commerce, qui impose l'application de la loi interne aux contrats commerciaux conclus dans un pays étranger et exécutés sur le territoire national (art. 113 du Code de commerce chilien, art. 252 du Code de commerce équatorien, art. 869 du Code de commerce colombien, et art. 804 du Code de commerce bolivien[1890]). Toutefois, tant au Chili qu'en Équateur, l'imposition du droit national est conditionnée à la volonté des parties. En effet, l'article 113 du Code de commerce chilien établit que la loi chilienne s'applique aux actes relatifs à l'exécution des contrats conclus à l'étranger et exécutables au Chili « à moins que les parties contractantes n'en aient convenu autrement »[1891]. Et, le Code de commerce équatorien prévoit, à l'article 252, premier paragraphe, que tous les actes d'exécution des contrats commerciaux conclus à l'étranger et exécutoires en Équateur sont soumis aux lois équatoriennes. Il précise toutefois, au deuxième paragraphe, que cette règle ne s'applique pas si les parties ont décidé du contraire[1892].

322. Le cas particulier du Brésil. La législation brésilienne présente des particularités qui la distinguent des pays précédemment abordés. Tout d'abord, son Code civil n'a pas été inspiré par les idées de Bello, mais plutôt par celles du brésilien Teixeira de Freitas[1893]. Bien que le système brésilien ait ses spécificités, une similitude existe : il ne prévoit aucune orientation explicite concernant la faculté des parties de choisir la loi applicable à leurs contrats internationaux.

Il convient de souligner que le droit international privé brésilien était réglementé dans la partie introductive du Code civil de 1916 (Loi n° 3071 du 1er janvier 1916, partie

[1889] V. Annexe 2.

[1890] V. Annexe 2.

[1891] Chili, *Code de commerce*, 23 novembre 1865 ;

[1892] « Art. 154 — Tous les actes relatifs à l'exécution des contrats commerciaux conclus dans un pays étranger et exécutés en Équateur seront régis par la loi équatorienne. Ainsi, la livraison et le paiement, la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, les mesures de toute nature, les reçus et leur forme, les responsabilités imposées par l'inexécution ou l'exécution imparfaite ou tardive, et tout autre acte relatif à la simple exécution du contrat, sont régis par les dispositions des lois de la République, à moins que les parties contractantes n'en aient convenu autrement ». Équateur, Loi ordinaire du 24 juin 2005, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[1893] Sur les doctrines d'Andrés Bello et de Teixeira de Freitas, v. *supra* n° 26.

introductive intitulée « Loi d'introduction au Code civil » — LICC)[1894]. L'article 13 de cette loi introductive disposait que : « *Sauf stipulation contraire*, la loi du lieu de constitution régira la substance et les effets des obligations »[1895]. Ce même article, dans un paragraphe unique, énonçaient certains cas exceptionnels dans lesquels seule la loi brésilienne serait applicable : les contrats exécutés au Brésil, les obligations contractées par des Brésiliens à l'étranger, les actes relatifs à des biens immobiliers situés au Brésil ou au système hypothécaire brésilien.

Par la suite, en 1942, durant la dictature militaire que le pays a connue, la LICC a été modifiée par le Décret-loi n° 4 675 du 4 septembre 1942, supprimant l'expression : « sauf stipulation contraire » de l'article 13, qui, pour le reste, conservait la même teneur. Comme l'explique le professeur Haroldo Valladão, le décret-loi fut adopté immédiatement après la déclaration de guerre du Brésil à l'Allemagne et à l'Italie, réformant « secrètement » et « abruptement » la LICC, rompant dans plusieurs aspects avec la tradition juridique du pays[1896]. En 2010, la LICC a vu son intitulé changer pour celui de « Loi d'introduction aux normes de droit brésilien — LINDB », suite à l'entrée en vigueur de la Loi n° 12 376 du 30 décembre 2010[1897], sans que son contenu ne soit modifié pour autant.

Au regard des normes étudiées ou de l'absence de telles normes dans certaines législations, il est pertinent d'analyser de quelle manière le principe d'autonomie a été progressivement reconnu dans ces pays à travers la jurisprudence et le développement doctrinal.

§2 — Acceptation implicite de l'autonomie et de son régime

323. En l'absence de réglementations spécifiques sur l'autonomie de la volonté, ce concept a été intégré dans les systèmes juridiques des pays en question grâce à une évolution progressive de la doctrine, qui a finalement eu un impact significatif sur la jurisprudence. Toutefois, force est de constater que les décisions jurisprudentielles latino-américaines demeurent, dans la majorité des pays, peu nombreuses et souvent approximatives, présentant souvent des lacunes méthodologiques et se limitant fréquemment à des affirmations de principe sans développer une argumentation juridique

[1894] Pour une analyse historique du droit international privé brésilien, v. V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *op. cit.*, p. 431 et s. ; V. aussi, R. Octavio, *Le droit international privé dans la législation brésilienne*, *op. cit.*, p. 139.

[1895] Brésil, Loi n° 3 071 du 1er janvier 1916, *Code civil des États-Unis du Brésil* (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

[1896] Selon le professeur brésilien : « Cette réforme ayant comme raison immédiate la guerre, pour ne pas appliquer aux sujets de l'axe leurs lois nationales (lettre de l'un des auteurs, Philadelpho Azevedo au *Jornal do Comércio*, août 1942), la modification de notre droit national réalisée en secret, sans publication du projet, sans audience de juristes, comme s'en étonne Clovis Bevilacqua *(sic)*, sans aucun exposé des motifs, fut une surprise pour les milieux juridiques, d'autant plus qu'elle altéra également d'autres principes traditionnels de notre droit, comme celui de la non-rétroactivité des lois ». H. Valladão, « Le droit international privé des États américains », *op. cit.*, p. 83.

[1897] Brésil, Décret-loi n° 4 657 du 4 septembre 1942, *Loi d'introduction aux normes de Droit brésilien*, rédaction conformément à la Loi n° 12 376, 2010.

rigoureuse ni expliciter le raisonnement sous-jacent à l'admission de ce principe fondamental du droit international privé[1898]. En outre, ces pays présentent des degrés variables concernant l'étendue du principe d'autonomie de la volonté et d'importantes lacunes subsistent quant au régime du choix de la loi applicable. Compte tenu de ces divergences et particularités, il est justifié d'étudier la situation de chaque pays, en prenant en compte leurs spécificités, avant de tirer des conclusions générales.

Tout d'abord, nous avons choisi d'étudier l'évolution du droit chilien en raison de son importance historique en tant que modèle législatif pour de nombreux pays latino-américains (A). Ensuite, nous analyserons les pays qui ont adopté des dispositions unilatérales similaires à celles du Code civil chilien, à savoir la Colombie, le Costa Rica, l'El Salvador, l'Équateur, le Honduras et le Nicaragua (B). Nous examinerons ensuite le cas de la Bolivie, où le Code civil ne règle pas les questions relatives à la loi applicable aux contrats internationaux, mais qui contient une législation semblable à celle des pays précédents dans le Code du commerce (C). Finalement, nous examinerons le cas du Brésil, qui est distinct des autres, puisqu'il ne prévoit pas de norme unilatérale de caractère territorialiste, mais reste lacunaire quant à l'acceptation de l'autonomie de la volonté (D).

A. Chili

324. La scission de la doctrine. Au Chili, la doctrine a été fragmentée en ce qui concerne l'acceptation du principe d'autonomie de la volonté, bien qu'actuellement l'opinion majoritaire semble soutenir ce principe. En général, trois théories ont émergé au Chili. D'abord, une doctrine qui rejette l'autonomie de la volonté, ne reconnaissant pas son adoption par les normes chiliennes ; ensuite, une position intermédiaire qui l'accepte

[1898] Cf. recherche effectuée dans les moteurs de recherche des cours supérieurs des pays objets de l'étude, à savoir : en Argentine (Cour suprême de justice, en ligne http://www.csjn.gov.ar/ ; et de manière plus générale sur : http://www.saij.gob.ar/home ; et www.diprargentina.com) ; en Bolivie (Tribunal suprême de justice et Tribunal constitutionnel, en ligne https://tsj.bo/ ; et http://www.tcpbolivia.bo/tcp/index.php) ; au Brésil (Tribunal suprême fédéral et Tribunal supérieur de justice, en ligne http://www.stf.gov.br/ ; et http://www.stj.gov.br/ ; et de manière plus générale sur https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/) ; au Chili (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poderjudicial.cl) ; en Colombie (Cour suprême et Cour constitutionnelle, en ligne http://www.cortesuprema.gov.co/ ; et http://www.corteconstitucional.gov.co/) ; au Costa Rica (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poder-judicial.go.cr/ ; et https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/) ; à Cuba (Tribunal suprême, en ligne http://www.tsp.cu/) ; en Salvador (Cour suprême de justice, en ligne https://www.csj.gob.sv/jurisprudencia/) ; en Équateur (Cour nationale de justice et Cour constitutionnelle, en ligne http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/ , et http://www.corteconstitucional.gob.ec/) ; au Guatemala (Cour suprême de justice, en ligne http://www.oj.gob.gt/csj/) ; au Honduras (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poderjudicial.gob.hn) ; au Mexique (Cour suprême, en ligne https://bj.scjn.gob.mx/) ; au Nicaragua (Cour suprême de justice, en ligne http://www.poderjudicial.gob.ni/) ; au Panama (Pouvoir judiciaire, en ligne https://www.organojudicial.gob.pa/registro-judicial) ; au Paraguay (Cour suprême de justice, en ligne http://www.pj.gov.py et https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/) ; au Pérou (Pouvoir judiciaire, en ligne, http://www.pj.gob.pe) ; en République dominicaine (Cour suprême de justice, en ligne http://www.suprema.gov.do/) ; en Uruguay (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poderjudicial.gub.uy) ; et au Venezuela (Tribunal suprême de justice, en ligne http://www.tsj.gov.ve/). Les mots-clés utilisés étaient les suivants (et en langue espagnole pour la majorité des pays et en langue portugaise pour le Brésil) : « contrat(s) international(aux) » ; « loi applicable » ; « droit applicable » ; « droit international privé » ; « autonomie » ; et « autonomie de la volonté » (dernière consultation effectuée le 14 août 2025).

dans des cas spécifiques ; enfin, une approche plus libérale qui reconnaît l'autonomie de la volonté, à partir d'une interprétation systématique du droit chilien.

Une partie de la doctrine retient une interprétation rigide de l'article 16 du Code civil chilien. Les références à l'article 16, où il est mentionné que « Les biens situés au Chili sont soumis à la loi chilienne » (alinéa 1) et que « Les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Chili sont régis par le droit chilien » (alinéa 3), ont été comprises comme une interdiction pour les parties d'opter pour une autre législation[1899]. D'autre part, il a été aussi soutenu que la clause de choix de la loi applicable ne liait pas les juges et que l'article 16 est une règle de droit international considérée comme d'ordre public[1900].

Une doctrine plus libérale préconise, quant à elle, une position intermédiaire[1901]. Ce courant doctrinal, qui s'appuie sur la théorie de la localisation de Batiffol, affirme que les choix de loi servent d'indices que les tribunaux doivent prendre en considération pour la localisation d'un contrat, en vue de déterminer la loi qui le régit. Ainsi, selon cette doctrine, les parties localisent leurs contrats en les inscrivant dans un cadre juridique spécifique.

Dans une position majoritaire, certains auteurs ont reconnu que l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux est acceptée en droit chilien[1902]. Cette doctrine fait une interprétation systématique et conjointe des articles mentionnés et admet une pleine autonomie conflictuelle et matérielle.

En général, cette acceptation de l'autonomie conflictuelle est admise sur la base de l'article 113 du Code de commerce. Cet article dispose que « Tous les actes relatifs à l'exécution des contrats conclus à l'étranger et devant être exécutés au Chili » sont régis par le droit chilien, « à moins que les parties contractantes n'en aient convenu

[1899] P. ex., cette opinion a été soutenue par Claro et Fabres, premiers commentateurs du Code civil, qui ne font pas référence à l'autonomie et semblent interpréter l'art. 16 du Code civil comme une règle impérative imposant l'application du droit chilien aux contrats internationaux conclus ou exécutés au Chili ; ainsi que par Etcheberry, qui affirme que le droit chilien n'accepte pas clairement l'autonomie de la volonté dans les contrats civils. Cf. M.I. Vial Undurraga, « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *Revista Chilena de Derecho*, 2013, vol. 40, nº 3, p. 891-927, p. 889, note de bas de page n° 71 ; de plus, Jaime R. Zúñiga Gallegos mentionne également A. Monsálvez comme partisan de cette théorie. Cf. J.R. Zúñiga Gallegos, « El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aun no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio », *in* E. Picand Albonico (dir.), *Estudios de derecho internacional privado: chileno y comparado*, Santiago, Legal Publ, 1re éd., 2014, p. 213-243, p. 222. V. aussi, A. Monsálvez Müller, *Derecho internación privado*, 3e éd., Jurisprudencia Execma, Corte Suprema 2006-2007, Santiago, Universidad Internacional Sek, 2007.

[1900] À ce sujet, v. J.R. Zúñiga Gallegos, « El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aun no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio », *op. cit.,* p. 222.

[1901] C'est, par exemple, la doctrine de R. Dominguez. Sur ce sujet, v. J.R. Zúñiga Gallegos, « El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aun no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio », *op. cit.*, p. 221.

[1902] Pour une analyse de la position doctrinale au Chili, en particulier ceux qui acceptent l'autonomie de la volonté, v. M.I. Vial Undurraga, « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *op. cit*., p. 896 et s.

autrement »[1903]. La lettre de l'article autorise les parties à choisir une loi étrangère pour régir « les actes relatifs à l'exécution », c'est-à-dire aux effets des contrats, et seulement ceux qui sont conclus à l'étranger et exécutés sur le territoire national. Néanmoins, la doctrine interpréta cet article de manière plus large et considéra qu'il autorise le choix pour tout contrat commercial international (conclu au Chili ou à l'étranger) et pour tout effet (qu'il se produise au Chili ou non)[1904]. Il est alors entendu que l'expression « à moins que […] » donne la primauté au rattachement par l'autonomie de la volonté[1905].

Une compréhension extensive de la reconnaissance du principe d'autonomie a également été soutenue à partir de la norme énoncée à l'article 1545 du Code civil, relative au principe de la liberté contractuelle. Selon cet article : « Tout contrat légalement conclu est une loi pour les parties contractantes et ne peut être invalidé que par leur consentement mutuel ou pour des causes légales »[1906]. Bien que cet article soit explicitement destiné aux contrats nationaux, sa portée a été interprétée dans un sens plus étendu, pour couvrir également les contrats internationaux et autoriser ainsi le choix de la loi applicable dans la sphère internationale[1907].

En ce qui concerne l'article 16 du Code civil chilien mentionné plus haut, une partie de la doctrine est d'avis que cette disposition ne s'applique qu'en l'absence de choix de loi exercé par les parties. Il a également été avancé que cet article dispose que seule l'exécution du contrat au Chili doit respecter la loi chilienne, laissant aux parties la liberté de choisir la loi applicable pour d'autres aspects du contrat[1908]. En outre, une interprétation stricte de l'article 16, selon laquelle l'autonomie de la volonté serait complètement interdite, a été vivement critiquée par un courant doctrinal, la jugeant « totalement désuète

[1903] Chili, *Code de commerce*, 23 novembre 1865 (traduction libre de l'espagnol).

[1904] Cf. M.I. Vial Undurraga, « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *op. cit*., p. 897.

[1905] V. J.R. Zúñiga Gallegos, « El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aun no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio », *op. cit.*, p. 220-221.

[1906] Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol).

[1907] Partagent cette opinion notamment Carlos y Gabriel Villarroel, Francisco José Grob Duhalde, Jaime R. Zúñiga Gallegos, et María Ignacia Vial Undurraga. V. J.R. Zúñiga Gallegos, « El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aun no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio », *op. cit.*, p. 221 ; C. Villarroel, G. Villarroel, « Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos Internacionales », *Revista chilena de Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 1990, vol. 17, n° 2, p. 351-365, p. 358 et s. ; et F.J. Grob Duhalde, « La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes », *Revista Chilena de Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2014, vol. 41, n° 1, p. 229-265, p. 233-234.

[1908] Cf. M.I. Vial Undurraga, « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *op. cit*., p. 898 ; en ce sens, v. aussi, A. León, « Reforma del sistema chileno de Derecho Internacional Privado », *in* J. Kleinheisterkamp, G.A. Lorenzo Idiarte (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1er éd., 2002, p. 183, pour qui « le Code civil chilien accepte le principe de l'autonomie de la volonté et reconnaît la valeur dans notre pays aux contrats valablement conclus dans un pays étranger conformément à une loi étrangère (art. 16, alinéa 2), sans préjudice de la soumission de leurs effets aux lois chiliennes lorsque le contrat conclu à l'étranger doit être exécuté au Chili (art. 16, alinéa 3). » (Traduction libre de l'espagnol).

et incompatible avec d'autres règles de notre système juridique, comme le Décret-loi nº 2393 de 1978 et la Loi 19 393 de 2004 sur l'arbitrage commercial »[1909].

Par ailleurs, un autre argument en faveur de l'acceptation de l'autonomie de la volonté par le système juridique chilien repose sur les dispositions du Décret-loi n° 2349 de 1978. Ce Décret-loi reconnaît expressément la possibilité de choisir une loi et un tribunal étrangers dans les contrats économiques ou financiers conclus par l'État chilien ou par des entités publiques avec des entreprises internationales basées à l'étranger, ainsi que dans les contrats conclus par des tiers avec la garantie de l'État ou d'une entité publique chilienne. Plus précisément, dans ses deux premiers considérants, il met l'accent sur l'importance de l'autonomie de la volonté dans les échanges internationaux et sur la légitimité et l'utilisation courante de ce principe dans les contrats entre particuliers. Voici la formulation desdits considérants :

> « 1er — Considérant qu'il s'agit d'une pratique commerciale généralisée, dont l'application s'étend à notre pays, que dans les contrats internationaux relatifs aux affaires et aux opérations de nature patrimoniale que l'État ou ses organismes, institutions et sociétés concluent avec des organismes, institutions ou sociétés internationaux ou étrangers, dont le principal centre d'affaires se trouve à l'étranger, soient incluses des stipulations en vertu desquelles ils sont soumis à des législations étrangères déterminées, que les litiges qui peuvent en découler soient soumis à des tribunaux étrangers, ordinaires ou arbitraux, qu'il est accordé un domicile spécial à l'étranger et que des mécanismes soient établis pour configurer la relation procédurale.
>
> 2e — Que, dans l'ordre juridique chilien, ces stipulations sont licites et que, de ce fait, elles sont fréquemment appliquées dans les contrats conclus entre particuliers, et qu'il convient de noter qu'elles sont consacrées dans le Code de droit international privé approuvé lors de la Sixième Conférence internationale américaine, qui est en vigueur dans notre pays depuis 1934. »[1910]

Puis, l'article 1, alinéa 1, du Décret-loi nº 2 349 de 1978 accepte de façon explicite l'autonomie de la volonté pour les contrats internationaux publics. Il dispose ce qui suit :

> « Sont déclarés valables les accords visant à soumettre au droit étranger les contrats internationaux dont l'objet principal est lié à des affaires ou à des opérations de nature économique ou financière, conclus ou à conclure par des organismes, institutions ou sociétés internationaux ou étrangers qui ont le centre principal de leurs activités à l'étranger, avec l'État du Chili ou ses organismes, institutions ou sociétés. »[1911]

[1909] J.R. Zúñiga Gallegos, « El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aun no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio », *op. cit.*, p. 235 (traduction libre de l'espagnol).

[1910] Chili, Décret-loi n° 2 349 du 13 octobre 1978, *Établit des normes sur les contrats internationaux pour le secteur public* (traduction libre de l'espagnol).

[1911] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

Bien que ledit Décret-loi concerne des « contrats publics », une partie de la doctrine considère ses dispositions comme une confirmation de l'acceptation générale de l'autonomie de la volonté dans le droit chilien, malgré le champ d'application bien délimité du Décret[1912]. Il a également été affirmé que, si l'autonomie est reconnue pour les contrats publics, il serait logique de l'étendre aux contrats privés, dont le régime est généralement plus souple. De plus, il est souligné que les considérants du Décret-loi 2 349 confirment l'acceptation de l'autonomie pour les contrats privés dans le système juridique chilien[1913].

Cependant, il a également été relevé que l'importance de cette référence doit être évaluée en tenant compte du fait qu'elle a été formulée par le législateur pour appuyer l'autorisation du choix d'une loi ou d'un tribunal étranger dans le domaine spécifique des contrats publics, « mais non comme une interprétation authentique du droit chilien en ce qui concerne la validité de ce choix dans d'autres contrats »[1914]. Par conséquent, bien qu'elle témoigne d'une tendance à l'acceptation législative de l'autonomie de la volonté, elle n'énonce pas le droit applicable aux contrats conclus entre personnes privées et ne peut être considérée comme une reconnaissance légale contraignante de l'autonomie pour cette catégorie de contrats[1915].

Il convient de signaler l'existence d'un avant-projet de loi sur le droit international privé, élaboré conjointement par la Faculté de droit de l'Université du Chili et l'Association chilienne de droit international privé, et remis au ministre de la Justice le 22 septembre 2020. Ce projet s'inscrit dans le cadre d'un accord de coopération signé en 2017 et poursuit l'objectif de moderniser un système juridique reposant sur des dispositions anciennes et dispersées. S'inspirant des réformes européennes et latino-américaines, notamment de la Convention de Mexico, ce texte consacre expressément le principe de l'autonomie de la volonté. Il admet le choix tacite de la loi applicable, autorise le dépeçage du contrat, permet la désignation postérieure de la loi applicable et n'exige aucun lien de rattachement entre la loi choisie et la relation contractuelle. Parmi d'autres innovations significatives, le projet encadre également le rôle de règles de droit non étatique et prévoit que les parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des normes de droit, des usages ou des principes généralement admis au niveau international, supranational ou régional, sauf si la loi du for l'interdit expressément. Il ajoute que les lacunes que laisseraient ces normes, usages ou principes doivent être comblées par celles de la loi applicable au contrat en l'absence de choix de loi[1916].

[1912] Partagent cette opinion, p. ex., Mario Ramírez Necochea et les frères Villarroel. V. M. Ramírez Necochea, *op. cit.*, p. 241-242 ; et C. Villarroel, G. Villarroel, « Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos Internacionales », *op. cit.*, p. 358 et s.

[1913] *Ibidem.*

[1914] M.I. Vial Undurraga, « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *op. cit*., p. 899 (traduction libre de l'espagnol).

[1915] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1916] Pour une analyse de l'avant-projet, v. J. Gallegos Zuñiga, « Aplicación e influencia de las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) en el ordenamiento jurídico chileno », *in* P.M. All,

325. Précisions sur le régime de la loi applicable au Chili. Les dispositions des normes chiliennes mentionnées ne sont pas suffisantes pour résoudre les différentes questions relatives au régime de la loi applicable. Cependant, d'autres normes peuvent être utilisées pour résoudre quelques-unes de ces questions, même si, pour la grande majorité, nous n'identifions aucune orientation précise dans la législation chilienne. Malgré cela, en adoptant une interprétation systématique et large de la législation chilienne, la doctrine nationale développa des solutions sur la portée et l'étendue du principe de l'autonomie au Chili.

Ainsi, à défaut de choix exprès des parties, la doctrine chilienne a soutenu que la loi à laquelle les parties consentirent tacitement s'applique[1917]. Le choix tacite résulterait de l'interprétation du contrat, qui, dans le droit chilien, s'inspire du principe volontariste[1918]. En outre, quant à la détermination de l'existence d'un choix tacite de la loi applicable, il a été soutenu que certaines règles d'interprétation des contrats du Code civil, appliquées par analogie, pouvaient fournir de tels indices, tel que l'existence d'un choix de loi exprès fait dans un contrat connexe ou le comportement des parties[1919]. De plus, en se fondant sur des dispositions du Code civil relatives à l'efficacité des contrats, il a été soutenu qu'une clause est effective ou valable en vertu d'une loi, mais inefficace ou non valable en vertu d'une autre. Cela pourrait indiquer que les parties ont tacitement choisi la loi dont elle dépend[1920]. La demande des parties d'appliquer une certaine loi au cours d'une procédure judiciaire (l'accord procédural) pourrait aussi être prise en compte[1921].

L.E. Rodriguez Carrera (dir.), *CIDIP-OEA : influencia y aplicación en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos*, Santa Fe, Paula Maria All, 1re éd., 2024, p. 238-239.

[1917] Pour justifier l'acceptation d'un choix tacite, cette doctrine cite souvent des normes relatives aux contrats internes, qui peuvent être appliquées par analogie aux contrats internationaux. Ces normes sont, notamment, l'article 1560 du Code civil, qui établit que, dès lors que la volonté des parties est « clairement connue », elle prévaut sur les termes littéraux du contrat ; et encore l'art. 103 du Code de commerce, qui dispose que l'acceptation tacite d'un contrat par les parties produit les mêmes effets que leur acceptation expresse. V. M.I. Vial Undurraga, « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *op. cit*., p. 901-902 ; C. Villarroel, G. Villarroel, « Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos Internacionales », *op. cit.*, p. 360 ; et J. Gallegos Zúñiga, « Deficiencias en las normas internas de derecho aplicable a los contratos internacionales, en los países miembros de la alianza del pacífico », *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2018, p. 585-614, p. 594.

[1918] Cf. C. Villarroel, G. Villarroel, « Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos Internacionales », *op. cit.*, p. 360.

[1919] Cela a été soutenu en se basant sur l'art. 1564 du Code civil qui dispose ce qui suit : « Les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune d'elles le sens qui convient le mieux à l'ensemble du contrat. Elles peuvent aussi être interprétées par celles d'un autre contrat conclu entre les mêmes parties et portant sur le même sujet. Ou par l'application pratique qui en est faite par les deux parties, ou par l'une d'elles avec l'accord de l'autre ». Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol). Cf. M.I. Vial Undurraga, « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *op. cit*., p. 901-902.

[1920] Ce raisonnement se justifie, selon cette doctrine, notamment sur l'art. 1562 du Code civil selon lequel « Le sens dans lequel une clause peut produire un certain effet doit être préféré à celui dans lequel elle ne peut produire aucun effet ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1921] Cf. M.I. Vial Undurraga, « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *op. cit*., p. 901-902. En outre, les critères de localisation avancés par Batiffol ont également été identifiés par la doctrine chilienne comme des éléments auxiliaires dans la détermination de la volonté implicite. Ils comprennent des indices généraux tels que ceux de la conclusion et de l'exécution du contrat, ainsi que des indices

Quant au *moment du choix*, il a été affirmé que, dès lors qu'aucune interdiction d'un choix postérieur n'existe dans les normes chiliennes généralement applicables aux contrats internationaux, cela peut être interprété comme l'autorisation de ce choix ou de sa modification postérieure[1922]. Il a aussi été mentionné qu'au Chili, le changement de la loi applicable n'affecte pas la validité formelle du contrat parce qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de cette loi et que le changement ne devrait pas non plus affecter négativement les droits des tiers, puisque ces droits sont protégés par le droit chilien (conformément aux arts. 12[1923] et 1683[1924] du Code civil, applicable par analogie)[1925].

En suivant la tendance des législations et instruments les plus modernes, la doctrine nationale considéra aussi que la législation chilienne acceptait le choix d'une loi qui n'aurait aucun lien avec le contrat[1926], même si cette question demeure controversée au sein de la doctrine[1927]. En outre, il a été affirmé que, dès lors que les règles généralement applicables aux contrats internationaux n'interdisent pas expressément le dépeçage, celui-ci serait accepté au Chili[1928].

---

spécifiques. Ces derniers incluent des indices intrinsèques, comme ceux liés à la personne des parties contractantes (p. ex., nationalité et domicile), à l'objet du contrat (p. ex., monnaie de paiement, relations avec d'autres contrats), à la forme des contrats (p. ex., nécessité d'intervention d'un fonctionnaire public, langue du contrat) et aux modalités de résolution de litiges (p. ex., clauses compromissoires ou attributives de juridiction), et des indices extrinsèques. Ont été mentionnés, pour ces derniers, les conséquences des lois de conflit de lois (p. ex., privilégier la loi qui rend le contrat valable par rapport à celle qui l'annule), le comportement des parties et les références à des lois ou coutumes spécifiques. Cf. C. Villarroel, G. Villarroel, « Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales », *op. cit.*, p. 360-363.

[1922] Il a encore été soutenu que les modifications du choix peuvent, en principe, être effectuées de manière expresse ou tacite, mais, dans ce dernier cas, elles doivent être démontrées par des indicateurs « multiples et non équivoques ». En outre, il a été jugé que leur effet rétroactif ou prospectif serait régi par la nouvelle loi choisie par les parties, qui est celle qui régit les effets du contrat (Cf. M.I. Vial Undurraga, « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *op. cit*., p. 905). En outre, il a été affirmé que ce choix pourrait être réalisé à tout moment, dès de la conclusion du contrat, après la conclusion du contrat, ou même au cours de la procédure contentieuse, lorsque la même loi applicable est invoquée par les parties, en l'absence d'objection par l'une d'entre elles, autrement dit, l'existence d'un accord procédural (Cf. F.J. Grob Duhalde, « La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes », *op. cit.*, p. 233-234).

[1923] « Art. 12 — Les droits conférés par la loi peuvent faire l'objet d'une renonciation, à condition que ce soit uniquement dans l'intérêt individuel du renonçant et que la renonciation ne soit pas interdite ». Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol).

[1924] « Art. 1683 — La nullité absolue peut et doit être prononcée par le juge, même sans la demande d'une partie, lorsqu'elle est manifeste dans l'acte ou le contrat ; elle peut être invoquée par quiconque y a intérêt, à l'exception de celui qui a accompli l'acte ou conclu le contrat en connaissant ou en devant connaître le vice qui l'invalide ; elle peut aussi être demandée par le ministère public dans l'intérêt de la morale ou de la loi ; enfin, elle ne peut être sanctionnée par la ratification des parties, ni par un délai n'excédant pas dix ans ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1925] M.I. Vial Undurraga, « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *op. cit*., p. 905.

[1926] V. *Ibidem*. V. aussi C. Villarroel, G. Villarroel, « Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos Internacionales », *op. cit.*, p. 358.

[1927] Pour les différentes positions doctrinales, v. J. Gallegos Zúñiga, « Deficiencias en las normas internas de derecho aplicable a los contratos internacionales, en los países miembros de la alianza del pacífico », *op. cit.,* p. 594.

[1928] Il a été admis que ce dépeçage pourrait être fait de manière expresse ou tacite, et pourrait soit consister en la soumission d'un aspect particulier du contrat à une loi, laissant le reste être régi par la loi principale du contrat, soit dans la soumission de divers aspects du contrat à des lois différentes. Cf. M.I. Vial Undurraga, « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *op. cit*., p. 905-906.

Quant à la *validité de la clause de choix*, une partie de la doctrine a soutenu que la possibilité de soumettre la validité de la clause de loi doit être exclue pour les contrats internationaux, car les règles en vigueur limitent le champ d'application de cette loi aux effets des contrats, conformément aux dispositions de l'article 16 du Code civil et 113 du Code de commerce[1929]. Toutefois, cette solution a été critiquée par la professeure chilienne María Ignacia Vial Undurraga, car elle empêcherait, entre autre, de donner valeur à une clause qui respecte les formalités d'autres lois plus connectées avec le contrat[1930].

Enfin, quant à la *séparabilité* de la clause de choix du restant du contrat, il a été soutenu que la législation chilienne considère la clause de choix comme faisant partie du contrat, et, pourtant, soumis à la loi qui le régit. Selon cette doctrine, la loi choisie ne fait pas naître le contrat, mais en régit seulement ses effets. Ainsi, au Chili, le choix de la loi serait considéré comme inefficace lorsque l'existence ou la nullité du contrat sont contestées. En conséquence, le litige serait résolu par l'application de la loi désignée par les règles de conflit chiliennes[1931]. Toutefois, cette solution, comme le rappela la professeure Vial Undurraga, ne respecte pas la volonté des parties et est, dès lors, « incompatible avec le principe de l'autonomie des parties »[1932].

326. L'évolution jurisprudentielle. L'évolution jurisprudentielle au Chili révèle une certaine ambiguïté quant à l'acceptation de l'autonomie de la volonté dans les contrats exécutés sur son territoire. Bien que les tribunaux aient abordé cette question à plusieurs reprises, il demeure difficile de déterminer une position claire et uniforme de la jurisprudence, reflétant ainsi le débat doctrinal persistant et la séparation de régimes que la législation chilienne fait entre les contrats exécutés au Chili et qui affectent des biens situés dans le pays, et ceux exécutés à l'étranger sans aucun effet sur ces biens.

Il faut d'abord noter que le Code civil en vigueur au Chili est toujours celui qui a été rédigé par Andrés Bello, promulgué en 1855, même si des modifications ont été apportées depuis[1933]. L'article 16 de ce code, qui établit un rattachement unilatéral pour les contrats internationaux exécutés au Chili, est resté inchangé depuis sa promulgation et a fait l'objet de diverses interprétations au fil des ans.

Tout d'abord, en suivant une interprétation littérale de l'article 16, les premiers arrêts ont été plutôt défavorables à l'autonomie de la volonté. Ils ont adopté une approche

[1929] Cf. *Ibid*, p. 902. L'auteure mentionne aussi un autre argument avancé par la doctrine chilienne, le fait que la possibilité de soumettre la validité formelle de cette clause alternativement à d'autres lois devait également être écartée, car il s'agit d'une solution étrangère au droit chilien (cf. arts. 14, 17, 18, et 1027 du Code civil).

[1930] V. *Ibid*, p. 902-903.

[1931] Cf. *Ibid,* p. 903.

[1932] *Ibid,* p. 903-904 (traduction libre de l'espagnol).

[1933] V. R. Caldera (ed.), *Obras completas de Andrés Bello*, Caracas, La Casa de Bello, 1981, vol. XIV, p. 39.

territorialiste et appliqué le droit chilien aux contrats internationaux exécutés au Chili de manière obligatoire[1934].

En ce sens, on peut citer l'affaire *H.J. Broom y Cía c. Exportadora Frutícola Antumalal* (25 janvier 1999), dans laquelle la Cour suprême chilienne a refusé l'efficacité d'une clause de choix de la loi étrangère, et a appliqué les dispositions nationales sur les contrats de transport maritime, considérées comme des « règles de droit impératives pour les parties »[1935]. Cette affaire concernait un différend découlant d'un contrat international de transport maritime. Dans ce contrat, les parties avaient clairement stipulé que la juridiction de Madrid serait compétente et que les lois espagnoles s'appliqueraient, plus précisément celles de la Convention de Bruxelles de 1924 sur l'unification de certaines règles relatives au connaissement, ainsi que ses protocoles.

Le tribunal de première instance s'était déclaré incompétent en raison de la clause de juridiction prévue par le contrat, ce qui a été confirmé par la Cour d'appel. Toutefois, la Cour suprême du Chili a cassé cet arrêt en jugeant ladite clause nulle. Selon la Cour « l'article 929 du Code de commerce dispose que les normes légales sur le contrat de transport maritime sont impératives pour les parties, sauf lorsque la loi dispose expressément le contraire ». Elle ajouta encore que « ces normes contiennent des éléments essentiels du contrat et que, par conséquent, elles ne peuvent pas être exclues ni modifiées par les contractants ». La Cour conclut ainsi qu'attribuer validité à la clause d'élection de droit et de juridiction « constitue une erreur de droit » et la déclara « non écrite »[1936].

En outre, pour justifier son raisonnement, elle s'appuya aussi sur l'article 1462 du Code civil, qui énonce les effets de la nullité absolue en droit interne. Elle rappela également que cet article « impute l'illicéité à tout ce qui contrevient au droit public chilien, comme

---

[1934] Malgré cela, la professeure chilienne Vial Undurraga mentionne des décisions ayant interprété l'article 16 comme permettant l'autonomie de la volonté pour les contrats devant être exécutés au Chili. Cependant, nous n'avons pas eu accès à ces décisions afin d'analyser leur réelle portée. Elle cite, en particulier, les arrêts *Ramos c. Compañía de Azúcar de Chiclayo* (1918) ; *Tobar et autres c. Fisco* (1921) ; et *Davis, Turner & Co. c. Wolhmuth* (1924), qui, selon elle, ont autorisé le choix de la loi applicable. Toutefois, en démontrant l'incohérence existante, elle cite des arrêts appliquant obligatoirement le droit chilien aux contrats exécutés dans le pays sous prétexte de protéger l'ordre public chilien, à savoir les arrêts *Hoffman c. Fisco* (1911) ; *Napias c. Dumas* (1878) ; *Prunet c. Sociedad Anónima La Industrial* (1874) ; ainsi que des arrêts ayant rejeté des clauses de choix de loi étrangère dans des contrats exécutés au Chili en invoquant la nécessité d'appliquer des règles impératives chiliennes. En ce qui concerne ces derniers, l'auteure cite en particulier les arrêts *H.J. Broom y Cía c. Exportadora Frutícola Antumalal* (1999) et *Aerochile Ltda. c. Insignia Limited* (1997), non publié, « dans lesquels la Cour suprême a appliqué les règles du Code de l'aéronautique au lieu de la loi anglaise choisie par les parties ». Cf. M.I. Vial Undurraga, « L'autonomie de la volonté dans la législation chilienne de droit international privé », *op. cit.*, p. 897-898 (traduction libre de l'espagnol). Mme Naiara Posenato mentionne également un arrêt de la Cour suprême chilienne du 26 juillet 1962 (*Canicero, Jorge y Jacqueline*) qui accepte l'autonomie de la volonté. Elle reproduit l'arrêt : « les parties avaient la faculté de choisir la loi qui devait régir les obligations qui allaient naître de l'acte juridique, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, qui est accepté par le droit international privé » Cf. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 459 (traduction libre de l'espagnol).

[1935] Chili, CS, Civ., Casación fondo 683-1998, *A.J. Broom y Compañía c. Exportadora Frutícola Antumalal S.A.*, 25 janvier 1999 (traduction libre de l'espagnol).

[1936] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

la promesse de se soumettre au Chili à une juridiction non reconnue par notre loi, vice d'objet qui apparaissait manifestement dans le contrat de transport et que les juges pouvaient même annuler d'office ». Enfin, la Cour ajouta qu'il n'y aurait « aucun préjudice aux parties du fait de plaider devant le tribunal de son domicile », « d'où découle l'absence absolue d'intérêt légitime à soumettre le litige à la connaissance d'un juge étranger, circonstance qui à elle seule aurait dû suffire aux juges pour rejeter l'allégation d'incompétence »[1937].

La Cour semble confondre les notions de juridiction compétente et de loi applicable, bien qu'elle se penche principalement sur la compétence des tribunaux nationaux. Cependant, les arguments qu'elle avance laissent clairement comprendre qu'elle considère le choix de la loi applicable (et du tribunal compétent) comme invalide en raison du caractère impératif des règles nationales sur le contrat de transport maritime. De plus, il semble que la Cour n'opère aucune distinction entre les règles impératives (lois de police) et le principe de l'ordre public. D'un côté, elle a affirmé que les dispositions du Code de commerce sont « impératives pour les parties », mais, d'un autre côté, elle a souligné la violation du « droit public chilien », faisant clairement référence aux normes d'ordre public. Il est également important de noter l'approche territorialiste excessive de la décision, qui émet un jugement de valeur en affirmant que les parties n'ont pas d'intérêt légitime à soumettre leur litige à la compétence des tribunaux étrangers, car elles n'auraient aucun préjudice si le jugement se faisait au Chili.

Toutefois, dans certains arrêts plus récents, les tribunaux chiliens ont manifesté une certaine ouverture à l'acceptation de l'autonomie de la volonté.

Dans un arrêt rendu le 26 décembre 2002, la Cour d'appel de Santiago a reconnu l'autonomie de la volonté dans un contrat international conclu à l'étranger et non exécutable au Chili[1938]. La Cour accorda effet à la clause d'élection de la loi nord-américaine, en se fondant sur les dispositions des articles 16 du Code civil et 113 du Code de commerce.

La Cour fonda sa décision sur le principe de l'autonomie de la volonté des parties contractantes, qui, selon elle, est illustré par le principe de droit international *pacta sunt servanda*. Elle se fonde également sur l'article 16 du Code civil, qui rend applicables les lois chiliennes aux biens situés au Chili, mais qui admet une exception pour les stipulations contenues dans les contrats valablement conclus à l'étranger (conformément à l'alinéa 2). Selon l'arrêt :

> « Le présent conflit juridique doit être résolu conformément à la législation étrangère du lieu où le contrat a été conclu, comme convenu par les parties dans un domaine où prévaut

[1937] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1938] Chili, CA de Santiago, Sala Octava, Rol n° 1517-1998, *Abn Amro Bank N c. Raimundo Serrano Mc Auliffe Corredores de Bolsa S.A.*, 26 décembre 2002.

> pleinement l'autonomie de la volonté, exprimée dans le principe de droit international, *pacta sunt servanda*, ce qui est parfaitement valable selon les dispositions du deuxième alinéa de l'article 16 du Code civil. »[1939]

De plus, la Cour affirma que l'article 113 du Code de commerce renforce cette position en stipulant que, pour les contrats exécutés au Chili, mais conclus à l'étranger, la loi chilienne s'applique sauf si les parties en ont convenu autrement, ce qui « revient à l'importance du choix dans cette matière »[1940]. Et la Cour conclut : « Si l'on considère que le contrat n'a pas été conclu pour produire des effets au Chili, il ne fait aucun doute que cette stipulation est valable »[1941].

Cette conclusion soulève des questions sur la véritable portée de cet arrêt. Bien que l'arrêt affirme l'autonomie en reconnaissant que, dans le domaine contractuel « prévaut pleinement l'autonomie de la volonté », sa conclusion semble limiter et contredire l'acceptation « pleine » de ce principe. En effet, elle restreint l'autonomie de la volonté aux contrats qui ne sont pas exécutés au Chili et qui n'affectent pas les biens situés au Chili. Cette limitation est regrettable, surtout compte tenu de l'affirmation générale du principe de l'autonomie de la volonté qui la précède. Ainsi, la Cour d'appel de Santiago reconnaît l'autonomie de la volonté dans le système chilien, mais la considère comme une exception.

En 2007, la Cour suprême apporta des clarifications sur cette question dans l'affaire *State Street Bank and Trust Company*[1942]. Cette affaire portait sur une demande d'exequatur d'une sentence prononcée aux États-Unis, condamnant la société Inverraz Ltda et ses filiales à payer une somme d'argent issue de contrats de prêt conclus au Chili. Ces contrats, régis par la loi de l'État de New York, avaient permis à la banque d'accorder des prêts aux sociétés chiliennes. La société Inverraz soutenait toutefois que les effets de ces contrats devaient être régis par la loi chilienne, car ils concernaient des biens situés au Chili. Elle arguait, entre autres, qu'il était contraire à l'ordre public de soumettre ces biens et les relations juridiques associées à une législation étrangère, rendant ainsi les clauses d'élection de loi nulles.

Dans cet arrêt la Cour suprême, considérant que les différentes garanties constituées par les sociétés chiliennes étaient des « cautions personnelles n'affectant pas de biens spécifiques », décida que les biens de ces sociétés « ne sont pas directement soumis à la législation étrangère, de sorte qu'ils ne contreviennent pas à la règle du premier alinéa de l'article 16 du Code civil »[1943]. Au départ, elle semble accepter l'interprétation littérale de l'article 16, qui dispose que la loi étrangère ne peut pas être appliquée aux biens situés au

---

[1939] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1940] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1941] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1942] Chili, CS, Civ., rol n° 2349-2005, Exequatur, *State Street Bank and Trust Company*, 14 mai 2007.

[1943] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

Chili. Cependant, elle constata par la suite que « Malgré ce qui précède, le législateur ne prive pas de validité toute clause contractuelle qui dispose le contraire, mais établit directement le critère impératif selon lequel les biens […] sont soumis à la loi chilienne, notamment en ce qui concerne leurs effets, devant s'adapter à la législation interne dans la mesure où l'on entend les exécuter au Chili »[1944]. Elle confirma ainsi le caractère impératif de l'article 16. Autrement dit, les parties peuvent sélectionner une législation régissant leurs accords internationaux. Cependant, cette législation sera écartée si elle affecte des biens situés au Chili.

La Cour ajouta ensuite que cette disposition doit aussi être interprétée en tenant compte de l'article 311 du Code de commerce, qui prévoit que certaines responsabilités découlant de l'inexécution, de l'exécution partielle ou tardive d'une obligation contractuelle, ainsi que toute autre mesure liée à l'exécution d'un contrat, sont régies par le droit chilien, sauf si les parties en conviennent autrement. Par conséquent, la Cour conclut que l'article 311, cité, « permet, dans le domaine concerné, c'est-à-dire les effets de la non-exécution du contrat, que les parties puissent convenir de se soumettre à une législation différente de la législation nationale »[1945]. La Cour souligna toutefois que cela s'applique « Sans préjudice du fait que les conséquences, répercussions et effets des décisions prises restent soumis à la législation chilienne lorsque le législateur le dispose expressément »[1946].

En tenant compte de ces facteurs, la Cour affirma :

> « Il n'est pas contraire à l'ordre juridique de notre pays de se soumettre aux lois d'un autre État, dans les circonstances exprimées, ce qui est, en outre, largement accepté par la doctrine nationale et certaines législations dans des matières spécifiques, telles que celles déjà indiquées, dans la constitution d'hypothèques, en matière d'arbitrage et de passation de marchés par l'Administration de l'État. »[1947]

En résumé, la Cour a reconnu le principe de l'autonomie, mais elle a exclu l'application de toute loi étrangère choisie par les parties lorsque celle-ci concerne des biens situés au Chili (par une application littérale de l'article 16 du Code civil). De plus, elle interprète l'article 311 du Code de commerce en autorisant l'autonomie de la volonté dans les domaines spécifiques prévus par cet article. Ainsi, bien qu'elle montre une ouverture par rapport à l'arrêt de la Cour d'appel de Santiago mentionné précédemment, en permettant aux parties de choisir une loi pour régir des contrats qui produisent des effets au Chili et en considérant qu'une telle désignation n'est pas contraire à l'ordre public, elle limite cette autonomie à des aspects spécifiques (les effets de la non-exécution du contrat) et à la « législation chilienne lorsque le législateur le dispose expressément », c'est-à-dire aux

[1944] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1945] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1946] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1947] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

lois de police chiliennes. Le champ de l'autonomie de la volonté demeure donc toujours restreint.

En outre, dans un arrêt rendu par la Cour suprême de justice chilienne le 28 juillet 2008 (affaire *Marlex Limitada c. European Industrial Enginecring*), en se fondant sur les considérants 1 et 2 du Décret-loi n° 2349 de 1978, la plus haute juridiction chilienne a reconnu et appliqué le principe de l'autonomie de la volonté dans un litige concernant un contrat international conclu entre personnes privées[1948]. Bien que la décision ne porte que sur la compétence des tribunaux chiliens, une analogie avec la loi applicable pourrait être envisageable.

Un arrêt de la Cour suprême du 25 août 2010, dans l'affaire *Sociedad Logística Integral*, a finalement élargi le champ d'application de l'autonomie de la volonté, renforçant l'approche libérale au Chili[1949]. Cette affaire concernait un accord de transport international routier par lequel une société chilienne avait acheté à une société argentine des cartons de film PVC pour les transporter de San Juan, en Argentine, à Santiago, au Chili. Pendant le transport, le camion a chaviré, endommageant totalement la marchandise. La société chilienne a demandé alors une indemnisation à la société argentine. En première instance, l'exception de prescription du Code de commerce chilien, invoquée par la défenderesse, a été acceptée et la demande rejetée. La société chilienne a interjeté appel de cette décision, et la Cour d'appel de Santiago a confirmé le jugement en appliquant le délai de prescription du droit choisi par les parties, à savoir l'Accord relatif au contrat de transport et à la responsabilité civile du transporteur, signé le 16 août 1995 à Montevideo, en Uruguay[1950].

Pour décider quel était le droit applicable et pour trancher finalement la question de la prescription de l'action litigieuse, la Cour suprême jugea que « ce sont les parties qui se sont volontairement soumises dans la réglementation de leurs relations commerciales aux normes établies dans l'Accord sur le contrat de transport et la responsabilité civile du transporteur dans le transport international de marchandises par route »[1951]. Ainsi, bien que

[1948] Dans le vote vainqueur, il a été rappelé les dispositions favorables à l'autonomie de la volonté des considérants du Décret-loi 2349 de 1978 et constaté que : « comme le souligne la transcription du texte, l'ordre juridique national reconnaît explicitement la possibilité pour les parties privées de stipuler de soumettre les litiges pouvant découler de l'application d'un contrat international à des tribunaux étrangers, qu'il s'agisse de tribunaux ordinaires ou de tribunaux d'arbitrage. Il n'y a donc pas d'objet illicite dans la clause du contrat signé entre les parties, en vertu de laquelle celles-ci conviennent de soumettre les litiges qui pourraient en découler à un tribunal arbitral italien et, pour cette raison, le jugement déclarant l'incompétence du tribunal saisi pour connaître du litige ne commet pas d'erreur de droit ». Chili, CS, Civ., Casación fondo, rol n° 2026-2007, *Marlex Limitada c. European Industrial Engineerin*, 28 juillet 2008 (traduction libre de l'espagnol).

[1949] Chili, CS, Civ., Casación fondo, rol n° 1699-2009, *Cruz Barriga Sergio Carlos c. Soc. Logistica Integral*, 25 août 2010.

[1950] Cet accord a été conclu entre la République du Chili, la République de Bolivie, la République fédérative du Brésil, la République du Paraguay, la République du Pérou et la République orientale de l'Uruguay. Il fut promulgué au Chili le 18 juillet 2001 par le Décret 442, publié le 5 octobre 2001.

[1951] Chili, CS, Civ., Casación fondo, rol n° 1699-2009, *Cruz Barriga Sergio Carlos c. Soc. Logistica Integral*, 25 août 2010 (traduction libre de l'espagnol).

cette convention n'était pas en vigueur au Chili au moment du contrat ou de l'événement en question, comme l'avait souligné la défenderesse, elle constituait le droit applicable, car les parties avaient consenti à son application. La Cour souligna également que le demandeur ne peut pas unilatéralement prétendre l'exclure du contrat sous prétexte qu'elle lui est préjudiciable[1952]. De ce fait, la Cour reconnut l'efficacité de la clause de loi et rejeta l'appel.

Cet arrêt illustre non seulement la possibilité pour les parties de choisir le droit applicable, mais aussi la possibilité de se référer à une convention internationale non en vigueur. Il est important de noter également que la Cour, en acceptant l'autonomie de la volonté, ne limita pas ce principe aux contrats exécutés hors du territoire national, démontrant ainsi une approche plus libérale.

*
* *

327. En conclusion, comme cela a été observé tout au long de cette analyse, l'acceptation et le traitement de la loi d'autonomie au Chili résultent davantage de la pratique juridique que d'une intervention directe du législateur national. Toutefois, l'absence de lois régissant les principes d'autonomie crée une incertitude juridique, qui est exacerbée par les nuances de la jurisprudence, notamment concernant la portée de l'autonomie de la volonté pour les contrats exécutés au Chili et affectant des biens localisés dans le pays.

Enfin, il convient de noter que, pour remédier à ces incertitudes, au cours des années 2000, la Fondation Fernando Fueyo Laneri a mené des études sur les réformes du Code civil et du Code de commerce au Chili. L'analyse du droit applicable aux contrats internationaux a révélé que : « la construction positive de notre Code civil reflète de manière unilatérale et imparfaite ces catégories. […] Ces lacunes soulignent la nécessité d'une réforme du système chilien de droit international privé »[1953]. Cependant, depuis lors, aucune réforme du droit chilien n'a été entreprise.

[1952] Selon l'arrêt : « Cette argumentation ne sera pas entendue, d'autant plus que, comme il a été établi dans le motif précédent, ce sont les parties qui se sont volontairement soumises dans la régulation de leurs relations commerciales aux normes établies dans l'Accord sur le Contrat de Transport et la Responsabilité Civile du Transporteur dans le Transport International de Marchandises par Route, ce qui ne peut être compris comme une renonciation anticipée à la prescription, car s'agissant d'un contrat de transport international, dans lequel diverses législations pourraient éventuellement être appliquées en fonction du lieu où le consentement est considéré comme formé, les parties ont convenu de se soumettre à une législation déterminée, ce qui, encore une fois, ne peut maintenant être ignoré par celle qui prétend s'être subrogée dans les droits de l'acquéreur des marchandises à qui elle a effectué le paiement de l'indemnisation prévue dans l'assurance contractée. Que, de la même manière, et en réitérant ce qui précède, il n'y a pas de violation de l'article 50 n° 1 de la Constitution Politique de la République, car ce ne sont pas les juges qui ont arbitrairement appliqué une législation qui n'était pas en vigueur au Chili ni au moment de la conclusion du contrat ni au moment où s'est produit le fait qui a endommagé les marchandises et motivé la présente action, puisque ce sont les parties qui l'ont incorporée comme législation en vigueur au moment de l'inclure expressément dans le contrat de transport terrestre ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1953] J.R. Zúñiga Gallegos, « El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aun no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio », *op. cit.*, p. 219-220 (traduction libre de l'espagnol).

B. Colombie, Costa Rica, El Salvador, Équateur et Nicaragua

328. Dans les pays influencés par le Code chilien, ni la doctrine, ni la jurisprudence, ne se sont développées au point de combler le vide législatif, même s'il existe une tendance vers l'acceptation du principe de l'autonomie.

329. En *Colombie*, le droit reflète une approche publiciste fondée sur des principes de territorialité de la loi et de souveraineté de l'État et qui semble en général hostile à l'autonomie de la volonté[1954]. Toutefois, malgré l'absence de réglementation légale dans le pays, la doctrine colombienne évoqua depuis longtemps la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable et certains auteurs ont affirmé la nécessité d'adopter une telle solution[1955]. Cependant, la réalité est que ni le législateur, ni la jurisprudence, n'ont reconnu, de manière expresse aux parties à un contrat international, la possibilité de choisir la loi applicable en Colombie[1956].

Malgré les lacunes législatives, la liberté de choix a été légitimée par la doctrine colombienne en se basant sur la disposition de l'article 869 du Code de commerce[1957]. Selon le professeur Monroy Cabra, étant donné que cet article permet aux parties d'établir le lieu d'exécution du contrat, une interprétation extensive pourrait laisser entendre que les parties ont également la possibilité de désigner la loi applicable au contrat[1958]. Le professeur Daniel Miguel Rojas Tamayo, dans sa récente thèse de droit soutenue en France, a affirmé également que le droit colombien ne nie pas totalement le principe de l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux[1959]. Il a proposé dans sa thèse une reconstruction du système colombien afin que la liberté de choix de loi soit consacrée expressément en tant que solution de principe. Pour lui, cette solution serait compatible avec l'actuel système de droit colombien en raison de certains principes fondamentaux du droit national, en particulier, les principes constitutionnels d'internationalisation et d'intégration économique, d'une part, et de libre initiative privée, d'autre part. Selon lui, « Ces principes étant les piliers d'une nouvelle approche privatiste du droit international privé, il paraît d'ailleurs légitime d'élever la liberté de choix de la loi applicable au rang de solution de principe »[1960].

[1954] Pour une analyse des données fondamentales du système de droit international privé colombien, v. D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 17 et s.

[1955] V., en particulier, D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 227 et s. ; et C. Madrid Martínez, « De las diversas formas de excepción de autonomía conflictual en la contratación internacional colombiana », *Anuario Español de Derecho Internacional Privado,* 2018, p. 637-659, spéc. p. 654 et s.

[1956] Cf. *Ibid*, p. 229.

[1957] « Art. 869 — L'exécution des contrats conclus à l'étranger, qui doit être accomplie dans le pays, sera régie par la loi colombienne ». Colombie, Décret n° 410 du 27 mars 1971, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

[1958] M.G. Monroy Cabra, *Tratado de derecho internacional privado*, 8e éd. corregida y puesta al día, Bogotá, Editorial Temis, 2016, p. 361.

[1959] D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 264 et s.

[1960] *Ibid*, p. 265.

Il convient de noter que l'autonomie en droit privé est largement acceptée en Colombie[1961]. Malgré cela, la jurisprudence n'affirma aucunement que la liberté de choix serait transposable en droit international privé aux contrats internationaux et, au contraire, a déduit de l'article 20 du Code civil les règles de conflit du droit positif qui reposent sur des rattachements objectifs[1962]. De ce fait, selon le professeur Rojas Tamayo, il serait donc possible d'affirmer que le Code civil colombien rejette implicitement la liberté de choix de loi. Toutefois, il précise que « ce code date de la fin du XIX[e] siècle, une époque où très peu de pays avaient autorisé, si ce n'est même envisagé, le choix de la loi applicable par les parties »[1963]. Puis, selon l'auteur colombien, une conclusion similaire pourrait être tirée du Code de commerce. Il explique que ce dernier, édicté en 1970, a eu pour modèle le Code civil italien de 1942, lequel consacrait la liberté de choix. Cependant, il souligne que cette notion n'est jamais mentionnée explicitement dans le Code de commerce colombien, tandis que l'article 869 prévoit l'application de la loi du lieu d'exécution du contrat. Ce silence serait donc intentionnel, implicite, c'est-à-dire « délibéré »[1964].

Toutefois, pour le professeur Rojas Tamayo, le rejet implicite du principe ne suffirait pas à empêcher l'acceptation de la liberté de choix dans le système de conflit de lois colombien. Il affirme que les limites à l'autonomie de la volonté doivent avoir une base légale et, étant donné que la liberté de choix est une manifestation de l'autonomie de la volonté, il faudrait une disposition expresse l'interdisant. Selon le professeur colombien, « le rejet implicite qui a été envisagé, même délibéré, ne constitue donc pas un fondement suffisant pour refuser aux parties la possibilité de choisir la loi applicable »[1965]. Selon lui, même s'il s'agit d'une conclusion tirée du droit interne, « sa transposition sur le plan international semble justifiée en considération du rôle que l'ordre juridique colombien reconnaît aux individus »[1966]. Cet auteur ajoute que cette négation ne peut pas non plus être

[1961] Selon Rojas Tamayo, le fondement juridique du principe de l'autonomie de la volonté sur le plan interne a été déduit de l'article 1602 du Code civil colombien, selon lequel : « Tout contrat légalement conclu est une loi pour les contractants, et ne peut être invalidé que par leur consentement ou pour causes légales ». Mais à ce jour, l'autonomie de la volonté en Colombie est acceptée de manière plus large. La Cour suprême colombienne considère que l'autonomie de la volonté est, d'une manière plus générale, « la base essentielle du droit privé », « de la législation civile », dont les manifestations sont multiples et qui n'est pas nécessairement liée au texte du Code civil. Plus spécifiquement en matière de contrats, la Cour suprême colombienne attribue à l'autonomie de la volonté le rôle de principe directeur, le contrat étant « son instrument modèle par excellence », son « expression ultime » ; puis, l'autonomie de la volonté serait même « indissociable de la démocratie et de l'État de droit ». D'autre part, depuis la promulgation de la Constitution de 1991, la liberté de choix est ainsi devenue une liberté fondamentale, garantie par la Constitution colombienne. Cette ample liberté trouve ses limites notamment dans l'ordre public et les bonnes mœurs. Pour une analyse complète de l'autonomie de la volonté en droit interne, v. *Ibid*, p. 229 et s.

[1962] V. C. Madrid Martínez, « De las diversas formas de excepción de autonomía conflictual en la contratación internacional colombiana », *op. cit.*, p. 651-652. Pour les solutions de l'art. 20 du Code civil colombien, v. *infra* n° 408.

[1963] *Ibid*, p. 258.

[1964] *Ibidem*. Selon l'article 896 du Code de commerce: « L'exécution des contrats conclus à l'étranger et devant être exécutés dans le pays sera régie par la loi colombienne. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1965] *Ibid*, p. 259.

[1966] *Ibid*, p. 264-265.

fondée sur le fait que les traités conclus par la Colombie n'acceptent pas expressément l'autonomie de la volonté[1967].

Bien qu'aucune décision jurisprudentielle ne l'ait explicitement affirmé, certains textes reconnaissent cette autonomie conflictuelle dans des domaines spécifiques. En témoignent, par exemple, quelques instruments régionaux, tels que deux décisions de la CAN en matière de transport, qui permettent aux parties de convenir de la loi applicable dans ce domaine spécifique[1968]. Cette liberté de choix est également reconnue dans le Protocole du Cap relatif aux questions spécifiques des matériels d'équipement aéronautiques et à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, en vigueur en Colombie[1969]. De plus, en Colombie, la liberté de choix est également consacrée en matière d'arbitrage international[1970]. Ces instruments contribueraient alors à l'acceptation du principe dans le pays. En outre, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la Convention du Cap et de son Protocole aéronautique, la Cour constitutionnelle colombienne, dans l'arrêt C-276/06, a reconnu que le principe d'autonomie de la volonté, commun aux deux instruments, était conforme à l'ordre juridique national et, par conséquent, à la Constitution[1971].

L'autonomie de la volonté a également été confirmée par la Cour constitutionnelle colombienne lors de l'analyse de la constitutionnalité de la CVIM, dans l'arrêt C-529/00 du 10 mai 2000[1972]. À cette occasion, la Cour a reconnu que la Convention « ne méconnaît pas l'autonomie de la volonté privée, dans la mesure où elle ne fait pas obstacle au droit à la liberté dont bénéficient les parties pour contracter […] ». La Cour souligna également que sa jurisprudence antérieure confirme le principe de l'autonomie des parties, sans opérer de distinction entre autonomie conflictuelle et autonomie matérielle, en citant

[1967] *Ibid*, p. 259-260.

[1968] L'art. 115 de la Décision 398 sur le transport international de passagers par route et l'art. 152 de la Décision 399 sur le transport international de marchandises par route, adoptées toutes les deux le 17 janvier 1997 à Lima, consacrent le principe en ces termes : « Tout conflit ou différend dérivé de l'application ou de l'exécution d'un contrat de transport international, qui n'est pas soumis à des règles d'ordre public de cette Décision, sera régi par la loi prévue dans le contrat. À défaut d'accord, seront applicables les règles de cette Décision et, pour ce qui ne serait pas réglé par celles-ci, les normes du droit national compétent. » (Traduction libre de l'espagnol).

[1969] L'art. VIII.2 du Protocole prévoit que « Les parties à un contrat, à un contrat de vente, à un contrat conférant une garantie ou à un accord de subordination peuvent convenir de la loi qui régira tout ou partie de leurs droits et obligations contractuels ».

[1970] L'al. 1 de l'art. 101 de la Loi 1563 du 12 juillet 2012, portant sur la loi d'arbitrage national et international, consacre le choix de loi dans ces termes : « Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties ». L'autonomie de la volonté an matière d'arbitrage était, par ailleurs, déjà reconnue avant l'entrée en vigueur de cette loi. À ce sujet, v. l'arrêt C-347/97 de la Cour constitutionnelle du 23 juillet 1997, commenté par L. Espinosa Quintero, « ¿Cuál es la eficacia que le ha reconocido la corte constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrado en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano? », *in* J. Oviedo Albán (éd.), *Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*, Bogotá, Fundación Universidad de la Sabana, 1re éd., 2010, p. 421-517, p. 487 et s.

[1971] Colombie, Corte Constitucional, C-276/06, 5 avril 2006.

[1972] Colombie, Corte Constitucional, C-529/00, 10 mai 2000, com. L. Espinosa Quintero, « ¿Cuál es la eficacia que le ha reconocido la corte constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrado en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano? », *op. cit.,* p. 498-500.

expressément plusieurs arrêts à cet effet[1973]. Enfin, la Cour déclara exécutoire la CVIM et conclut que « les principes et règles qui structurent cet instrument sont compatibles avec la Constitution, car ils reposent sur la souveraineté, le respect de l'autodétermination des peuples et la reconnaissance des principes du droit international acceptés par la Colombie »[1974].

Toutefois, s'il a été envisagé que le droit colombien consacre l'autonomie de la volonté sur le plan international, cette acceptation serait « restreinte » et « partielle ». Cette restriction de l'autonomie de la volonté s'explique, selon le professeur Rojas Tamayo, par diverses raisons. D'une part, cette liberté est circonscrite aux contrats visés par les instruments internationaux mentionnés (en matière de transport, de garantie internationale de matériels d'équipement aéronautiques ou des litiges soumis à l'arbitrage international) ; d'autre part, ces instruments ne définissent pas le régime de ce choix, ce qui limite la mise en œuvre du principe. En outre, l'acceptation de ce choix demeure incertaine, car la jurisprudence n'appliquait pas encore les textes qui consacrent la liberté de choix en matière de contrats internationaux[1975].

Malgré cela, selon le professeur colombien, la liberté de choix, déjà acceptée dans des instruments internationaux pour certains types de contrats et en matière d'arbitrage, pourrait être généralisée à l'ensemble des contrats entre particuliers en tant que « principe directeur »[1976]. Il estime que cela serait faisable, car, en l'absence d'une règle s'y opposant, il serait possible de choisir la loi régie par un contrat international sur la base des principes constitutionnels d'internationalisation des relations économiques et d'initiative privée libre. Ainsi, en Colombie, la liberté de choix pourrait devenir la solution par défaut pour les conflits de lois en matière contractuelle. Cependant, ce choix de loi devrait être réglementé expressément, une proposition qu'il avance dans sa thèse de droit publiée en 2017, en s'inspirant en grande partie du modèle des Principes de La Haye[1977].

[1973] La Cour mentionne l'arrêt T-338/1993, où il a été affirmé que « L'autonomie de la volonté privée […] consiste en la délégation que le législateur fait aux personnes privées du pouvoir de réglementer les relations sociales, délégation qu'elles exercent par l'octroi d'actes ou d'opérations juridiques. Les particuliers, librement et selon leur convenance, sont appelés à déterminer le contenu, la portée, les conditions et modalités de leurs actes juridiques. En procédant ainsi, ils doivent respecter les exigences posées, motivées par la protection de leurs propres intérêts, ceux des tiers et l'intérêt général de la société » ; l'arrêt C-367/1995, où il a été confirmé qu'« il est normal que les particuliers soumettent les effets de leurs actes juridiques aux clauses issues de l'accord mutuel, pourvu qu'elles ne contreviennent pas aux dispositions impératives de la loi, généralement connues comme normes d'ordre public » ; ainsi que l'arrêt de la Sala Plena C-660/1996, selon lequel : « Même si la Constitution ne contient pas une disposition spécifique sur l'autonomie privée de la volonté, elle se déduit des articles 13 et 16, consacrant respectivement la liberté et le libre développement de la personnalité, qui fondent la reconnaissance du droit d'agir selon sa propre volonté, tant que cela ne contrevient pas à l'ordre juridique ni aux droits d'autrui ». Cf. Colombie, Corte Constitucional, C-529/00, 10 mai 2000 (traduction libre de l'espagnol).

[1974] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1975] Cf. D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 263-265.

[1976] V. *Ibid*, p. 268-269.

[1977] *Ibidem.*

330. Costa Rica, **El Salvador, Équateur, et Nicaragua**. Au *Costa Rica*, le principe de l'autonomie de la volonté a été déjà reconnu par la doctrine nationale sur le fondement des normes applicables aux contrats nationaux, comme l'article 1022 du Code civil[1978], selon lequel les contrats ont force de loi entre les parties contractantes[1979]. Cependant, ni la jurisprudence, ni la doctrine, n'ont approfondi davantage l'étendue et la mise en œuvre de ce principe, laissant ainsi subsister de grandes lacunes juridiques en la matière.

De même, au *Salvador*, comme l'affirma la doctrine nationale, le principe de l'autonomie de la volonté a été reconnu par les tribunaux étatiques et a été confirmé par la Cour suprême du pays, en particulier par sa chambre constitutionnelle, en s'appuyant sur l'article 23 de la Constitution salvadorienne, qui assure la liberté contractuelle[1980]. Les tribunaux nationaux se sont également appuyés sur le Code civil salvadorien, lequel dispose que : « Tout contrat conclu légalement est obligatoire pour les parties contractantes et ne cesse d'avoir d'effets entre les parties que par consentement mutuel ou pour des motifs légaux » (art. 1416)[1981].

En *Équateur*, malgré le vide législatif et le silence jurisprudentiel, la doctrine affirma la reconnaissance de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, en particulier en se fondant sur les dispositions du Code Bustamante en vigueur dans le pays et considéré comme un système « complémentaire » des règles générales du droit interne[1982]. Conformément à cette doctrine, l'objet, le contenu et les effets des contrats seraient régis par la loi choisie par les parties, dans les limites imposées par l'ordre public, pour autant qu'il existe un lien avec la loi choisie[1983]. Ainsi, la doctrine reconnut que l'article 252 du Code de commerce permettait d'accepter le principe de l'autonomie de la volonté, donnant la possibilité aux parties dans un contrat commercial de choisir une loi différente de *la lex loci executionis*[1984].

[1978] Costa Rica, Loi n° 63, *Code civil*, 28 septembre 1887 (traduction libre de l'espagnol).

[1979] V. G. Ortiz Martín, *El derecho internacional privado de Costa Rica*, San José, Edición del Colegio de Abogados de Costa Rica, 1969, p. 27 et p. 243-244. Cependant, l'auteur fait une différence entre les types de « lois essentielles » (territoriales, qui font partie de la souveraineté de l'État) et les « lois supplétives », qui naissent du concours des volontés et sont régies par la loi que les parties choisissent, lorsqu'elles ne sont pas contraires aux lois prohibitives ou perceptives de l'ordre local. Encore, selon l'auteur, la volonté présumée des parties doit être comblée par les lois interprétatives, qui analysent s'il s'agit de lois essentielles ou supplétives.

[1980] J.I. Larrea-Holguín, *Manual de derecho internacional privado ecuatoriano*, 6e éd. actual., Quito, Corporación de Estudios y Publ., 1998, p 224.

[1981] Cf. OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, p. 120.

[1982] J.I. Larrea-Holguín, *op. cit.*, p 224.

[1983] *Ibid*, p 227-228.

[1984] V. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 151-152. Selon la professeure Albornoz : « […] nous ne dirons *pas* que dans le système juridique équatorien l'autonomie de la volonté est accueillie pour *tout* contrat international. Il est vrai, cependant, qu'elle est actuellement admise pour un grand nombre de contrats internationaux : d'une part, ceux qui sont des contrats de commerce ; de l'autre, ceux qui sont soumis à l'arbitrage international ».

Pour finir, au *Nicaragua*, la doctrine souligna que les normes de droit international privé emploient « des critères souvent incohérents et incomplets »[1985], critères jugés « inadaptés pour apporter une réponse claire et uniforme aux questions d'échanges juridiques externes »[1986].

C. Bolivie

331. Les normes du Code civil bolivien et leur interprétation. À la différence des autres pays latino-américains, le Code civil bolivien n'a pas été influencé directement par le Code chilien. Il ne contient aucune norme de droit international privé. Dès lors, il n'y a pas, dans cette législation, de norme imposant l'application unilatérale de la loi interne aux contrats exécutés dans le pays, comme le font les pays influencés par le Code de Bello. Toutefois, le Code de commerce bolivien contient une disposition semblable : « Les contrats conclus à l'étranger et destinés à être exécutés sur le territoire bolivien sont régis par la loi bolivienne » (art. 804)[1987].

Malgré cela, l'article 454 du Code civil a souvent été invoqué par la doctrine nationale pour justifier la reconnaissance de l'autonomie de la volonté dans le domaine des contrats internationaux. Selon le premier paragraphe de cet article : « Les parties ont la liberté de déterminer le contenu des contrats qu'elles concluent et de convenir de contrats autres que ceux régis par le présent Code »[1988].

Bien que l'article 454 du Code civil de Bolivie ne contienne pas de dispositions spécifiques en matière de conflits de lois, la doctrine reconnaît généralement que cet article consacre de manière implicite le principe de l'autonomie de la volonté[1989]. À cet égard, des auteurs comme Fernando Rodriguez Mendoza soutiennent que l'article 454 reconnaît le principe en droit bolivien, en offrant aux parties à un contrat international la liberté de choisir la loi applicable à ce contrat. Selon lui :

> « Étant donné que l'autonomie de la volonté des parties est le principe directeur du contrat, pleinement reconnu dans le système juridique bolivien, il est tout à fait légal et valable, dans le cadre des contrats internationaux, en raison des normes juridiques en

[1985] E. Linares Rodríguez, « Le droit international privé du Nicaragua et le projet de loi modèle de l'OHADAC », *in* J.C. Fernández Rozas (coord.), *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe*: *Estudios y Materiales Preparatorios y Proyecto de Ley Modelo Ohadac de Derecho Internacional Privado de 2014*, Madrid, Iprolex, 2015, p. 157-173, p. 158.

[1986] *Ibidem*.

[1987] Bolivie, Décret-Loi n° 14 379, du 25 février 1977, Code de commerce (traduction libre de l'espagnol).

[1988] « Art. 454 — I. Les parties ont la liberté de déterminer le contenu des contrats qu'elles concluent et de convenir de contrats autres que ceux régis par le présent Code ; II. La liberté contractuelle est soumise aux limites établies par la loi et à la protection des intérêts dignes de protection légale ». Bolivie, Décret-Loi n° 12 760, du 4 août 1975, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[1989] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, p. 118.

> vigueur, de choisir avec qui conclure un contrat, comment le conclure et d'établir les lois qui le régiront, tout en respectant les limites imposées par la Loi et par la licéité. »[1990]

Cette interprétation est partagée par le professeur Fernando Salazar Paredes, selon lequel, conformément à l'article 454, « le droit bolivien reconnaît l'autonomie de la volonté ou la liberté contractuelle »[1991]. Toutefois, il précise que cette liberté doit être comprise comme permettant aux parties de choisir la loi applicable au contrat comme faisant partie du « contenu » de celui-ci, ce qui apporte de l'ambiguïté quant à la nature réellement conflictuelle de l'autonomie de la volonté défendue par cet auteur[1992].

En revanche, la professeure argentine María Mercedes Albornoz, exprimant une opinion contraire, soutient que la loi d'autonomie est interdite en Bolivie en ce qui concerne les contrats internationaux. Elle concède toutefois qu'une nouvelle perspective se dessine dans ce pays, en faveur de l'acceptation de ce principe :

> « Le silence de la législation des années soixante-dix, plus l'absence de jurisprudence et d'auteurs qui s'occupent spécifiquement de la matière, nous mène à conclure que l'autonomie conflictuelle ne jouit pas d'acceptation généralisée pour tous les contrats internationaux. Ceci étant, son admission dans le cadre de l'arbitrage et la souscription de la CIDIP-V prouvent qu'une nouvelle attitude d'accueil du choix de la loi s'ouvre dans le système juridique bolivien. »[1993]

332. Projet de loi de 1998. Dans le contexte de cette ouverture vers l'international, il convient de mentionner un projet de loi majeur en droit international privé, élaboré en 1998 par le professeur Fernando Salazar Paredes et ultérieurement révisé en 2008. Inspiré principalement par la Loi de droit international privé vénézuélienne, ce projet de loi vise à moderniser le cadre du droit international privé bolivien en l'adaptant aux évolutions du commerce international et aux nouvelles codifications internationales[1994]. Le projet de loi embrasse explicitement le principe de l'autonomie de la volonté dans son article 63, annonçant :

[1990] F. Rodríguez Mendoza, « Bolivia », *in* C. Esplugues Mota., D. Hargain, G. Palao Moreno (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid, Edisofer [u.a.], Serie Europa - América, 2008, p. 104.

[1991] F. Salazar Paredes, *Derecho internacional privado boliviano*, La Paz, CERID, 2004, p. 417 (traduction libre de l'espagnol).

[1992] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1993] M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit*., p. 154.

[1994] Selon Salazar Paredes, rédacteur du projet : « En ces temps de changement que connaît la Bolivie, où les classes exclues voient renaître l'espoir, la modernisation du droit international privé qui est proposée, conformément aux solutions des traités et des législations comparées les plus récents, sera la contribution de la Bolivie à la construction de ce *ius novus universale,* né du consensus des nations civilisées. La loi bolivienne sur le droit international privé sera une contribution bolivienne importante au nouvel ordre juridique international ». F. Salazar Paredes, *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado Boliviano*, p. 23, en ligne https://asadip.files.wordpress.com/2009/12/ley-dipr-2.pdf (consulté le 24 avril 2023) (traduction libre de l'espagnol).

> « Choix du droit applicable. La forme, la validité intrinsèque et les effets du contrat sont régis par le droit librement choisi par les parties, choix qu'elles peuvent faire, y compris en cours de procédure.
>
> Les parties peuvent choisir le droit applicable à la totalité ou à une partie du contrat, et stipuler que divers aspects sont régis par des droits différents.
>
> Le choix peut tomber sur le droit d'un État tiers, sans lien avec le cas.
>
> Le choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat ou des circonstances de l'affaire. »[1995]

Bien que ce projet n'ait pas dépassé le stade des discussions, cela témoigne du changement d'attitude en cours en Bolivie, visant à moderniser le régime des contrats internationaux et à accepter expressément le principe d'autonomie de la volonté.

333. Application jurisprudentielle. Malgré la position doctrinale opposée à l'autonomie de la volonté dans le système juridique bolivien, un arrêt de la Cour constitutionnelle bolivienne du 25 octobre 2010 a été interprété comme étant favorable au principe de l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux[1996]. Bien que l'affaire contemple un contrat interne, il a indirectement (et peut-être inconsciemment) affirmé le droit des parties de choisir la loi la plus appropriée pour régir leur relation contractuelle.

Le litige concernait un bail commercial dont la période de location a été prorogée verbalement, puis résiliée dans le cadre d'une conciliation judiciaire. Cependant, avant la fin du délai de libération des lieux, les parties ont conclu un nouveau contrat de location pour les mêmes locaux pour une année supplémentaire. Malgré cela, le propriétaire a tenté d'expulser le locataire des lieux, invoquant la conciliation préexistante.

Pour statuer sur la validité du deuxième contrat et, en conséquence, le droit du locataire de rester dans les lieux, la Cour s'appuya sur le principe de l'autonomie de la volonté. Elle retient que, puisque « les parties ont elles-mêmes décidé de modifier la portée du premier accord » en concluant un nouveau bail, la conciliation ne pouvait plus avoir d'effet. Pour décider ainsi, la Cour se référa à l'article 452 du Code civil, lequel est interprété comme « l'expression de la volonté des parties de créer, modifier ou résilier une relation juridique entre elles »[1997]. Elle cita ensuite la doctrine nationale, qui énonce la faculté pour les parties de sélectionner la loi régissant leurs contrats. Selon l'arrêt :

[1995] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1996] Bolivie, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia consitucional 1834/2010— R, Expediente n° 2008-17830-36-RAC, Sucre, 25 octobre 2010.

[1997] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

> « Outre la réglementation exposée, la doctrine a développé les postulats fondamentaux relatifs au principe de l'autonomie de la volonté, lequel découle du consentement, et peut se résumer ainsi : "1) Les individus sont libres de contracter et de discuter, sur un pied d'égalité, des conditions *[contractuelles]* ; de déterminer le contenu de leur objet *[des contrats]* ; de combiner les types de contrats prévus par la loi ou d'en inventer de tout à fait nouveaux ; 2) ils peuvent choisir la législation la plus convenable à leur relation juridique ou écarter l'application de toute loi de caractère supplétif ; […]" (Morales Guillén, Carlos. Código Civil. 1997, citant Planiol et Ripert et Pérez Vives). »[1998]

La Cour, fondée sur le Code civil et le développement doctrinal, en arrive à la conclusion suivante :

> « Les parties, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, exprimant leur consentement de manière expresse ou tacite, ayant convenu de constituer, modifier ou éteindre entre elles une relation juridique déterminée, ses effets les atteignent, devant être observés par les membres de la société ainsi que par les juges, tant qu'ils n'affectent pas négativement l'ordre juridique établi, ni les droits et garanties fondamentaux. »[1999]

Même si le litige porte sur un contrat purement interne, le raisonnement plus prolixe de la Cour a été interprété comme une expansion du principe de l'autonomie de la volonté à la matière des contrats internationaux[2000]. Selon cette opinion, cette autonomie du droit interne s'étendrait également « aux contrats internationaux, sous réserve de certaines exceptions, telles que les accords conclus avec le gouvernement bolivien ou par des investisseurs étrangers »[2001].

Toutefois, en lisant les extraits de l'arrêt cités, on a l'impression que la cour bolivienne n'a pas perçu cette affirmation et sa signification potentielle en dehors du domaine objet de l'affaire. La seule allusion à l'autonomie conflictuelle se trouve lorsqu'elle fait une citation littérale de la doctrine nationale au sujet de l'autonomie. En tout état de cause, il est certain que la Cour bolivienne démontra une ouverture au principe de l'autonomie, qui est déjà largement accepté en droit interne. Elle précise en outre la possibilité d'une manifestation tacite de la volonté, mais limite son champ d'application. Cette volonté, qu'elle soit expresse ou tacite, ne doit pas violer « l'ordre juridique établi, ni les droits et garanties fondamentaux », dans une référence, ainsi, à la notion plus large de l'ordre public.

334. En somme, malgré des hésitations existantes, on peut soutenir qu'il existe en Bolivie une volonté de modernisation et d'alignement sur l'acceptation du principe

---

[1998] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[1999] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2000] Cf. OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, p. 34.

[2001] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

d'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux, une évolution reconnue par la doctrine majoritaire et renforcée par la jurisprudence nationale.

D. Brésil

335. Comme cela a déjà été mentionné, la tradition civiliste du Brésil se distingue des autres pays, mais elle partage des conceptions similaires et un manque de réglementation sur la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable dans un contrat international.

336. Les divergences doctrinales[2002]. Par le passé, le principe de l'autonomie de la volonté a été vivement critiqué au Brésil. En 1932, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, l'un des plus éminents juristes brésiliens, a déclaré à l'Académie de Droit international de La Haye que « l'autonomie de la volonté n'existe pas, en droit international, ni comme principe, ni comme théorie acceptable »[2003]. Depuis sa déclaration, des décennies se sont écoulées sans que le Brésil adopte une disposition explicite reconnaissant le principe de l'autonomie de la volonté comme règle de conflit en matière contractuelle.

Il est notable que l'article 13 de la LICC de 1916 fît explicitement référence à la volonté des parties (avec l'expression « sauf stipulation contraire »). Comme il a été mentionné, cette référence a été supprimée lors de la réforme de la LICC en 1942, qui a modifié l'article pour sa rédaction actuelle, laquelle correspond à la teneur de l'actuel article 9 de la LINDB. Le régime antérieur semblait davantage favorable à l'acceptation de l'autonomie de la volonté, bien que des incertitudes subsistassent quant à son étendue[2004].

Clóvis Bevilaqua, l'auteur du Code civil de 1916, était favorable au principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, envisageant que cette volonté puisse être exprimée de manière explicite ou implicite. Néanmoins, il limitait cette liberté de choix de la loi au « contenu » du contrat et à ses « effets », excluant son application à son « exécution ». En ce qui concerne l'exécution des contrats, d'après Bevilaqua, la loi du

---

[2002] Ces divergences doctrinales au Brésil ont fait l'objet d'une analyse approfondie dans un article publié conjointement par l'auteure de la présente thèse et le professeur Valerio de Oliveira Mazzuoli en 2019 : v. V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 427- 456.

[2003] F.C. Pontes de Miranda, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil », *op. cit.*, p. 649. Selon l'auteur, la négation de l'autonomie de la volonté se justifie « car, dans la partie impérative, il y aurait une loi applicable qui, par une étrange démission de soi-même, pourrait conférer à la volonté le pouvoir de défaire cette impérativité, c'est-à-dire qu'il y aurait un impératif qui se nie lui-même, qui devient dispositif. Une fois les limites de l'autonomie fixées par la loi applicable, il n'y a pas, à l'intérieur d'elles, de choix de loi, il y a la loi (ou autre chose : loi révoquée, page d'un livre, memoranda, lettres) qui constitue le contenu, la citation, la partie intégrante d'un vouloir ».

[2004] L'ancien art. 13 de la version de 1916 disposait : « *Sauf stipulation contraire*, la loi du lieu de constitution régira la substance et les effets des obligations ». Et, l'actuel article 9 de la version de 1942 dispose : « Pour qualifier et régir les obligations, sera applicable la loi du pays dans lequel celles-ci sont constituées. » (Traduction libre du portugais).

lieu d'exécution du contrat devait être appliquée[2005]. Sous ce régime, la doctrine, généralement plus restrictive que celle de l'auteur du Code civil lui-même, adoptait la théorie objective, basée sur l'idée que la liberté de choisir la loi était permise en raison de l'expression « sauf stipulation contraire », mais que cette possibilité était limitée aux questions qualifiées de « supplétives »[2006], dans une vision objectiviste de l'autonomie de la volonté[2007].

Quelques-uns défendaient (et continuent d'ailleurs de le faire) une interprétation littérale du texte, rejetant l'autonomie de la volonté ou ne l'acceptant que dans la mesure où elle était permise par la loi désignée par la règle de conflit du for[2008]. D'autres estimaient qu'une telle permission existait, en arguant que la suppression d'une expression ne pouvait pas, à elle seule, valoir exclusion d'un principe antérieurement admis[2009]. Cette dernière interprétation est largement acceptée à ce jour au Brésil, comme cela va maintenant être examiné.

337. La doctrine opposée à l'acceptation de l'autonomie de la volonté par la LINDB. Parmi les juristes qui s'opposent à l'acceptation de l'autonomie de la volonté au Brésil, on

---

[2005] C. Bevilaqua, *Direito Internacional Privado,* Campinas, Red Livros, 2002, p. 259 et s. Selon l'auteur : « L'opinion correcte me semble être celle qui, dans un premier temps, reconnaît l'autonomie de la volonté. Certes, cette autonomie ne veut pas ériger la volonté de l'individu en tant que force dominatrice, capable d'échapper aux dispositions de la loi. Au contraire. La volonté individuelle, pour être capable de produire des effets juridiques, doit se placer sous l'égide de la loi qui enlève toute son efficacité sociale. De cette façon, l'ordre public empêche que cette volonté produise des effets juridiques qui soient contraires à ses prescriptions. […] En respectant ses limites naturelles et en agissant conformément à la loi, la volonté est une source d'obligations conventionnelles et unilatérales et, par conséquent, il est autorisé, dans les relations internationales, à choisir la loi qui subordonne les obligations librement assumées. Cependant, comme dans l'obligation, l'analyse juridique distingue parfaitement le contenu, les effets et l'exécution, et la volonté peut s'appliquer seulement aux deux premiers [contenu et effets du contrat]. L'exécution appartient naturellement au domaine de la loi du lieu où l'obligation s'exécute. D'autre part, la volonté peut ne pas être exprimée, mais être clairement induite par des présomptions. Cependant, celles-ci ne peuvent pas être laissées au libre arbitre du juge, il est raisonnable que la loi ou la doctrine les fixe. […] En conclusion : la substance et l'effet des obligations découlant des contrats et des déclarations unilatérales de volonté sont régis par la loi du lieu où les actes qui les ont provoqués ont été pratiqués, sauf disposition contraire [volonté des parties], violation du droit national des parties contractantes ou de l'ordre public. L'exécution desdites obligations dépendra de la loi du pays dans lequel elles sont exécutées. » (Traduction libre du portugais).

[2006] Pour la doctrine sous l'ancien Code civil brésilien, v. V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *op. cit.*, p. 432 et s.

[2007] V. *supra* n° 95.

[2008] En ce sens : A. de Castro, *Direito Internacional Privado,* 5e éd., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 442-447 ; N. de Araujo, *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira,* 2e éd., Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 268-269 ; M. Basso, *Curso de Direito Internacional Privado,* 4e éd., São Paulo, Atlas, 2014, p. 253-255.

[2009] En ce sens : E. Espínola, E. Espínola Filho, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos,* 2e éd., Rio de Janeiro, Renovar, 1995, p. 418-420 ; W. de Souza Campos Batalha, *Tratado de direito internacional privado,* 2e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977 ; H. Valladão, *Direito Internacional Privado: Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.*, p. 370 ; J. Dolinger, *Contratos e obrigações no direito internacional privado: Direito civil internacional,* Rio de Janeiro, Renovar, 2007, vol. 2, p. 426 ; I. Strenger, *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional,* 2e éd., São Paulo, LTr, 2000, p. 196-199 ; L.O. Baptista, *Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática,* São Paulo, Saraiva, 1994 ; et V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 143.

peut citer Amilcar de Castro[2010], ainsi que, plus récemment, les professeures Nadia de Araujo[2011] et Maristela Basso[2012].

Le professeur Amilcar de Castro était fermement opposé à l'acceptation du principe de l'autonomie de la volonté[2013]. Il soutenait que ce principe en droit international privé était « illusoire » et « absurde »[2014]. Il affirmait même que, alors qu'il écrivait au XVI[e] siècle, Dumoulin avait été considéré comme « responsable de l'erreur commise par les juristes des XVIII[e] et XIX[e] siècles d'avoir introduit l'idée de l'autonomie de la volonté dans le domaine du droit international privé »[2015]. Selon Amilcar de Castro, en vertu des normes brésiliennes, les parties ne disposent pas de la liberté de choisir la loi qui régira leurs contrats, mais seulement de la liberté de « négocier » ou de « conclure » des contrats, tout en respectant les normes du lieu de conclusion de ces contrats[2016]. De Castro soutient que la liberté contractuelle se limite au choix du lieu de conclusion de l'accord, et non au choix de la loi applicable[2017]. Ainsi, selon lui, seul un « choix indirect » était admis par le droit brésilien.

Les professeures Nadia de Araujo et Maristela Basso partagent également l'opinion selon laquelle le nouvel instrument n'autorise pas une interprétation favorable au principe de l'autonomie. Selon la première, « contrairement à l'usage généralisé du principe dans les pays européens, la situation au Brésil n'a pas évolué », étant donné que l'article 9 de la loi brésilienne sur le droit international privé ne mentionne pas expressément le principe de l'autonomie de la volonté[2018]. Maristela Basso, également opposée à l'acceptation de l'autonomie de la volonté dans le système actuel de droit international privé brésilien, conseille aux parties contractantes de conclure leurs contrats dans le pays dont elles souhaitent voir la loi appliquée, afin que ce choix soit reconnu comme valide par les

---

[2010] V. Cf. A. de Castro, *Direito Internacional Privado, op. cit.*, p. 442-447 ;

[2011] N. de Araujo, *Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 268-269 ; dans le même sens, v. N. de Araujo, D. Corrêa Jacques, « Contratos internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil », *in* D.P. Fernández Arroyo, A. Dreyzin de Klor (dir.), *Contratos internacionales*, CEDEP, p. 229-237, spéc. p. 229.

[2012] M. Basso, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.*, p. 253-255.

[2013] Cependant, de manière exceptionnelle, l'auteur semble accepter l'autonomie de la volonté. Selon lui, la validité de la clause de choix de la loi applicable doit être analysée selon le droit de l'État d'exécution du contrat. Il donne l'exemple suivant : deux Anglais, domiciliés en Italie, passent un contrat à Rome, entièrement exécutable en Allemagne, et décident de l'application du droit suisse. La clause d'élection du droit applicable serait-elle valable ? Il répond : seulement dans la mesure où le droit allemand (du lieu d'exécution du contrat) l'accepte. Cf. A. de Castro, *Direito Internacional Privado, op. cit.*, p. 442-447.

[2014] *Ibid*, p. 438 (traduction libre du portugais).

[2015] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2016] *Ibid*, p. 443-444.

[2017] *Ibidem*.

[2018] N. de Araujo, *Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 268-269. Selon l'auteure : « Cette déclaration découle de la lecture de l'article, qui ne peut pas être comparée à d'autres normes sur le sujet qui l'accueillent expressément comme, par exemple, la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux. Par la seule révision de la LINDB et avec l'adoption des principes énoncés par la Convention interaméricaine, il pourra être admis l'utilisation, en toute sécurité, du principe de la liberté de choix dans la matière des contrats internationaux. » (Traduction libre du portugais).

tribunaux brésiliens, notamment dans le cas de contrats conclus entre absents. Elle admet qu'il est possible de sélectionner indirectement la législation applicable en optant pour le lieu de conclusion de la transaction[2019].

D'autres auteurs, généralement opposés à l'acceptation de l'autonomie de la volonté, ont adopté une position intermédiaire. Parmi eux, la doctrine du professeur Oscar Tenório mérite d'être mentionnée, car il est d'avis que l'article 9 de la LINDB n'a pas vraiment exclu l'autonomie de la volonté. Selon lui, les parties avaient la possibilité de choisir la loi applicable à leurs contrats uniquement dans les cas où une telle autonomie est reconnue dans le pays où l'obligation a été conclue[2020].

338. La doctrine favorable à l'accueil de la loi d'autonomie par la LINDB. Bien que les auteurs cités rencontrent des difficultés à envisager l'acceptation du principe d'autonomie dans la législation brésilienne, la position dominante, que nous partageons, soutient que ce principe a été effectivement intégré dans la LINDB, même s'il n'est pas explicitement mentionné. Parmi les professeurs qui adhèrent à cette idée, citons Eduardo Espínola, Eduardo Espínola Filho[2021], Wilson de Souza Campos Batalha[2022], Haroldo Valladão[2023], Jacob Dolinger[2024], Irineu Strenger[2025], Luiz Olavo Baptista[2026] et Valerio de Oliveira Mazzuoli[2027].

Parmi les défenseurs du principe, certains continuent à faire la distinction traditionnelle entre les matières dites « supplétives » et « impératives » de la vision objectiviste du principe d'autonomie[2028]. Parmi eux, on peut mentionner les professeurs Eduardo Espínola, Eduardo Espínola Filho et Wilson de Souza Campos Batalha, pour qui l'autonomie de la volonté serait reconnue, mais uniquement en ce qui concerne les matières supplétives ou

---

[2019] Maristela Basso constate que, même si la loi ne peut pas être choisie directement, elle pourra l'être de manière indirecte, par la voie du choix du lieu de conclusion. Or, si les parties souhaitent appliquer la loi française à leur contrat, par exemple, elles pourront établir que les négociations et la conclusion du contrat se réalisent en territoire français, de sorte que le « choix de la loi » soit considéré comme valable au sens de l'art. 9 visé ci-dessus. V. M. Basso, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.*, p. 253-255.

[2020] Pour conclure son raisonnement, Tenório affirme que « les obligations conclues au Brésil ne peuvent pas permettre l'autonomie de la volonté. Nonobstant, une obligation conclue à l'étranger pourra être régie par le droit brésilien si la loi du pays de conclusion du contrat admet l'autonomie da la volonté et les parties optent pour choisir la loi brésilienne ». Cf. O. Tenório, *Direito Internacional Privado,* 7e éd., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1962, p. 181-182 (traduction libre du portugais).

[2021] V. E. Espínola, E. Espínola Filho, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos, op. cit.*, p. 418-420.

[2022] W. de Souza Campos Batalha, *Tratado de direito internacional privado, op. cit.*, 418-420.

[2023] H. Valladão, Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit., p. 368.

[2024] J. Dolinger, *Contratos e obrigações no direito internacional privado, op. cit.*, p. 426.

[2025] I. Strenger, *Da autonomia da vontade, op. cit.*, p. 196-199.

[2026] L.O. Baptista, *Dos Contratos Internacionais, op. cit.,* p. 143 et s.

[2027] V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 143 et s. et 421 et s.

[2028] V. *supra* n° 95.

dispositives. Ainsi, les matières impératives resteraient en dehors du champ de la volonté des parties[2029].

Sans distinguer la nature des dispositions légales[2030], le professeur Haroldo Valladão a toujours soutenu l'idée que l'autonomie de la volonté est le principe qui régit les obligations contractuelles[2031]. Selon lui, même si la notion d'autonomie n'est pas expressément énoncée à l'article 9 de la LINDB, un principe fondamental tel que celui-ci ne peut être écarté par une simple omission. Ainsi, il continuerait à s'appliquer, malgré l'absence de mention explicite[2032]. Le professeur brésilien est d'avis que le choix de la loi applicable peut être explicite ou tacite ; que les parties peuvent également désigner la loi applicable à une partie spécifique de leur contrat ou à sa totalité (il reconnaît ainsi la possibilité du dépeçage)[2033].

Un autre ardent défenseur de l'autonomie de la volonté était le professeur Jacob Dolinger. Il soutenait que, dans le domaine des obligations, l'autonomie de la volonté se situait au-dessus du rattachement de la *lex loci contractus* et de la *lex loci executionis*, étant considérée comme « souveraine et universellement respectée »[2034]. Selon lui, qui ne se préoccupait pas non plus de la nature des normes, en matière contractuelle, les parties ont la liberté de choisir le système juridique auquel elles souhaitent soumettre leurs obligations « et elles ne sont pas obligées de se soumettre à la loi initialement compétente en raison des règles de rattachement prévues par le droit international privé brésilien »[2035]. En outre,

---

[2029] Eduardo Espínola et Eduardo Espínola Filho, en écrivant sur le Code civil de 1942, ont maintenu le même raisonnement soutenu par le premier Espínola à l'occasion de ses commentaires du Code civil de 1916 : la loi de l'autonomie serait admise, mais seulement en ce qui concerne les matières supplétives. Wilson de Souza Campos Batalha, affirme également que le Brésil a adopté comme élément de rattachement la loi du lieu de conclusion du contrat pour les questions liées à la substance et aux effets des obligations, bien qu'elle ne soit pas la seule à régir le contrat. Il reconnaît l'existence de l'autonomie de la volonté des parties contractantes, cependant uniquement dans le domaine des lois diapositives du droit applicable. Ainsi, selon lui, les parties peuvent exercer cette liberté et utiliser des normes de droit étranger dans leurs contrats (en ce qui concerne leur contenu), dans la mesure où ce choix n'est pas contraire à l'ordre public brésilien. V. E. Espínola, E. Espínola Filho, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos, op. cit.*, p. 418-420 ; et W. de Souza Campos Batalha, *op. cit.*, p. 418-420.

[2030] En commentant l'art. 13 de la LICC, le professeur Valladão affirme : « Certainement, lorsque, par exemple, l'art. 13 de l'Introd. Cod. Civ., loi brésilienne de DIP, a permis aux parties de choisir la loi pour régir la substance et les effets des obligations, cette loi compétente sera appliquée dans son intégralité, dans ses dispositions facultatives et impératives, comme c'est le cas avec toute autre loi indiquée par un autre élément de rattachement, sauf, évidemment, abus de droit et atteinte à l'ordre public du for. » (Traduction libre du portugais). Cf. H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.*, p. 368.

[2031] Le professeur Haroldo Valladão était pour l'acceptation du principe de l'autonomie de la volonté même sous le régime du Code civil de 1916, sans distinguer entre dispositions supplétives et impératives. Pour l'auteur, grand défenseur du principe, la loi d'autonomie serait admise pour tous les aspects du contrat. V. *Ibid*, p. 370.

[2032] En effet, le professeur Valladão affirme qu'une telle exclusion était la conséquence du fait que cette expression était une expression interdite pour le régime dictatorial qui dirigeait le pays à l'époque. Cf. *Ibid*, p. 371.

[2033] *Ibid*, p. 372-374.

[2034] J. Dolinger, *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado,* Rio de Janeiro, Luna, 1979, p. 205 (traduction libre du portugais).

[2035] J. Dolinger, *Contratos e obrigações no direito internacional privado, op. cit.*, p. 426 (traduction libre du portugais).

le professeur Irineu Strenger, qui était initialement favorable à l'autonomie seulement lorsque la loi désignée objectivement par l'élément de rattachement du for l'accepte, a fini par appuyer ce principe de manière plus générale quelques années plus tard[2036]. De même, le principe d'autonomie est également approuvé par le professeur Luiz Olavo Baptista, bien que ce dernier exclue certains aspects du contrat du domaine de l'autonomie de la volonté[2037].

Plus récemment, le professeur Valerio de Oliveira Mazzuoli a affirmé qu'une telle liberté d'autonomie de la volonté des parties a toujours été la règle en droit brésilien, qui n'a jamais interdit son utilisation en matière contractuelle[2038]. Nous partageons l'opinion du professeur Mazzuoli, qui admet que, même implicitement, l'autonomie de la volonté a été admise comme un critère de rattachement valable et efficace au Brésil[2039]. Cette interprétation s'inscrit par ailleurs dans la lignée de la jurisprudence récente des juridictions nationales, y compris celle des cours supérieures[2040]. Ainsi, la règle objective de l'article 9 ne s'appliquera qu'en l'absence de manifestation de la volonté des parties.

En outre, selon une partie de la doctrine nationale, cette expression peut être expresse ou tacite, tant qu'elle est soit certaine[2041]. En admettant l'autonomie de la volonté, il nous paraît aussi raisonnable de supposer que les parties peuvent décider que cette loi ne s'applique qu'à une partie du contrat, acceptant, ainsi, le dépeçage[2042]. Bien évidemment,

---

[2036] I. Strenger, *Da autonomia da vontade, op. cit*., p. 196-199.

[2037] L.O. Baptista, *Dos Contratos Internacionais*, *op .cit.*, p. 143 et s.

[2038] V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.,* p. 143 et p. 423-424. Cela est dû, selon lui, à quatre motifs principaux, à savoir : « L'autonomie de la volonté subsiste en droit brésilien actuel, spécialement en raison de quatre motifs : *a)* premièrement, car le texte constitutionnel de 1988 établit que "personne ne sera forcé à faire *ou à ne pas faire* quelque chose, *sauf en vertu de la loi*" (art. 5, II) ; *b)* deuxièmement, car, en n'ayant pas une loi qui interdit expressément l'autonomie de la volonté entre nous, sa non-reconnaissance serait contraire au mentionné art. 5° II de la Constitution fédérale ; *c)* troisièmement, en vertu du fait que son acceptation générale se fonde sur une *coutume* acceptée par de nombreux de pays (ce qui vaut également pour le Brésil) et, y compris, par l'*Institut de Droit international* ; et *d*) finalement, en raison de sa reconnaissance par de nombreuses conventions internationales. » (*Ibid*, p. 143, traduction libre du portugais).

[2039] *Ibid*, p. 423-424. V aussi, V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *op. cit.*, p. 434.

[2040] V., en particulier, l'arrêt Brésil, STJ, REsp n° 1 280 218/MG, Terceira Turma, *Mendes Júnior*, 21 juin 2016, DJe du 12 août 2016, cit. *infra* n° 339.

[2041] V. H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit*., p. 374. Ce raisonnement a été confirmé par la jurisprudence avec l'arrêt *Mendes Júnior*, cit. *infra* n° 428.

[2042] Cette opinion a été confirmée par l'arrêt *Mendes Júnior*, rendu par le Tribunal supérieur de justice le 12 août 2016, cit. *infra* n° 428. Pour la doctrine, *v*., en particulier, H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.*, p. 373 (sans mentionner le terme dépeçage), mais acceptant que la référence faite par les parties à la loi étrangère puisse être « totale ou partielle, et à plusieurs et à chaque partie du contrat » ; v. aussi, dans une position intermédiaire, M. Basso, « A autonomia da vontade nos contratos internacionais de comércio », *in* L.O. Baptista, H.M. Huck, P. Borba Casella (org.), *Direito e comércio internacional:* tendências e perspectivas, São Paulo, LTR, 1994, p. 53, qui considère que le dépeçage n'est pas facile à appliquer et que le contrat doit être régi par une seule loi, mais qui admet le dépeçage, à titre exceptionnel, pour un « grand » contrat, qui peut être décomposé en d'autres parties séparables et indépendantes. V. aussi N. de Araujo, « Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro », *in* J. Grandino Rodas (coord.), *Contratos internacionais*,

cette liberté n'est pas non plus absolue, elle doit respecter les limites établies par la loi, notamment celles résultant de l'article 17 de la LINDB (souveraineté nationale, l'ordre public et les bonnes mœurs)[2043], comme cela sera analysé plus en détail dans un chapitre propre[2044].

339. L'évolution de la jurisprudence brésilienne : d'une position territorialiste à la reconnaissance de l'autonomie de la volonté. Les tribunaux étatiques brésiliens abordent rarement les questions de droit international privé, ce qui conduit à l'absence d'une réelle « jurisprudence » en la matière au Brésil[2045]. Actuellement, un nombre très restreint d'affaires concernant la loi applicable aux contrats internationaux en vertu de la LINDB ont été portées devant les tribunaux brésiliens, et, parmi celles-ci, rares sont celles qui ont explicitement analysé l'autonomie de la volonté et sa mise en œuvre. Cependant, un examen des jugements rendus sur ces sujets au Brésil révèle une évolution de la jurisprudence brésilienne en faveur de l'acceptation de la loi d'autonomie dans le domaine des contrats internationaux[2046].

Dans un premier temps, et jusqu'à 2014, la jurisprudence brésilienne a été caractérisée par une approche plutôt territorialiste, fondée sur l'application de règles internes et refusant d'appliquer le principe de l'autonomie de la volonté[2047].

Un arrêt du 10 mars 1981 de la plus haute instance judiciaire brésilienne, le Tribunal suprême fédéral, n'a pas pris en considération la loi choisie par les parties, appliquant le rattachement objectif prévu par la loi brésilienne. En l'espèce, un citoyen portugais résidant au Brésil avait conclu un contrat de prêt avec une banque luxembourgeoise au Portugal avec une garantie fournie par une banque portugaise. La plus haute instance judiciaire du Brésil, en se référant à l'article 9 de la LINDB et en ignorant la volonté des parties, a décidé d'appliquer la loi portugaise du lieu de conclusion au lieu de la loi anglaise qu'elles avaient choisie[2048].

3e éd. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 195-230, p. 208. L'auteure mentionne plusieurs cas dans lesquels les tribunaux brésiliens ont traité du sujet (même si en dehors du champ de l'autonomie) et, spécifiquement, un cas de 1986 dans lequel l'ancien Tribunal « d'Alçada » de Rio de Janeiro « a fractionné un contrat en appliquant deux lois régissant la même situation : pour les faits survenus à l'étranger et qui concernaient la substance du contrat, la loi étrangère et, pour les questions relatives à son exécution, la loi du lieu où il a été réalisé, la loi brésilienne. » (Traduction libre du portugais).

[2043] V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *op. cit.*, p. 439.

[2044] V. *infra* n° 425 et s.

[2045] V. V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. VIII-IX, qui a noté la rareté des *leading cases* en matière de droit international privé au Brésil et en Amérique latine, ce qui « empêche, en pratique, la formation d'une jurisprudence solide sur le conflit de lois » au Brésil (traduction libre du portugais).

[2046] V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *op. cit.*, p. 446.

[2047] *Ibid*, p. 449 et s.

[2048] Brésil, STF, RE n° 93.131-7-MG, 10 mars 1998.

Par la suite, le Tribunal supérieur de justice appliqua, à plusieurs reprises, rigoureusement l'élément de rattachement objectif prévu à l'article 9 de la LINDB, sans entreprendre de réflexion sur l'éventuelle existence d'une loi choisie par les parties, que ce soit de manière explicite ou tacite[2049].

En ce qui concerne les tribunaux des États fédérés, la plupart des arrêts sont obscurs et ne traitent pas en profondeur de la question[2050]. Il convient de noter, toutefois, un arrêt rendu en 2007 par le Tribunal de justice de l'État de São Paulo, lequel se décida en faveur de l'application de la loi de l'État de New York choisie par les parties dans un contrat international. Cependant, cet arrêt ne reconnaît pas explicitement le principe de l'autonomie de la volonté, car il se base davantage sur le lieu de conclusion du contrat que sur le principe de la liberté de choix de la loi applicable. Selon cet arrêt : « outre le fait que le contrat a été conclu dans l'État de New York, il a expressément prévu l'application de la loi étrangère »[2051].

L'analyse de la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à leurs relations contractuelles n'est apparue dans la jurisprudence des tribunaux supérieurs brésiliens qu'en 2014, et encore de manière quelque peu timide. Avant cette date, la question n'avait été abordée qu'indirectement, notamment à l'occasion de décisions portant sur la compétence juridictionnelle. C'est alors qu'il avait été affirmé que « la compétence doit être résolue à la lumière de la loi de procédure brésilienne, bien que le juge national puisse appliquer la loi étrangère choisie pour régir les affaires disponibles par les parties »[2052].

Cette orientation jurisprudentielle a ensuite trouvé une application plus explicite dans un arrêt rendu le 21 août 2014, où le STJ a été amené à examiner la loi applicable à un contrat international de financement bancaire[2053]. Dans cet arrêt, une première étape a été franchie vers l'acceptation du principe de l'autonomie de la volonté. Bien que la Cour ait appliqué le rattachement objectif prévu par l'article 9 de la LINDB pour désigner la loi applicable, elle a également pris en compte, de manière *complémentaire*, le choix de la loi effectué par les parties. En effet, en concluant à l'application de la loi américaine du lieu de conclusion du contrat et de résidence de l'offrant (critère objectif prévu à l'article 9 de la LINDB), le Tribunal supérieur brésilien souligna que « *si tout cela n'était pas suffisant* [lieu de résidence de l'offrant et lieu de conclusion du contrat aux États-Unis], les parties

[2049] V., p. ex., Brésil, STJ, REsp n° 97 099/RS, Brasília, 17 décembre 1981 ; v. aussi, STJ, REsp n° 606.171-CE, Brasília, 1er février 2005. V., à ce sujet, V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *op. cit.*, p. 446 et s.

[2050] Pour une analyse complète de la jurisprudence des Cours étatiques brésiliennes, v. V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *op. cit.*, p. 448 et s.

[2051] L'arrêt ajoute encore que les seules limites à l'application de la loi étrangère au Brésil sont celles listées à l'art. 17 de la LINDB : l'offense à la souveraineté nationale, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cf. Brésil, TJSP, 24ª Câmara de Direito Privado, Apelação n° 9193861-22.2005.8.26.0000, 18 octobre 2007 (traduction libre du portugais).

[2052] Brésil, STJ, 3ª Turma, REsp n° 861.248/RJ, 12 décembre 2006, DJ 19 mars 2007.

[2053] Brésil, STJ, REsp n° 963.852-PR, 21 août 2014.

elles-mêmes ont convenu que leur relation juridique serait régie et interprétée conformément à la législation de l'État de New York, aux États-Unis »[2054]. Le Tribunal brésilien utilisa donc le choix des parties comme un élément *complémentaire*, qui vient renforcer l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois objective prévue par le droit brésilien[2055].

Deux ans après, un premier arrêt analysa finalement de façon directe et précise la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à leur relation contractuelle : l'arrêt *Mendes Júnior*, rendu par le Tribunal supérieur de justice le 21 juin 2016[2056], fut ainsi considéré comme un véritable revirement de jurisprudence.

En l'espèce, des contrats avaient été conclus entre une société brésilienne du groupe Mendes Júnior Participações et le gouvernement irakien pour la construction de divers sites en Irak. Les services de construction civile ont été maintenus pendant presque vingt ans, mais, à la suite de difficultés financières survenues dans les années 1990, l'Irak a cessé de respecter ses obligations financières envers le groupe brésilien. En raison des contraintes financières, ce dernier a cessé les travaux en 1987.

Des négociations entre le groupe brésilien et le gouvernement irakien se sont poursuivies pour que les travaux puissent reprendre, avec l'intervention du gouvernement brésilien. À la suite de ces négociations, en juillet 1989, le gouvernement brésilien a conclu un contrat de cession de crédit avec une des sociétés du groupe Mendes Júnior. Dans le cadre de ce contrat, ladite société a cédé au gouvernement brésilien les crédits détenus auprès du gouvernement irakien en échange d'un amortissement des dettes qu'elle avait contractées auprès de la Banque du Brésil. Puis, en octobre 1989, un accord de prêt a été conclu à New York, aux États-Unis, entre l'une des sociétés du groupe Mendes Júnior et une filiale de la Banque du Brésil, la banque BB Grand Cayman, afin de restaurer la liquidité du groupe brésilien affectée par le défaut de paiement du gouvernement irakien. Dans ce dernier contrat figurait une clause de choix de loi désignant les lois de l'État de New York pour régir et interpréter le contrat.

En août 1990, suite à l'invasion du Koweït par l'Irak et l'imposition d'un embargo économique, le Brésil a cessé ses activités en Irak, ce qui a soulevé des questions sur l'efficacité du contrat de cession de créances conclu. La banque brésilienne affirmait que la cession était soumise à la reconnaissance et au paiement par l'Irak des crédits, un processus rendu désormais impossible par la guerre et la rupture des relations commerciales entre les deux pays. En conséquence, la banque a intenté une action en

[2054] *Ibidem* (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

[2055] V. V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *op. cit.*, p. 449 et s.

[2056] Brésil, STJ, REsp n° 1 280 218/MG, Terceira Turma, *Mendes Júnior*, 21 juin 2016, DJe du 12 août 2016, com. V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *op. cit.*, p. 450 et s.

justice au Brésil contre le groupe Mendes Júnior, afin d'obtenir le remboursement des sommes prêtées au titre du contrat de prêt signé aux États-Unis.

Malgré l'inclusion de la clause d'élection de la loi de l'État de New York, la société Mendes Júnior a plaidé pour l'application de la loi brésilienne, en vertu de laquelle l'action aurait été prescrite. La société Mendes Júnior a argumenté que la loi étrangère choisie ne pouvait pas régir le délai de prescription. Elle a soutenu que la prescription était considérée comme une question d'ordre public selon la législation brésilienne (conformément à l'article 17 de la LINDB).

La Cour d'appel, en l'espèce le Tribunal de Justice de l'État de Minas Gerais, dans un arrêt confirmatif, appliqua la loi nord-américaine choisie par les parties à la prescription, en considérant que cette application ne portait pas atteinte à l'ordre public. La société Mendes Júnior forma alors un pourvoi devant le Tribunal supérieur de Justice en soulevant les mêmes arguments. La Cour supérieure brésilienne devait alors décider si le choix de la loi désignée par les parties dans leur contrat international était valable et, le cas échéant, si cette loi régissait également la prescription.

Par une décision inédite, la haute juridiction brésilienne a répondu positivement à ces deux questions, en jugeant que « Dans les contrats internationaux, il est admis de choisir la législation applicable, y compris en ce qui concerne la réglementation du délai de prescription applicable »[2057]. Par conséquent, la Cour a rejeté la prescription de l'action en question, en se fondant sur le délai établi par la loi choisie par les parties, soit la loi de l'État de New York. L'action n'étant pas prescrite, la banque brésilienne pouvait obtenir le remboursement des sommes prêtées.

Cet arrêt marque une étape décisive au Brésil, puisqu'il est le premier à reconnaître de forme expresse le principe d'autonomie de la volonté. De plus, l'arrêt spécifie, au moins en partie, la portée de ce principe. En effet, la Cour observa la fréquence des clauses d'élection de la loi applicable dans les affaires impliquant des contrats internationaux, soulignant que les parties contractantes « peuvent même choisir plusieurs lois applicables », acceptant, ainsi, le dépeçage volontaire[2058]. De plus, la haute juridiction clarifie que la loi sélectionnée par les parties n'a pas nécessairement à être directement liée aux parties contractantes. Selon la Cour, « Dans ces types de contrats, il est courant de choisir un droit, parfois étranger aux deux parties »[2059].

[2057] Brésil, STJ, REsp n° 1 280 218/MG, Terceira Turma, *Mendes Júnior*, 21 juin 2016, DJe du 12 août 2016 (traduction libre du portugais).

[2058] La Cour reconnaît également le dépeçage judiciaire. Selon l'arrêt : « Il est admis que, dans un même contrat, une multiplicité de lois soit appliquée, par exemple, en ce qui concerne la capacité, la loi de l'État d'origine des parties ; en ce qui concerne le transfert de biens immobiliers, la loi de la situation de l'immeuble, etc. » Cf. *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2059] Cf. *Ibidem* (traduction libre du portugais).

L'arrêt se basa notamment sur les travaux du professeur Irineu Strenger et expliqua de façon très doctrinale :

> « Toujours dans le domaine du droit international privé, même si le principe de l'autonomie de la volonté n'est pas absolu, il se renforce et se consolide de sorte qu'aujourd'hui il est admis "presque de manière unanime que les parties dans un contrat international ont le droit de désigner expressément la loi qui régit leur relation" (STRENGER, Irineu. Contratos internacionais do comércio. 4ª ed. São Paulo : LTr, 2003. p. 126).
>
> Certes, au moment du jugement du recours auquel la présente décision se réfère, l'admission de l'autonomie de la volonté quant à l'élection de la loi applicable était loin de former un consensus. Même aujourd'hui, il y a ceux qui soutiennent que la LINDB, en supprimant du texte légal la mention à l'autonomie de la volonté — prévue historiquement dans l'art. 13 de la loi d'introduction au Code civil de 1916 — aurait révoqué son admission dans le droit brésilien.
>
> Cependant, en droit international privé, les usages et coutumes, l'autonomie de la volonté et la force obligatoire des contrats, dès la *lex mercatoria*, ont joué un rôle central en tant que base principale de la résolution des conflits entre les différentes législations concernées. »[2060]

Il est important de noter que, outre l'appui sur les usages et coutumes pour justifier l'acceptation de l'autonomie de la volonté, l'arrêt invoque également d'autres sources du droit qui acceptent l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, telle que la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises de 1986 et la Convention de Mexico de 1994, même si celles-ci ne sont, évidemment, pas directement applicables au Brésil. Il est aussi fait mention de sources internes, en particulier de la législation brésilienne sur l'arbitrage, qui reconnaît explicitement le principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, dans l'idée que, depuis sa promulgation, cette législation a conforté l'acceptation générale de ce principe au Brésil[2061].

Pour finir, les principes de la bonne foi, de l'autonomie des parties dans l'ordre interne (la liberté contractuelle), ainsi que les principes de l'estoppel et de l'ordre public ont également été utilisés par le Tribunal suprême brésilien pour justifier l'application de la loi choisie par les parties. Selon le haut tribunal :

[2060] Brésil, STJ, REsp n° 1 280 218/MG, Terceira Turma, *Mendes Júnior*, 21 juin 2016, DJe du 12 août 2016 (traduction libre du portugais).

[2061] Sur ce point, la Cour souligne que : « En droit interne, l'autonomie de la volonté concernant le libre choix de la loi régissant les obligations contractuelles s'est également renforcée depuis la promulgation de la loi sur l'arbitrage (Loi n° 9 307/1996), et la possibilité de libre choix ou même de combinaison de lois a été acceptée sans difficulté par la doctrine et la jurisprudence nationales ». Cf. *Ibidem* (traduction libre du portugais).

> « En outre, la protection de la bonne foi et de l'autonomie de la volonté, qui imposent aux parties une conduite transparente et cohérente tout au long des négociations et même après la cessation des contrats, est également une valeur défendue par l'ordre juridique national. Ainsi, étant donné que les parties ont librement choisi de formaliser la transaction par un contrat international, convenant d'un commun accord d'écarter la législation brésilienne au profit des lois de l'État de New York, admettre, en cours d'exécution, l'argument de l'inapplicabilité de la loi choisie constitue une violation flagrante du principe "vernire *(sic)* contra factum proprium", ce que l'ordre public n'accepte pas. »[2062]

La jurisprudence récente du STJ a continué d'affirmer le principe de l'autonomie en matière contractuelle. Ainsi, il a été jugé qu'« il convient effectivement de respecter la loi régissant le contrat international, au regard des principes de liberté et d'autonomie de la volonté […] » et que « L'exercice de la juridiction nationale n'exclut pas, en soi, l'application du droit matériel étranger, puisqu'il s'agit de sphères juridiques distinctes, avec une applicabilité hybride sur le territoire national »[2063]. Et, en une autre occasion, il a aussi été aussi affirmé que « dans les contrats internationaux, le choix de la législation applicable est admis, notamment dans ceux de nature patrimoniale, car, dans ces conventions, l'autonomie de la volonté bénéficie d'une protection particulière […] »[2064]. Toutefois, ces mêmes arrêts ont également posé certaines limites à cette autonomie, comme il sera exposé ci-après[2065].

Dans le premier arrêt cité, en date du 20 août 2019 (affaire *Takoma*), le ministre L.F. Salomão, rapporteur, rappela qu'« il est bien connu que la LINDB, malgré certaines modifications, est une loi ancienne, publiée sous la Constitution de 1937, par le décret-loi nº 4 657 du 4 septembre 1942, et que son article 9 reste dans sa rédaction originelle », et que « de nombreuses controverses doctrinales existaient et existent encore, notamment concernant le principe de l'autonomie de la volonté applicable aux contrats internationaux et sa validité dans le droit brésilien ». Toutefois, l'arrêt précisa que la doctrine est essentiellement favorable à l'application du principe d'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, bien que ce principe s'applique avec certaines limites. Il ajouta que « ce principe reçoit une attention toute particulière dans les relations commerciales, où il bénéficie d'une reconnaissance légale et institutionnelle, notamment à travers les articles 107 et suivants du Code civil ». Il en conclut que, de manière générale, « la règle est que le contrat doit être respecté selon ses termes ainsi que selon la législation choisie pour régir l'accord commercial ou, à défaut, celle du lieu de sa conclusion »[2066]. Cela

---

[2062] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2063] Brésil, STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n° 1 343 290/SP, 20 août 2019, DJe 23 aôut 2019 (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

[2064] Brésil, STJ, 3ª Turma, REsp n° 1 850 781/SP, 28 septembre 2021, DJe 1 octobre 2021 (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

[2065] V. *infra* n° 428.

[2066] Brésil, STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n° 1 343 290/SP, 20 août 2019, DJe 23 aôut 2019 (traduction libre du portugais).

conduit la Cour à reconnaître le choix de la loi des îles Caïmans fait par les parties et à étendre le champ d'application de la loi choisie à la prescription.

En l'espèce, un contrat de prêt avait été conclu entre la société créancière Takoma, domiciliée à Georgetown (Îles Caïmans), et la société débitrice Sidky Investments, établie à Montevideo (Uruguay), avec la participation d'un ressortissant brésilien, résidant à São Paulo, désigné comme « débiteur solidaire ». Malgré la présence d'une clause de choix de loi expresse désignant la législation des îles Caïmans, telle qu'évoquée par la Cour d'appel, le Tribunal supérieur ne s'y réfère pas explicitement dans sa décision. En réalité, la Cour appliqua le critère objectif de rattachement prévu à l'article 9 de la LINDB du lieu de conclusion du contrat, tout en l'interprétant comme une manifestation implicite de la volonté des parties quant à la loi applicable. Elle a en effet relevé qu'« il n'a pas été contesté que l'ensemble du contrat était régi par la législation des îles Caïmans »[2067].

Elle ajouta que « la volonté des parties ne se limita pas au rapport entre créancier et débiteur », mais « engloba également la garantie consentie et acceptée par le débiteur solidaire ». En d'autres termes, « la qualité de garant (ou de caution, sans préjuger d'éventuelles distinctions terminologiques) ne remit pas en cause la nature et les caractéristiques du contrat international de prêt », dès lors que « l'intention de toutes les parties, directement ou indirectement impliquées, fut de conclure un contrat avec garantie, régi intégralement par la loi des îles Caïmans »[2068].

Bien que la Cour ait évoqué l'impossibilité d'un « dépeçage » du contrat, excluant ainsi l'application de lois distinctes aux différents aspects de l'affaire — ce qui revient, implicitement, à rejeter la notion de dépeçage volontaire —[2069], elle estima en réalité que la garantie ne constituait pas une obligation autonome par rapport au contrat principal. Par conséquent, la loi tacitement choisie par les parties, déduite du lieu de conclusion du contrat aux îles Caïmans, fut jugée applicable tant au prêt qu'à la garantie qui l'accompagnait. La Cour précisa, en outre, que la question de la prescription relevait également du champ de la loi régissant le contrat. En définitive, elle conclut qu'« après tout cet examen nécessaire, il ne fait aucun doute que la loi des îles Caïmans, lieu de conclusion volontaire du contrat, devait s'appliquer, y compris en matière de prescription »[2070]. Cet arrêt éclaira ainsi plusieurs aspects du régime de l'autonomie de la volonté, un domaine encore lacunaire dans la législation brésilienne actuelle.

[2067] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2068] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2069] Selon la Cour, « il ne s'agit pas d'une "scission contractuelle" permettant qu'une loi matérielle donnée s'applique à l'une des parties et non à l'autre, dans la mesure où l'exigence légale prévue par la LINDB concerne uniquement les formes relatives à l'exécution (observance) du contrat sur le territoire brésilien, *la loi étrangère devant être pleinement respectée en ce qui concerne l'aspect matériel* ». *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2070] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

340. Perspectives pour l'avenir. Il est important de noter les réformes en cours de discussion au Brésil. Un premier projet de loi, enregistré par le Sénat brésilien sous le titre *Projet de loi n° 3514/2015*, a été proposé afin de réformer la LINDB, et met particulièrement l'accent sur les domaines du commerce électronique et des contrats de consommation. Ce projet de loi vise notamment à modifier l'article 9 de la LINDB en supprimant ses deux paragraphes actuels et en permettant aux parties de choisir la loi applicable à leurs contrats internationaux (lorsqu'ils sont conclus entre professionnels, entrepreneurs ou commerçants). Ce projet est en cours d'examen par le Congrès brésilien, sans, néanmoins, offrir de grandes perspectives d'adoption[2071].

Cependant, un nouvel espoir se profile quant à la modernisation du droit international privé au Brésil. Récemment, un avant-projet de loi générale sur le droit international privé est en cours de discussion dans le pays (l'*Avant-projet de loi générale de droit international privé*, 2025)[2072]. Son objectif est de moderniser l'actuelle LINDB et de faire en sorte que le droit international privé national soit en phase avec la réalité juridique mondiale actuelle. L'Avant-projet a été présenté au premier semestre 2025, à la suite d'un travail intense de la commission responsable de son élaboration, après deux audiences publiques et avec l'incorporation de plusieurs suggestions reçues[2073]. Le projet préliminaire doit être approuvé par le Congrès national.

L'Avant-projet accepte de manière expresse l'autonomie de la volonté et règle également plusieurs aspects liés à sa mise en œuvre et à ses limites. Selon l'article 29 du projet de loi, « Sauf en cas d'abus, les obligations découlant de contrats internationaux seront régies par le droit choisi par les parties ». Le paragraphe 1 énonce que ce choix peut être « exprès

---

[2071] Brésil, *Portal da Câmara dos Deputados*, PL 3514/2012, en ligne https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488 (consulté le 27 janvier 2025). D'ailleurs, un Projet de loi (PL n° 269/2004) sur l'application des normes juridiques avait été présenté afin de moderniser et d'adapter le droit privé brésilien à la nouvelle réalité du marché international. Celui-ci, inspiré de la Convention de Mexico, acceptait expressément la loi d'autonomie (art. 12), et, en l'absence de choix, établissait que la loi présentant les liens les plus étroits devrait régir le contrat. En dépit du fait d'avoir reçu un avis favorable de la « Commission de Constitution, Justice et Citoyenneté », il a été rejeté en 2010, étant finalement archivé le 7 janvier 2011. Cf. Brésil, PLS 269/2004, Senado Federal, en ligne https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/70201 (consulté le 27 janvier 2025).

[2072] Portaria CDESS/SRI/PR nº 1, de 16.12.2024, *DOU* 18.12.2024, Edição 243, Seção 2, p. 3. Pour une analyse historique des discussions, v. V. de Oliveira Mazzuoli, « Valor *per se* do Anteprojeto de Lei Geral de Direito Internacional Privado », *Revista dos Tribunais*, n° 114, vol. 1079, 2025, p. 177-195. L'Avant-projet est annexé à l'article. L'auteur considère l'Avant-projet de loi générale de droit international privé brésilien comme « un instrument juridique moderne et dynamique, capable de résoudre les problèmes actuels posés par les conflits de lois dans l'espace comportant un élément d'extranéité, et qu'il doit, par lui-même (*per se*), devenir un guide à suivre par les juges et tribunaux nationaux tant que n'interviennent pas son approbation par le Congrès et sa sanction présidentielle. » (Traduction libre du portugais).

[2073] Une commission de rédaction a été nommée pour la finalisation du texte, composée du ministre Luis Felipe Salomão (vice-président du STJ), M Gustavo Ferraz de Campos Monaco (professeur titulaire de la Faculté de droit de l'USP), Mme Carmen Tiburcio (professeure titulaire de la Faculté de droit de l'UERJ), Mme Ana Carolina Lima Costa (conseillère du Conseil de développement économique social durable de la Présidence de la République) et Mme Maria Rosa Guimarães Loula (secrétaire adjointe des affaires juridiques de la Présidence de la République). Cf. Portaria CDESS/SRI/PR nº 1, de 16.12.2024, *DOU* 18.12.2024, Edição 243, Seção 2, p. 3.

ou tacite, à condition qu'il soit sans équivoque » (alinéa 1), et « peut être modifié à tout moment, sous réserve des droits des tiers » (alinéa 2).

L'emploi de la formule « en cas d'abus » est curieux. Cette expression figurait déjà dans le premier projet de Convention de Mexico, élaboré conjointement par le Mexique et l'Uruguay, mais qui n'a finalement pas été retenu[2074]. Ce projet traduisait notamment la position réservée de l'Uruguay, opposée à une reconnaissance pleine de l'autonomie de la volonté contractuelle, considérant que celle-ci ne pouvait être admise en cas d'abus de l'une des parties sur l'autre. Cette orientation demeure, par ailleurs, toujours celle de la doctrine uruguayenne contemporaine, bien qu'aucune mention expresse ne figure dans la récente loi uruguayenne de 2020. La professeure Fresnedo de Aguirre s'est manifestée en ce sens à plusieurs occasions, affirmant que la validité de l'autonomie contractuelle ne saurait être reconnue lorsqu'une partie est économiquement vulnérable, y compris dans les relations entre commerçants et, notamment, dans le contexte des contrats asymétriques ou d'adhésion[2075]. Ce courant doctrinal, porté notamment par la professeure Fresnedo de Aguirre, a récemment conduit à l'élaboration d'un rapport et d'un guide de bonnes pratiques relatives à ce sujet, sous l'égide de l'OEA et de la direction de la professeure uruguayenne — nous y reviendrons[2076].

L'Avant-projet réglemente également l'utilisation de la *lex mercatoria*, en autorisant l'incorporation de certaines règles spécifiques de droit par les parties (art. 29, § 4)[2077]. En outre, le paragraphe 5 prévoit que « Le choix de la juridiction n'implique pas, à lui seul, le choix du droit applicable correspondant ». Et, le paragraphe 9 autorise le dépeçage lorsqu'il énonce que « Les parties ont la faculté de choisir le droit applicable à l'ensemble ou à une partie seulement du contrat, auquel cas il sera permis de désigner différents droits pour régir des parties spécifiques du contrat ».

Enfin, cette liberté n'est pas illimitée dans l'Avant-projet de loi générale. L'article 29, paragraphe 2, énonce le respect des lois de police (une innovation dans le système juridique brésilien), et définit ces normes, en s'inspirant du Règlement Rome I. Il prévoit encore que le choix de la loi applicable est soumis à certaines conditions, telles que l'absence d'« abus » (art. 29) et le respect de l'ordre public (art. 11), auquel il fournit une définition non exhaustive[2078].

[2074] V. *supra* n° 162.

[2075] C. Fresnedo de Aguirre, « La autonomía de la voluntad en la Contratación internacional y los principios Fundamentales en juego: Las novedades de la ley 19 920 », *op. cit.*, p. 224 et s.

[2076] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil:* desafíos inherentes y posibles soluciones, Informe y recomendaciones de buenas prácticas, CJI/doc. 683/23 rev.3. Washington, 12 décembre 2023. À ce sujet, v. *infra* n° 591 et s.

[2077] Pour une analyse de la solution de l'Avant-projet concernant la *lex mercatoria*, v. *infra* n° 491.

[2078] Pour une analyse de la solution de l'Avant-projet à ce sujet, v. *infra* n° 428.

*
* *

341. En conclusion, en nous fondant sur la jurisprudence et la doctrine majoritaire au Brésil, nous pouvons affirmer que la règle, dans le domaine du droit des contrats, est celle selon laquelle l'autonomie de la volonté est autorisée en droit brésilien (car elle n'est pas expressément interdite), sauf si celle-ci heurte la souveraineté, l'ordre public, les bonnes mœurs, ainsi que les normes de droit international public en vigueur dans l'État (p. ex., traités et coutumes internationales)[2079].

Bien que le droit brésilien ne reconnaisse pas explicitement la loi d'autonomie et qu'il existe des opinions divergentes, il semble indéniable, en se fondant sur l'évolution de la jurisprudence brésilienne, notamment la récente décision du STJ en 2016 (affaire *Mendes Júnior*), que la loi d'autonomie est désormais reconnue en matière de droit des contrats internationaux. Cette acceptation de la loi d'autonomie au Brésil ne repose pas sur le texte de la loi lui-même, mais plutôt sur la doctrine et la jurisprudence qui se réfèrent à d'autres sources de droit, telles que des normes de droit interne (p. ex., la Loi sur l'arbitrage), des normes internationales, comme celles des traités internationaux (p. ex., la Convention de Mexico) ou des conventions de droit uniforme (p. ex. la Convention de Vienne sur la vente de marchandises), du droit comparé (Règlement Rome I et Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises de 1986), ou encore du droit souple (comme les usages, coutumes, la *lex mercatoria* et les principes généraux, tels que la bonne foi et l'estoppel)[2080]. De plus, le nouvel Avant-projet de loi générale sur le droit international privé contribue à cette conclusion en démontrant l'actuelle concordance doctrinale sur l'acceptation du principe de l'autonomie de la volonté au Brésil.

En plus, comme cela a déjà été souligné, la distinction entre les différentes natures des normes (supplétives, facultatives, impératives et/ou prohibitives) n'a plus lieu d'être aujourd'hui en droit des contrats internationaux[2081]. Les parties ont donc, selon le système juridique brésilien, le droit de choisir la loi applicable à l'ensemble de leur contrat, tout en respectant les limites imposées par la *lex fori*, qui seront analysées plus bas[2082].

En ce qui concerne le régime de la loi applicable, bien que la loi actuelle soit silencieuse sur la question, les mêmes raisons qui soutiennent l'acceptation de la loi d'autonomie au Brésil suggèrent que les parties n'ont pas l'interdiction de désigner plusieurs lois applicables à la relation contractuelle, et même si celles-ci n'ont aucun lien direct avec les parties ou avec l'objet du contrat en question. Cela découle de la doctrine examinée et

[2079] V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *op. cit.*, p. 439.

[2080] *Ibid*, p. 453.

[2081] Sur ce sujet, v. *supra* n° 95 et s.

[2082] V. *infra* n° 415.

notamment de l'arrêt *Mendes Júnior* de 2016[2083]. En outre, pour les mêmes raisonnements, un choix tacite reste possible, mais, à notre avis, il faut s'assurer qu'il soit certain, ou comme indique l'Avant-projet de loi générale, « sans équivoque », afin d'assurer la sécurité et la prévisibilité juridiques.

Conclusions du Chapitre

342. Pour conclure, il est clair que l'autonomie de la volonté a été de plus en plus favorablement accueillie dans les législations nationales d'Amérique latine, même si certaines d'entre elles n'en font toujours pas mention explicitement. Cependant, de façon générale, même pour les pays qui acceptent l'autonomie de façon expresse, ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont approfondi davantage l'étendue et la mise en œuvre de ce principe, laissant ainsi subsister de grandes lacunes en la matière. Cette lacune dans le développement du droit latino-américain des contrats internationaux crée des incertitudes quant à la manière dont le principe d'autonomie de la volonté peut être appliqué dans la pratique. Cette absence de clarification peut entraîner des interprétations divergentes et des incertitudes quant à la validité et à la portée des choix de loi opérés par les parties dans les contrats internationaux, dans la plupart des pays de la région. Cela met en évidence la nécessité urgente d'une clarification et d'une consolidation des fondements théoriques et pratiques de ce concept.

En cas d'absence de choix (ou de la non-acceptation expresse d'un tel choix), il est essentiel d'analyser la manière dont les législations latino-américaines réglementent la désignation du droit applicable aux contrats internationaux.

CHAPITRE II — LE DROIT APPLICABLE EN L'ABSENCE DE CHOIX

343. En Amérique latine, les législations en vigueur en matière de conflits de lois conservent la traditionnelle distinction entre les règles relatives à la forme et celles portant sur le fond des contrats. Il s'est ainsi avéré plus rigoureux et pertinent d'aborder séparément la résolution des conflits de lois selon ces deux dimensions contractuelles : la loi applicable à la forme (Section 1), puis celle applicable au fond (Section 2).

[2083] V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *op. cit.*, p. 453-454.

Section 1 — Le droit applicable à la forme des contrats

344. Les pays latino-américains ont adopté des approches très diverses pour déterminer la loi régissant la forme des contrats. Certaines législations s'appuient uniquement sur la traditionnelle règle *locus regit actum* (§1), alors que d'autres sont plus souples et permettent également d'autres rattachements pour régir la forme (§2). Certains pays ont encore opté pour l'harmonisation des règles régissant la substance et la forme des contrats, tout en laissant aux parties la liberté de choix (§3).

Comme déjà observé, il existe un manque général de jurisprudence dans les pays latino-américains concernant la loi applicable aux contrats internationaux. Ce manque est particulièrement notable quant à la loi applicable à la forme de ces contrats[2084]. En l'absence d'un corpus solide de décisions judiciaires, il est difficile de prévoir comment ces normes pourraient être interprétées et appliquées dans chaque système juridique. Néanmoins, il convient d'analyser les normes de chacun des pays, ainsi que leur éventuelle interprétation et application locale.

§1 — Le principe *locus regit actum*

345. La majorité des États latino-américains attribue la détermination de la forme du contrat à la compétence de l'État dans lequel le contrat est conclu, conformément au principe du *locus regit actum*. Ces systèmes juridiques s'inspirent largement des sources communes, notamment du Code civil chilien élaboré par Andrés Bello, et comportent fréquemment des dispositions similaires, voire quasi identiques, à celles de ce dernier[2085].

[2084] Cf. recherche effectuée en Argentine (Cour suprême de justice, en ligne http://www.csjn.gov.ar/ ; et de manière plus générale sur : http://www.saij.gob.ar/home ; et www.diprargentina.com) ; en Bolivie (Tribunal suprême de justice et Tribunal constitutionnel, en ligne https://tsj.bo/ ; et http://www.tcpbolivia.bo/tcp/index.php) ; au Brésil (Tribunal suprême fédéral et Tribunal supérieur de justice, en ligne http://www.stf.gov.br/ ; et http://www.stj.gov.br/ ; et de manière plus générale sur https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/) ; au Chili (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poderjudicial.cl) ; en Colombie (Cour suprême et Cour constitutionnelle, en ligne http://www.cortesuprema.gov.co/ ; et http://www.corteconstitucional.gov.co/) ; au Costa Rica (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poder-judicial.go.cr/ ; et https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/) ; à Cuba (Tribunal suprême, en ligne http://www.tsp.cu/) ; au Salvador (Cour suprême de justice, en ligne https://www.csj.gob.sv/jurisprudencia/) ; en Équateur (Cour nationale de justice et Cour constitutionnelle, en ligne http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/ , et http://www.corteconstitucional.gob.ec/) ; au Guatemala (Cour suprême de justice, en ligne http://www.oj.gob.gt/csj/) ; au Honduras (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poderjudicial.gob.hn) ; au Mexique (Cour suprême, en ligne https://bj.scjn.gob.mx/) ; au Nicaragua (Cour suprême de justice, en ligne http://www.poderjudicial.gob.ni/) ; au Panama (Pouvoir judiciaire, en ligne https://www.organojudicial.gob.pa/registro-judicial) ; au Paraguay (Cour suprême de justice, en ligne http://www.pj.gov.py et https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/) ; au Pérou (Pouvoir judiciaire, en ligne, http://www.pj.gob.pe) ; en République dominicaine (Cour suprême de justice, en ligne http://www.suprema.gov.do/) ; en Uruguay (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poderjudicial.gub.uy) ; et au Venezuela (Tribunal suprême de justice, en ligne http://www.tsj.gov.ve/). Les mots-clés utilisés étaient les suivants : « contrato(s) internacional(es) » ; « ley aplicable » ; « derecho aplicable » ; « derecho internacional privado » ; « autonomía de la voluntad » ; « forma » (consulté le 14 août 2025).

[2085] Pour l'influence du Code civil chilien en Amérique latine, v. *supra* n° 29.

Parmi ces pays figurent notamment la Colombie, Cuba, El Salvador, l'Équateur, le Guatemala et le Honduras.

Parmi les États qui adoptent la règle *locus regit actum* pour régir la forme des contrats, seules les lois cubaine et guatémaltèque la présentent dans une forme de règle générale, qui s'applique à tous les contrats internationaux. Ainsi, l'article 13.1 du Code civil cubain dispose : « La forme des actes juridiques civils est régie par la législation du pays dans lequel ils sont réalisés »[2086]. De son côté, la législation du Guatemala prévoit que tant les formalités « extrinsèques » qu'« intrinsèques » des actes juridiques sont régies par la loi du lieu de conclusion du contrat (arts. 28 et 29 de la Loi sur le pouvoir judiciaire du Guatemala), sans pour autant préciser ce que comprend chacune des catégories[2087].

Les autres États qui suivent la maxime *locus regit actum* (Chili, Colombie, El Salvador, Équateur et Honduras) prévoient seulement des normes concernant la forme des actes publics ou authentiques, les soumettant au droit du lieu où ils ont été passés ou délivrés. Cependant, dans ces pays, aucune orientation n'existe quant à la loi applicable à la forme des contrats conclus par des instruments sous seing privé. Cette approche est celle adoptée par Bello dans le Code civil chilien à l'article 17 qui dispose : « La forme des actes authentiques est déterminée par la loi du pays dans lequel ils ont été établis »[2088]. Cette disposition a été reproduite littéralement, avec quelques adaptations de style, dans les Codes civils de la Colombie (arts. 21 et 22), du Salvador (arts. 17 et 18), de l'Équateur (arts. 16 et 17) et du Honduras (arts. 15 et 16)[2089].

Le Code civil chilien a également prévu une disposition sur la fonction probatoire des actes publics. Selon l'article 18 de ce Code : « Dans le cas où la loi chilienne exige des instruments publics pour les preuves qui doivent être présentées et doivent produire effet au Chili, les actes sous seing privé ne seront pas valables, quelle que soit leur force dans le pays où ils ont été établis »[2090]. Ce texte a été largement repris dans les codes civils d'inspiration chilienne, notamment en Colombie (art. 22), au Salvador (art. 18), en Équateur (art. 17) et au Honduras (art. 16)[2091]. En conséquence, dans ces juridictions, lorsque la législation nationale impose la forme d'un acte notarié, telle qu'une vente immobilière, un acte sous seing privé, réalisé à l'étranger à cette fin, ne sera pas reconnu et ne produira pas d'effet juridique.

[2086] Cuba, Loi n° 59, *Code civil*, 16 juillet 1987 (traduction libre de l'espagnol).

[2087] Les arts. 28 et 29 de la Loi sur le pouvoir judiciaire sont ainsi rédigés : « Art. 28 — Formalités externes des actes (*Locus regit actum*) : Les formalités extrinsèques des actes juridiques et contrats sont régies conformément à la loi du lieu où ils sont conclus ; Art. 29 — Forme de validité des actes (*Lex loci celebrationis*) : Les formalités intrinsèques des actes juridiques et contrats sont régies conformément à la loi du lieu où ils sont conclus ». Cf. Guatemala, Décret 2-89 du 10 janvier 1989, *Loi sur le pouvoir judiciaire* (traduction libre de l'espagnol).

[2088] Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol).

[2089] V. table comparative des législations nationales à l'Annexe 2.

[2090] Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol).

[2091] V. table comparative des législations nationales à l'Annexe 2.

§2 — Pluralité de lois compétentes

346. Outre le critère du lieu de conclusion du contrat, un second groupe d'États latino-américains retient également plusieurs autres facteurs pour déterminer la loi applicable à la forme des contrats, comme le lieu d'exécution, la loi applicable au fond, le domicile des parties, la volonté des parties, ou encore la loi interne. Ces juridictions adoptent une approche combinatoire, qui associe les divers facteurs de rattachement selon des modalités parfois cumulatives, parfois alternatives. Ce groupe comprend notamment l'Argentine, le Pérou, la République dominicaine, le Venezuela, le Costa Rica, le Brésil, le Mexique, le Nicaragua et l'Uruguay.

Pendant qu'en Argentine la loi du lieu de conclusion partage sa compétence avec la loi applicable au fond de façon cumulative (A), la République dominicaine, le Venezuela, le Pérou et le Costa Rica adoptent un éventail large de rattachements alternatifs pour régir la forme des contrats (B). En outre, au Brésil, au Mexique et au Nicaragua, les lois nationales accordent une place importante à la *lex fori* lors de la détermination de la loi régissant la forme (C) ; enfin, l'Uruguay a suivi l'approche du Traité de Montevideo de 1940, en opérant une séparation entre les formes instrumentales et les éléments de publicité et d'enregistrement (D).

A. Application cumulative de la loi du lieu de conclusion et de la loi applicable au fond : le cas de l'Argentine

347. En droit argentin, la détermination de la forme des contrats est soumise concurremment à la loi du lieu de conclusion et à la loi régissant le fond de l'acte, la primauté étant toutefois reconnue à la *lex loci conclusionis*.

L'article 2649 du Code civil et commercial dispose que « Les formes, les solennités, la validité ou la nullité des actes juridiques, ainsi que la nécessité de publicité, sont régies par les lois et les usages du lieu où les actes ont été conclus, établis ou délivrés »[2092]. Cependant, l'alinéa 2 de cet article ajoute une condition supplémentaire : lorsque la loi applicable au fond exige une « certaine qualité formelle », il faut s'assurer que la forme réalisée correspond à celle exigée par cette loi. Par conséquent, si la législation régissant la substance d'un accord impose une formalité particulière, telle qu'un acte notarié pour l'achat d'un bien immobilier, cette formalité doit être respectée pour que l'accord soit valide sur le plan de la forme.

En outre, l'article 2667 du Code civil et commercial établit des règles spécifiques régissant la forme des contrats portant sur des droits réels relatifs à des immeubles situés sur le territoire national, imposant la primauté de la loi argentine. Selon cet article : « Les

[2092] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

contrats conclus dans un pays étranger pour transférer des droits réels sur des immeubles situés dans la République ont la même force que ceux conclus sur le territoire de l'État, à condition qu'ils soient constatés par des actes publics et présentés légalisés »[2093]. Cette disposition constitue ainsi une véritable loi de police nationale, s'imposant indépendamment de la loi applicable au contrat ou du lieu de sa conclusion.

Malgré les incertitudes, une lecture littérale de l'article 2646 amène à considérer que la loi du lieu de conclusion est le principe régissant la forme des contrats et, exceptionnellement, que la loi applicable au fond s'appliquera. Cette dernière s'applique dans deux situations bien précises. D'abord, lorsqu'elle exige une forme particulière. Ensuite, dans le cas de contrats conclus entre des parties se trouvant dans des États différents, à défaut de l'application de la loi du pays d'où émane l'offre.

Cependant, la doctrine argentine a interprété cet article de manière très libérale. Selon le professeur et ancien juge argentin Antonio Boggiano, en l'absence d'application des lois de police, l'article 2649 permet aux parties de choisir une autre loi que celle qui s'applique au fond du contrat pour déterminer sa forme[2094]. Selon lui, les parties seraient, ainsi, seulement « autorisées » à ajuster la forme de leurs contrats au droit du lieu de conclusion, mais elles peuvent également la soumettre à une autre loi, que ce soit celle qui régit le fond du contrat ou une autre[2095].

À ce sujet, l'arrêt de la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal* du 18 juin 2018 est intéressant. Bien que la décision se fonde sur l'ancien Code civil, des comparaisons explicites sont établies avec le régime actuel du Code civil et commercial, dont l'application pourrait conduire à un résultat identique[2096]. Dans cette affaire, la loi argentine a été invoquée à la fois pour qualifier la nature du contrat et pour justifier le caractère suffisant d'une formalisation purement consensuelle pour valider ledit contrat. La Cour d'appel argentine souligna que, concernant la loi régissant la forme des contrats internationaux, le principe énoncé est que la loi du lieu de conclusion régit la forme de l'acte (*locus regit actum*), mais souligna que la formule du Code civil est ambiguë[2097].

Pour déterminer la loi applicable à la forme, la Cour précise d'abord que l'ancien Code civil, tout comme l'article 2649 de l'actuel Code civil et commercial, identifie la loi régissant la forme comme étant celle du lieu où l'acte est conclu, établi ou délivré. Puis, reconnaissant qu'il n'y a aucune indication sur le lieu de conclusion de l'acte dans l'affaire en question, la Cour considéra qu'il pourrait s'agir d'un contrat conclu entre absents. La Cour souligna la lacune existante dans l'ancien Code civil sur ce sujet, et expliqua que celle-ci est souvent comblée par les règles de l'article 42 du Traité de droit civil de

[2093] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2094] V. A. *Boggiano, Tratado de Derecho Internacional Privado, t. 2, op. cit.,* p. 323.

[2095] *Ibidem*.

[2096] Argentine, CNCom., sala A, *Estudio GF S.A. c. ATEC S.A. s. ordinario. 2° instancia*, 18 juin 2018.

[2097] *Ibidem*.

Montevideo de 1940, qui prévoit l'application de la loi du lieu d'où partait l'offre acceptée. Cette solution, comme le rappela la Cour, est désormais prévue par l'article 2651 du Code civil et commercial, qui indique que la conclusion des contrats entre absents est régie par la loi du lieu d'où part l'offre acceptée[2098]. En concluant, la Cour nota que, dans ce cas précis, l'existence d'un contrat n'a pas été prouvée. Toutefois, en raison d'une réponse spécifique qui laisse entendre une proposition provenant de Buenos Aires, la Cour d'appel argentine conclut qu'il serait envisageable d'appliquer le droit argentin du lieu où l'offre supposée a été émise, afin de déterminer si le contrat a été valablement formalisé. En application du droit national, la Cour rejeta l'appel et conclut que le demandeur n'a pas été en mesure de prouver l'existence de la relation contractuelle en question[2099]. Aucune référence n'est faite à la loi du for, qui s'appliquerait à défaut de la loi d'origine de l'offre, conformément à l'alinéa 3 de l'article 2649.

B. Rattachements alternatifs : le cas de la République dominicaine, du Venezuela, du Pérou et du Costa Rica

348. En République dominicaine, au Venezuela ainsi qu'au Pérou, le droit international privé consacre une règle de conflit de lois à orientation matérielle, entendue comme une règle destinée à garantir la réalisation d'un résultat matériel déterminé[2100]. Ces règles sont fondées sur des facteurs de rattachement alternatifs dont l'objectif principal est d'assurer la validité formelle du contrat. Néanmoins, en République dominicaine et au Venezuela, la pluralité des législations susceptibles de gouverner la forme des actes juridiques apparaît plus étendue que celle reconnue par l'ordre juridique péruvien. En outre, de façon un peu différente, la loi du Costa Rica permet aux parties de choisir la loi applicable, tout en limitant ce choix à des lois bien déterminées.

349. Selon l'article 68 de la Loi n° 544-14 sur le droit international privé de la *République dominicaine*, la forme des contrats est soumise soit à la loi applicable au fond,

---

[2098] Concernant une décision de première instance adoptant une solution différente sur le régime de l'ancien Code civil argentin, v. Juz. Nac. Com. 13, Secretaría 26, *Ocerín, José Pascual, c. Talleres Auxiliares de la Industria Minera (TAIM)*, 12 avril 1976. Cette décision accepta le choix des parties pour régir la loi applicable à la forme, et, en son absence, applique la loi la plus favorable à la validité du contrat conclu entre absents, conformément à la rédaction de l'ancien art. 1181 du Code civil, élaboré par Dalmacio Vélez Sársfield et adopté le 1er janvier 1871. Cet article disposait le suivant : « La forme des contrats entre absents, s'ils sont conclus par un acte sous seing privé signé par l'une des parties, sera déterminée par les lois du lieu indiqué à la date de l'acte. S'ils sont conclus par des actes sous seing privé signés dans différents lieus, ou par l'intermédiaire d'agents, ou par correspondance épistolaire, leur forme sera déterminée par les lois les plus favorables à la validité du contrat. » (Traduction libre de l'espagnol).

[2099] Argentine, CNCom., sala A, *Estudio GF S.A. c. ATEC S.A. s. ordinario. 2° instancia*, 18 juin 2018.

[2100] Selon les termes du professeur Paul Lagarde, ce sont des « règles de conflit de lois inspirées de préoccupations de droit matériel ou plutôt de règles de conflit dont le but avoué est de désigner l'ordre juridique qui permettra le plus sûrement d'obtenir le résultat matériel voulu par l'auteur de la règle de conflit ». Cf. P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 57. Sur les règles de conflit à coloration matérielle, *v.*, en particulier, P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 57 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 228 ; et Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 240 et s.

soit à la loi du lieu de conclusion, ou encore à celle du lieu d'exécution. Selon cet article : « Un contrat conclu entre des parties se trouvant dans le même État sera valide, en ce qui concerne la forme, s'il satisfait aux exigences établies par le droit qui régit ledit contrat, selon l'article 58 ou aux exigences fixées par le droit de l'État où il est conclu, ou encore par le droit de l'État du lieu de son exécution »[2101]. Ainsi, en République dominicaine, un contrat conclu entre personnes présentes sera valide quant à la forme si l'une des lois suivantes le valide : la loi choisie par les parties pour régir le contrat (conformément à la disposition de l'article 58 auquel il fait référence), la loi du lieu de conclusion ou la loi du lieu de l'exécution du contrat.

Cet article établit encore une règle spéciale avec des rattachements alternatifs pour les contrats conclus entre absents. En effet, selon le paragraphe unique de l'article 68, le contrat sera valide en ce qui concerne la forme s'il satisfait à l'une des conditions suivantes : les exigences de la loi choisie par les parties, celles du lieu de l'origine de l'offre ou du lieu de l'acceptation, ou celles de la loi du lieu de son exécution[2102].

350. De la même manière, au *Venezuela*, la Loi sur le droit international privé désigne différentes lois pour régir la validité formelle d'un contrat international. En vertu de l'article 37 de la législation vénézuélienne, un acte juridique est considéré comme valide s'il respecte les exigences de l'une des législations suivantes : celle de l'État où il a été conclu, celle qui régit son contenu (qui peut être la législation choisie par les parties, ou en l'absence d'une telle désignation, par la législation présentant les liens les plus étroits avec le contrat, conformément à l'article 30), ou encore, celles de l'État du domicile de chacune des parties contractantes, ou de leur domicile commun[2103].

En application de l'article 37, la Cour suprême du Venezuela affirma, dans un arrêt rendu le 17 mars 2023, que la validité des actes juridiques dépend du respect d'au moins une des réglementations prévues par cette norme. Dans le cas d'espèce, la Cour considéra que, puisque les deux parties étaient domiciliées au Venezuela, la lettre de change, objet du litige, « sera valable en vertu du troisième alinéa de l'article 37 », c'est-à-dire selon le domicile commun des parties. La Cour appliqua ainsi la loi vénézuélienne du domicile commun des parties pour régir la forme de l'acte, plus précisément les conditions formelles posées par les articles 410 et 411 du Code de commerce vénézuélien, normes applicables en matière de lettre de change[2104].

[2101] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

[2102] *Ibidem*.

[2103] « Art. 37 : Les actes juridiques sont valides, en ce qui concerne la forme, s'ils satisfont aux exigences requises dans l'un des ordres juridiques suivants : 1. Celui du lieu de la célébration de l'acte ; 2. Celui qui régit le contenu de l'acte ; ou 3. Celui du domicile du signataire ou du domicile commun des signataires. » Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé*.

[2104] Venezuela, TSJ, Sala de Casación Civil, *Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona C.A y outro*, Recurso de Casación, Expediente 22-071, n° 000090,17 mars 2023 (traduction libre de l'espagnol).

351. D'autre part, au *Pérou*, selon l'article 2094 du Code civil, la forme des actes juridiques est soumise à deux lois de manière alternative. Selon cet article, la forme sera régie « par la loi du lieu où ils sont établis *ou* par la loi qui régit la relation juridique objet de l'acte »[2105], à l'exception des actes établis devant des fonctionnaires diplomatiques ou consulaires, pour lesquels les formalités établies par la loi péruvienne doivent être observées[2106]. Par conséquent, le contrat sera valable quant à la forme s'il est conforme soit à la loi du lieu de sa conclusion, soit à celle qui le régit quant au fond.

352. Enfin, au *Costa Rica*, la législation prévoit expressément que les parties peuvent choisir la loi applicable à la forme et « aux solennités extérieures d'un contrat »[2107]. Toutefois, le choix se limite à trois lois désignées par l'article 28 du Code civil : la loi costaricienne, celle du lieu d'exécution du contrat ou celle du lieu de sa conclusion. Selon cet article, en ce qui concerne « la forme et les solennités extérieures d'un contrat ou d'un acte juridique qui doit prendre effet au Costa Rica, la partie contractante ou les parties contractantes peuvent se soumettre à la loi costaricienne ou à la loi du pays où l'acte, ou le contrat, est exécuté ou conclu »[2108].

Rien n'est ainsi prévu pour orienter les juges dans la désignation de la loi applicable à la forme des contrats en cas d'absence de choix fait par les parties. Toutefois, il nous paraît logique que, si les parties ont le choix entre ces trois lois, le juge puisse choisir également l'une d'entre elles pour régir la forme, en désignant celle qui favorise le plus la validité du contrat.

En outre, le dernier alinéa de cet article énonce une règle similaire à celle de l'article 18 du Code civil chilien, qui a servi de base à sa rédaction. Selon cet alinéa : « Dans les cas où la législation costaricienne exige un acte public, les actes sous seing privé ne seront pas valables, quelle que soit leur force dans le pays où ils ont été établis »[2109].

353. En définitive, l'examen comparatif révèle que si les droits du Pérou, de la République dominicaine, du Venezuela et du Costa Rica partagent une même finalité de *favor validitatis* en matière de validité formelle des contrats, l'amplitude des rattachements admis diffère sensiblement. Le droit péruvien se montre relativement restrictif en se limitant à la loi du lieu de conclusion et à la loi applicable au fond. La République dominicaine, et plus encore le Venezuela, adoptent une approche nettement plus libérale en matière de rattachement, en multipliant les critères de rattachement susceptibles de déterminer la loi applicable. En République dominicaine, les lois susceptibles de régir la forme s'étendent à la loi du lieu de conclusion, à celle du lieu d'exécution du contrat ainsi

[2105] Pérou, Décret législatif n° 295, *Code civil*, 24 juillet 1984 (traduction libre de l'espagnol. Italiques de l'auteur).

[2106] *Ibidem*.

[2107] Costa Rica, Loi n° 63, *Code civil*, 28 septembre 1887 (traduction libre de l'espagnol).

[2108] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2109] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

qu'à la loi expressément choisie par les parties. Au Venezuela, au-delà de la loi du lieu de conclusion et de la loi applicable au fond du contrat, est également retenue la loi du domicile de chacune des parties contractantes ainsi que celle de leur domicile commun. Le Costa Rica, quant à lui, adopte une position intermédiaire. Il ménage une certaine autonomie de choix pour les parties, mais dans un cadre défini très strictement. En effet, il limite le rattachement à trois options précises : la loi du lieu d'exécution du contrat, celle de sa conclusion et la loi du for. Il ressort de cette comparaison que la tendance générale est d'assurer la validité des actes par la souplesse des rattachements, mais que chaque ordre juridique conserve sa propre conception de l'équilibre à atteindre avec le choix des facteurs de rattachement variés.

C. L'importance de la *lex fori* : le cas du Brésil, du Mexique et du Nicaragua

354. La *lex fori* occupe une place importante pour régir la forme des contrats au Brésil, au Mexique et au Nicaragua. Alors que cette règle est impérative au Brésil, elle laisse tout de même une place à la compétence de la loi étrangère applicable en ce qui concerne les « exigences extrinsèques de l'acte ». En revanche, tant au Mexique qu'au Nicaragua, le principe de la *lex fori* est considéré comme une règle facultative. Elle offre la possibilité aux parties de choisir la loi du for dans certaines circonstances, tout en érigeant la loi du lieu de conclusion comme la règle de principe applicable à la forme des contrats.

355. Au *Brésil*, l'article 9 de la Loi d'introduction aux normes du droit brésilien établit une norme unilatérale impérative pour l'application de la loi brésilienne concernant la forme des actes exécutés sur le territoire brésilien, lorsque la loi brésilienne requiert une forme spécifique. Cependant, cet article reconnaît, de manière assez vague, la possibilité de prendre en compte les particularités de la loi étrangère en ce qui concerne les « exigences extrinsèques de l'acte ». Selon le paragraphe 1er de l'article 9 cité : « Si l'obligation est destinée à être exécutée au Brésil et si elle dépend d'une forme essentielle, celle-ci sera observée, en admettant, toutefois, les particularités de la loi étrangère en ce qui concerne les exigences extrinsèques de l'acte »[2110].

Comme l'a souligné la professeure Maria Helena Diniz, « Une obligation contractée à l'étranger sera régie par la loi de son lieu de constitution (*locus regit actum*) quant aux exigences extrinsèques, même si, après la conclusion, son exécution se fait au Brésil, auquel cas, selon l'article 9, paragraphe 1, de la LINDB, la forme essentielle requise par la loi brésilienne doit être respectée lorsque celle-ci la juge indispensable à la validité de l'acte ». Et, elle précise : « Il ne faut pas oublier que les contrats non exécutables au Brésil, mais susceptibles d'y être invoqués, ne sont pas soumis à l'art. 9, paragraphe 1, et

[2110] Brésil, Decreto-Lei nº 4 657, 4 septembre 1942 (traduction libre du portugais).

doivent suivre le *locus regit actum* »[2111]. Dans une position plus libérale, le professeur Valerio de Oliveira Mazzuoli admet que, dès lors que l'on accepte implicitement le principe de l'autonomie au Brésil[2112], le principe du *locus regit actum* énoncé à l'article 9 n'empêcherait pas les parties de choisir une autre loi pour régir la forme des contrats, sous réserve des limites imposées par la loi interne[2113].

Le sujet a été peu approfondi par la jurisprudence. Toutefois, le Tribunal supérieur de justice a déjà affirmé que, en conformité avec l'article 9 de la LINDB, « la loi étrangère doit être appliquée sur le territoire national par le juge brésilien […] *tout en respectant toutefois la législation nationale en ce qui concerne les formes* et procédures »[2114].

Les ambiguïtés présentes dans la LINDB ont été clarifiées par le récent Avant-projet de loi générale sur le droit international privé (2025)[2115]. Son article 28 prévoit désormais que « les actes juridiques doivent respecter les formalités prescrites par la loi du lieu de leur conclusion, ou par celle du domicile de l'une quelconque des parties, ou encore par celle du lieu de leur exécution, ou enfin par la loi applicable au fond de la situation ou de la relation juridique »[2116]. L'article propose, ainsi, une pluralité de critères de rattachement susceptibles de régir la forme des actes et des contrats, favorisant une plus grande souplesse et facilitant la validité des accords dans des contextes internationaux. De plus, dès lors que cet Avant-projet reconnaît expressément l'autonomie de la volonté, la forme des contrats pourrait également être considérée comme valable lorsque la loi expressément choisie par les parties le permet.

356. De manière différente, le Code civil fédéral du *Mexique* désigne la loi du lieu de conclusion comme règle principale, tout en laissant une place importante à la *lex fori* pour les contrats exécutés dans le pays. Selon l'article 13, IV, dudit Code, la forme des actes juridiques est régie par la loi du lieu où ils sont conclus, mais il est encore possible de les soumettre « aux formes prescrites par le présent code lorsque l'acte doit produire des effets dans le District fédéral, ou dans la République pour les matières fédérales »[2117]. Même si l'article n'est pas exprès en ce sens, la doctrine mexicaine estime que les parties

---

[2111] M.H. Diniz, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada*, 18ᵉ éd., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 331 (traduction libre du portugais).

[2112] Sur l'acceptation de l'autonomie de la volonté au Brésil, v. *supra* n° 322.

[2113] V. V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.,* p. 406-407, pour qui cette règle est facultative, pouvant être librement déterminée par la volonté des parties.

[2114] Brésil, STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n° 1 343 290/SP, 20 août 2019, DJe 23 août 2019.

[2115] Portaria CDESS/SRI/PR nº 1, de 16.12.2024, *DOU* 18.12.2024, Edição 243, Seção 2, p. 3. La première publication du projet (en portugais) figure en annexe de l'article du professeur Valerio de Oliveira Mazzuoli, « Valor *per se* do Anteprojeto de Lei Geral de Direito Internacional Privado », *Revista dos Tribunais*, n° 114, vol. 1079, 2025, p. 184-195.

[2116] (Traduction libre du portugais).

[2117] « Art. 13, IV — La forme des actes juridiques est régie par la loi du lieu où ils sont conclus. Toutefois, ils peuvent être soumis aux formes prescrites par le présent code lorsque l'acte doit produire des effets dans le District fédéral, ou dans la République pour les matières fédérales ». Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol).

peuvent, en application du principe de l'autonomie de la volonté, désigner une loi différente de celle du lieu de conclusion pour régir la forme des contrats[2118].

357. Le Code civil du Nicaragua contient une disposition semblable à celle du Code civil mexicain, mais elle accorde une place importante à la volonté des parties et ce de façon explicite. Selon le Code civil nicaraguayen, la forme des contrats est soumise à la loi de l'État du lieu où ils sont conclus. Néanmoins, « les Nicaraguayens ou les étrangers résidant hors de la République restent libres de se soumettre à la forme ou aux solennités prescrites par la loi nicaraguayenne, dans les cas où l'acte doit être exécuté dans la République elle-même » (Titre Préliminaire, § II — Effets de la loi, Paragraphe VI)[2119].

D. Séparation entre les formes instrumentales et les éléments de publicité et d'enregistrement : le cas de l'Uruguay

358. La nouvelle législation de l'Uruguay est assez unique. Elle a continué de suivre les directives des Traités de Montevideo, notamment celles de l'article 36 du Traité de 1940[2120]. En effet, la Loi générale de droit international privé uruguayenne distingue entre la « qualité » du document, les « formes instrumentales » et « l'enregistrement et la publicité », renvoyant à des lois spécifiques pour régir chacune de ces catégories.

Selon l'article 43 de ladite loi, la qualité du document nécessaire à la validité et l'efficacité de ces actes (p. ex., l'exigence d'un acte notarié) seront déterminées par la loi applicable à la substance (alinéa 1), mais « les formes instrumentales des actes juridiques », c'est-à-dire « la manière dont le document public ou privé doit être rédigé »[2121], seront régies par « la loi du lieu où ils sont conclus ou établis » (alinéa 2). Cette règle maintient la solution traditionnelle consacrée à l'ancien Code civil, ainsi qu'à l'art. 36.2 du Traité de Montevideo de 1940. D'autre part, « l'enregistrement et la publicité seront régis par la loi de chaque État » (alinéa 3)[2122]. Cette règle est également identique à celle de l'article 36 du Traité de Montevideo de 1940, et s'explique, car « l'organisation des registres publics est toujours territoriale, et que les formes de publicité, bien qu'elles ne se limitent pas aux registres, y sont généralement associées »[2123].

[2118] L. Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado: parte general, op. cit.*, p. 349-350.

[2119] Nicaragua, *Code civil*, 11 décembre 2019 (traduction libre de l'espagnol).

[2120] Sur l'interprétation de cet article, v. *supra* n° 172.

[2121] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 185-186 (traduction libre de l'espagnol).

[2122] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[2123] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 185-186 (traduction libre de l'espagnol).

En outre, il convient de noter la disposition de l'article 47 concernant les contrats à distance. Cet article établit que « La perfection (*el perfeccionamiento*) des contrats conclus à distance est régie par la loi de la résidence habituelle ou de l'établissement de la personne à laquelle l'offre acceptée a été adressée »[2124]. Comme l'expliquent les professeurs Cecilia Fresnedo de Aguirre et Gonzalo Lorenzo Idiarte, l'article, à l'instar de ses sources, utilise le terme « perfection » uniquement pour se référer au « consentement » des parties ; les autres éléments nécessaires à la validité du contrat restent régis par les règles générales applicables aux contrats. Cette précision est, selon les professeurs cités, d'une importance particulière, « dans la mesure où la doctrine civiliste uruguayenne considère traditionnellement les éléments essentiels à la validité des contrats — parmi lesquels figure le consentement — comme formant également les éléments essentiels au *perfectionnement* du contrat »[2125].

À la différence des Traités de Montevideo, qui établissent comme point de rattachement le « lieu d'où émane l'offre » (Traité de 1889, art. 37) et le « lieu d'où émane l'offre acceptée » (Traité de 1940, art. 42), la nouvelle loi uruguayenne, pour sa part, opte dans l'article 47 pour un rattachement fondé sur la « résidence habituelle » ou « l'établissement » de la personne de qui est partie l'offre acceptée. Ce changement partiel de solution visait à faciliter la détermination du point de rattachement, notamment dans le cadre des contrats conclus par voie électronique. Ainsi, la loi du pays de résidence habituelle ou d'établissement de l'émetteur de l'offre acceptée déterminera le moment où le consentement est considéré comme donné et si cette manifestation de volonté nécessite ou non une réception, par exemple, ainsi que le moment où un éventuel retrait de la volonté contractuelle pourrait se produire, entre autres aspects[2126].

§3 — Unification des lois applicables à la forme et au fond et le rôle de la volonté des parties

359. Certains États latino-américains ont choisi d'unifier les règles applicables au fond et à la forme et de donner aux parties une plus grande latitude pour sélectionner la loi régissant la forme des contrats qu'elles concluent. C'est le cas du Paraguay et du Panama.

360. Au *Paraguay*, la Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux unifie la loi applicable à la forme et au fond. Cette loi dispose que la loi applicable au contrat, qui peut être librement choisie par les parties, régit également « la validité et les conséquences de la nullité du contrat » (article 13, e), tout en précisant que cela « n'exclut pas l'application de tout autre droit qui confirme la validité formelle du contrat » (alinéa 2 de

[2124] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (Traduction libre de l'espagnol).

[2125] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 192-193 (traduction libre de l'espagnol).

[2126] *Ibid*, p. 185-186 (traduction libre de l'espagnol).

l'article 13)[2127]. Ainsi, la loi paraguayenne favorise au maximum la validité formelle du contrat, en ouvrant considérablement les possibles lois applicables pour régir la forme des contrats.

Toutefois, l'article 15 de la loi paraguayenne, aligné avec l'article 16 de la Convention de Mexico, établit une règle spéciale relative à l'inscription et à la publicité des contrats. Selon cet article : « Si, dans un État, l'inscription ou la publication de certains contrats est exigée, ces actes seront régis par le droit de cet État »[2128]. Comme l'explique le professeur Díaz Labrano, les obligations contractuelles portant sur des droits réels sont en principe soumises à un régime de publicité propre à chaque État. Ces lois, de nature impérative, doivent, ainsi, selon lui, nécessairement être appliquées afin que l'acte ou l'obligation produise des effets à l'égard des tiers et que l'acte ou l'obligation revête une portée *erga omnes*[2129].

361. De façon semblable, mais un peu plus limitée, le *Panama* réunit la loi applicable au fond et à la forme. Selon l'article 71 du Code de droit international, « L'existence et la validité du contrat ou de l'une de ses dispositions seront régies par le droit applicable au contrat. Cependant, le consentement de chacune des parties sera soumis à la loi de leur statut personnel respectif »[2130]. Ainsi, selon cet article, la forme des contrats sera régie par la loi applicable au fond du contrat à l'exception du consentement des parties, soumis à la loi personnelle de chaque partie.

En outre, l'article 75 du Code de droit international privé présente une formulation qui soulève certaines difficultés d'interprétation au regard de sa cohérence avec les autres dispositions du Code. Cette disposition énonce que : « La nullité des contrats en ce qui concerne leur forme est régie par la loi qui régit la forme de ces contrats. La nullité qui affecte la partie substantielle du contrat est régie par la loi applicable au contrat conformément à ce que prévoit l'article 69 »[2131]. L'article 69, auquel il se réfère, traite de la loi applicable au fond des contrats. Comme nous le verrons par la suite[2132], elle est la loi désignée par les parties, ou, en leur absence, celle qui présente les liens les plus étroits, ou encore, à défaut, la loi du for.

La première difficulté tient à la délimitation entre ces deux catégories de nullité, d'autant que le législateur panaméen ne précise pas le domaine de la loi du contrat (en tout cas, pas dans le Code de droit international privé). L'article 71 du Code de droit international privé

[2127] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

[2128] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2129] R. Díaz Labrano, « Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley nº 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay », *op. cit.*, p. 292-293.

[2130] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

[2131] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2132] V. *infra* n° 392.

se borne à soumettre les questions d'existence et de validité du contrat à la loi du contrat (*lex contractus*, applicable au fond), tout en excluant expressément le consentement des parties de son champ d'application. Cette formulation suscite des interrogations terminologiques susceptibles d'engendrer des solutions divergentes selon l'interprétation adoptée, notamment pour qualifier une nullité de « formelle » ou de « substantielle ». L'on peut s'interroger, au demeurant, sur la pertinence de dissocier la loi régissant la forme de celle régissant le fond. Or, dans l'hypothèse où la loi régissant la forme coïnciderait avec celle régissant le fond (existence et validité), la distinction laborieusement établie se trouverait privée de toute portée pratique. Cette constatation renforce l'impression d'une rédaction qui, bien que techniquement élaborée, alourdit inutilement le texte sans apporter de véritable plus-value normative.

Commentant l'article 75, les professeurs Gilberto Boutin, Raúl Aparicio Alba et Francisco Flores Villa, expliquent seulement que « La nullité de forme et de fond est soumise à la loi qui la sanctionne, le tout en concordance avec le régime contractuel des contrats prévu à l'article 69 »[2133]. Mais la réponse peut, en réalité, se trouver dans le Code civil panaméen de 1916, toujours en vigueur. S'agissant du domaine de la *lex contractus*, le professeur Boutin renvoie à l'application de l'article 8 de ce Code, disposition qu'il qualifie d'impérative au Panama (loi de police)[2134]. Cet article 8 établit que, lorsque les lois panaméennes exigent des actes authentiques pour les preuves destinées à être produites et à déployer leurs effets au Panama, les actes sous seing privé demeurent invalides, indépendamment de la force probante qui leur est reconnue dans le pays où ils ont été établis[2135].

Par ailleurs, l'article 6, alinéa 3, du même Code dispose que « les effets des contrats conclus dans un pays étranger pour être exécutés au Panama seront régis par les lois panaméennes »[2136]. L'article 7, dans une apparente contradiction avec les articles du Code de droit international privé précités, précise quant à lui que « la forme et les solennités des contrats » sont déterminées « par la loi du pays où ils sont passés, à moins que, lorsqu'il s'agit d'actes ou de contrats devant être exécutés, ou produire effet au Panama, les parties ne préfèrent se soumettre à la loi panaméenne »[2137]. Et, cette disposition précise : « Mais, en tout état de cause, l'authenticité de ces actes, contrats ou instruments se prouve

[2133] G. Boutin, R. Aparicio Alba, F. Flores Villa, *Panamá, Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá*, Panamá, Jurídica Pujol, 2022, p. 43.

[2134] G. Boutin, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 676.

[2135] « Article 8. Dans les cas où les lois panaméennes exigent des actes publics comme moyens de preuve destinés à être produits et à déployer leurs effets au Panama, les actes sous seing privé ne seront pas valables, quelle que soit la force qui leur est reconnue dans le pays où ils ont été établis ». Panama, *Code civil*, Loi n° 2 du 22 août 1916 (traduction libre de l'espagnol).

[2136] « Article 6. Les biens situés au Panama sont soumis aux lois panaméennes, même si leurs propriétaires sont des étrangers et ne résident pas au Panama. Cette disposition s'entend toutefois sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement conclus dans un pays étranger. Mais les effets des contrats conclus dans un pays étranger pour être exécutés au Panama seront régis par les lois panaméennes ». Panama, *Code civil*, Loi n° 2 du 22 août 1916 (traduction libre de l'espagnol).

[2137] Panama, *Code civil*, Loi n° 2 du 22 août 1916 (traduction libre de l'espagnol).

conformément aux règles établies par le Code judiciaire. La forme renvoie aux formalités externes, tandis que l'authenticité concerne le fait qu'ils ont été réellement passés et autorisés par les personnes indiquées, et de la manière exprimée dans ces instruments »[2138]. Comment convient-il d'articuler ces dispositions avec celles du Code de droit international privé ?

Selon le professeur Boutin, l'article 6, alinéa 3 du Code civil constitue également une disposition impérative. Il précise à cet égard que : « Évidemment, la norme en question entend indiquer que les effets de caractère impératif seront soumis aux lois panaméennes chaque fois que la matière traitée sera de caractère impératif ou d'exécution forcée, ou encore, qu'elle sera régie dans la sphère des lois d'application immédiate »[2139]. Cette disposition ne remet toutefois pas en cause la validité du principe d'autonomie de la volonté des parties, selon le professeur panaméen. Ainsi, « un meuble ou un immeuble situé au Panama peut être soumis à une loi péruvienne quant à l'autonomie de la volonté des parties, c'est-à-dire aux conditions ou au mode de paiement », mais « les effets impératifs », tels que son enregistrement, le régime de transfert, ou la « validité substantielle du consentement des parties quant au choix de la loi applicable », seront régis par les normes impératives désignées comme telles par le droit panaméen[2140].

À notre avis, l'article 7 du Code civil panaméen ne devrait pas non plus faire obstacle au principe d'autonomie de la volonté ni imposer systématiquement l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat (*lex locus regit actum*)[2141]. Lorsque les parties ont exercé leur faculté de désignation de la loi applicable au contrat, cette loi devrait régir également ses conditions de forme (« existence » et « validité », conformément à l'article 71 du Code de droit international privé). Dans cette perspective, l'article 71 du Code de droit international privé panaméen, en tant que disposition postérieure et spéciale, devrait prévaloir sur les dispositions du Code civil. Logiquement, cette solution doit trouver sa limite dans l'application des règles impératives panaméennes, notamment celles qui imposent des exigences de forme ou des solennités particulières pour certains actes juridiques.

Le professeur Boutin soutient que le droit international privé panaméen consacre le principe de liberté de forme, sous réserve du respect des règles d'ordre public interne[2142]. Toutefois, il précise que la règle *locus regit actum*, énoncée à l'article 7 du Code civil panaméen, ne revêt pas un caractère impératif ni absolu. En effet, selon lui, cette règle « de formalité intrinsèque » cède devant les exigences des « lois d'application immédiate » ou

---

[2138] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2139] G. Boutin, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 677 (traduction libre de l'espagnol).

[2140] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2141] Par ailleurs, le professeur Gilberto Boutin avait identifié dans l'article 7 du Code civil une reconnaissance implicite du principe de l'autonomie de la volonté. V. G.I. Boutin, « El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño », *op. cit.*, p. 207 : « L'on observe que la disposition conflictuelle conjugue à la fois la *lex solutionis* et la règle de l'autonomie en matière de contrats en se référant aux rattachements proposés dans l'article 7 […] » (traduction libre de l'espagnol).

[2142] G.I. Boutin, *Derecho Internacional Privado*, 5e éd., Maître Boutin, Panamá, à paraître, p. 801-803

lorsque des considérations de publicité imposent de manière impérative le respect de formalités spécifiques[2143]. L'auteur illustre cette exception par l'hypothèse d'une vente portant sur un immeuble situé au Panama, dont le contrat serait rédigé à Lima, au Pérou. Selon lui, si la rédaction matérielle du contrat et la détermination de sa forme peuvent s'effectuer conformément à la loi péruvienne, « les formalités de caractère impératif, qui deviennent solennelles » (p. ex., l'art. 1131 du Code civil, selon lequel la vente de biens immeubles doit être réalisée par acte authentique inscrit au registre public) imposent aux parties de se conformer à la *lex rei sitae*, cette dernière s'imposant comme règle impérative primant sur la loi du lieu de conclusion du contrat[2144]. En bref, selon les termes du professeur panaméen : « La règle *lex locus regit actum*, bien qu'elle soit de nature facultative, peut généralement devenir impérative lorsque son exigence consacre la validité de l'acte »[2145].

En définitive, le système panaméen révèle une articulation particulièrement complexe entre les nouvelles dispositions du Code de droit international privé, qui tendent à unifier le régime applicable tant au fond qu'à la forme des contrats, et celles anciennes du Code civil, qui opèrent une distinction marquée entre ces deux aspects en imposant l'application impérative des exigences formelles et l'application nécessaire de la loi panaméenne aux effets des contrats devant être exécutés au Panama. Il en résulte un régime dans lequel la frontière entre la loi applicable à la forme et celle régissant le fond demeure difficile à appréhender en pratique.

Section 2 — Le droit applicable au fond des contrats

362. Les législations nationales latino-américaines présentent une diversité d'approches quant à la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux en l'absence de choix des parties. Cette diversité s'explique par l'influence conjuguée des conventions régionales et des évolutions contemporaines du droit international privé. D'une part, un nombre important d'États demeurent attachés à une méthode traditionnelle reposant sur des rattachements objectifs prédéterminés, héritée de la conception savinienne consacrée par les Traités de Montevideo ainsi que par le Code Bustamante (§1). D'autre part, certaines réformes législatives récentes témoignent d'une orientation vers des solutions plus souples, en phase avec la philosophie de la Convention de Mexico et l'approche de la *proper law* (§2).

[2143] *Ibid*, p. 801.

[2144] *Ibid*, p. 802-803.

[2145] *Ibid*, p. 803 (traduction libre de l'espagnol).

§1 — Adoption des critères de rattachement objectifs rigides et prédéterminés

363. S'inspirant notamment des Traités de Montevideo et du Code Bustamante, ou par des doctrines qui ont guidé l'élaboration de ces instruments, certains États latino-américains ont choisi des rattachements rigides et prédéterminés pour désigner la loi applicable au fond des contrats internationaux. Néanmoins, dans leur majorité, ces législations nationales se distinguent des instruments conventionnels en ne recourant pas à une méthode de « présomption ». Ces rattachements ont parfois été adoptés en tant que critères subsidiaires (en l'absence de choix valable), mais plus souvent, en tant que critère unique et autonome (car la législation ne prévoit pas la possibilité d'un choix).

Pour rappel, examinons brièvement les approches adoptées par les Traités de Montevideo et le Code Bustamante. Ces instruments présentent des solutions divergentes : tandis que les Traités de Montevideo retiennent la loi de l'État du lieu d'exécution assortie d'une série de présomptions légales (art. 37 du Traité de Montevideo de 1940 et art. 33 du Traité de Montevideo de 1889), le Code Bustamante préfère la loi commune des parties (qui peut être soit la loi de la nationalité, soit celle du domicile, selon le rattachement adopté par chaque État)[2146], ou à défaut, la loi du lieu de conclusion du contrat (art. 186).

Les législations nationales latino-américaines ont repris ces différentes approches. Une majorité d'États, à l'instar des Traités de Montevideo, adoptent la loi du lieu d'exécution comme principe directeur, que ce soit dans le cadre d'une règle bilatérale classique ou à travers une approche formellement unilatérale (A). En outre, certains pays privilégient des critères issus de la doctrine de Bustamante, tels que le lieu de conclusion du contrat ou la loi commune des parties, leurs législations intégrant ainsi une vision personnaliste plus marquée (B).

A. Adoption du rattachement du lieu d'exécution

364. Parmi les dix-neuf pays analysés dans le cadre de la présente étude, quatorze optent pour le principe de la *lex loci executionis* comme règle générale pour régir les contrats. Parmi ces derniers, huit États — à savoir l'Argentine, Cuba, le Guatemala, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Pérou et l'Uruguay — l'ont adopté dans la perspective classique d'une règle de conflit bilatérale (1). À l'inverse, six autres pays procèdent selon une méthode unilatérale, imposant l'application de la loi interne aux contrats exécutés sur leur territoire ; cette règle a ensuite été fréquemment bilatéralisée par la jurisprudence. Ce second groupe comprend d'une part le Chili, et d'autre part les législations ayant suivi le modèle du Code civil chilien, en l'occurrence la Colombie, le Salvador, l'Équateur, le Honduras, ainsi que la Bolivie (2).

[2146] Sur ce sujet, v. *supra* n° 181 et s.

1. Lieu d'exécution comme règle bilatérale : Argentine, Cuba, Guatemala, Mexique, Nicaragua, Panama, Pérou et Uruguay

365. Au sein des pays latino-américains qui privilégient le critère du lieu d'exécution, certaines législations appliquent ce critère de façon extensive, en l'érigeant en règle unique pour la détermination de la loi applicable au fond des contrats. Tel est le cas de l'Argentine, de Cuba, du Panama, du Pérou et de l'Uruguay (a). D'autres États, tels que le Mexique, le Nicaragua et le Guatemala, restreignent l'application de ce critère de rattachement à certains aspects spécifiques du contrat, souvent relatifs à l'exécution du contrat, maintenant ainsi l'ancienne distinction entre la loi applicable à la formation du contrat et celle régissant son exécution (b).

(a) Lieu d'exécution comme rattachement unique régissant la substance des contrats : le cas de l'Argentine, du Panama, de l'Uruguay, de Cuba et du Pérou

366. Nous avons vu que certains États latino-américains ont abandonné l'ancienne distinction entre la loi régissant la formation du contrat et celle applicable à ses effets, en adoptant un unique critère objectif de rattachement pour régir le fond des contrats, à savoir, le lieu d'exécution[2147]. Parmi les législations qui retiennent le lieu d'exécution comme statut unique pour régir le fond des contrats se trouvent celles de l'Argentine, du Panama, de l'Uruguay, de Cuba, et du Pérou.

367. État du droit positif. Les législations latino-américaines les plus récentes ont choisi de ne pas retenir la formule flexible interaméricaine, préférant maintenir la tradition montévidéenne et, dans une certaine mesure, s'aligner sur le modèle de l'Union européenne. En Argentine, en l'absence de choix de la loi applicable, l'article 2652, alinéa 1, du nouveau Code civil et commercial de 2014 prévoit : « à défaut de choix par les parties de la loi applicable, le contrat est régi par les *lois et usages du pays du lieu d'exécution* »[2148]. Le chemin a été suivi par le Code de droit international privé panaméen de 2015 (art. 69)[2149], et par la récente Loi générale de droit international privé uruguayenne de 2020[2150].

[2147] À ce sujet, v. *supra* n° 366.

[2148] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2149] Conformément à l'art. 69 du Code de droit international privé panaméen : « Les contrats internationaux sont soumis à la loi désignée par l'autonomie de la volonté des parties. À défaut d'une telle autonomie, le juge appliquera la loi du lieu d'exécution de l'obligation et, lorsque celui-ci ne peut être déterminé, le juge appliquera la loi de l'État qui présente les liens les plus étroits avec le contrat international et, à défaut, la loi du for ». Panama, Loi n° 61, du 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République de Panama* (traduction libre de l'espagnol).

[2150] « Art. 48 (Loi applicable en l'absence d'accord des parties) : À défaut de choix du droit applicable conformément à l'article 45 de la présente loi, ou si ce choix se révèle non valable ou inefficace, les contrats internationaux sont régis, en ce qui concerne leur existence, leur validité totale ou partielle, leur interprétation, leurs

Des codifications anciennes, telles que celles de Cuba (1987)[2151] et du Pérou (1984)[2152], ont maintenu, quant à elles, l'application du rattachement traditionnel du lieu d'exécution pour régir les contrats en l'absence de choix de loi.

Bien que tous ces États adoptent comme critère de rattachement principal la loi du lieu d'exécution pour régir les contrats, les rattachements subsidiaires pour déterminer la loi applicable lorsque le lieu d'exécution ne peut être déterminé varient considérablement. Ces États présentent des rattachements en cascade, indiquant comme des critères subsidiaires la notion de la prestation caractéristique (Argentine, Uruguay et, dans une certaine mesure, le Pérou), le lieu de conclusion (Argentine, Panama, Pérou et Uruguay), le critère des liens les plus étroits (Argentine, Panama et Uruguay) ou encore la loi du for (Panama). Cependant, l'ordre dans lequel le juge doit avoir recours à chacun de ces rattachements varie également d'un pays à l'autre.

368. Par exemple, en *Argentine*, l'alinéa 2 de l'article 2652 du Code civil et commercial de 2015 a maintenu l'ancienne solution du Code de Vélez Sarsfield, avec certaines adaptations. L'article prévoit qu'en cas de doute sur le lieu d'exécution, ou plus précisément, quand « il n'est pas désigné ou qu'il ne résulte pas de la nature de la relation »[2153], le lieu d'exécution « est *réputé* être celui du domicile *actuel* du débiteur de la prestation la plus caractéristique du contrat »[2154].

Le domicile du débiteur de la prestation caractéristique du contrat est ainsi présumé par le législateur être le lieu d'exécution de celui-ci. En première instance, il convient donc de rechercher le lieu d'exécution effectif du contrat. Ce n'est que lorsque ce lieu n'est pas explicitement indiqué par les parties ou ne peut être déterminé en raison de la complexité

---

effets, les modes d'extinction des obligations et, en somme, toutes les questions relatives à l'un quelconque de leurs aspects, par la loi du lieu d'exécution, qui doit être interprétée conformément aux critères suivants : A) Les contrats qui portent sur des choses certaines et individualisées sont régis par la loi du lieu où ces choses se trouvaient au moment de la conclusion du contrat. B) Ceux qui portent sur des choses fongibles ou déterminées par leur nature, la loi du domicile du débiteur de l'obligation caractéristique du contrat à l'époque où ils sont passés. C) Ceux qui portent sur une fourniture de services : (1) S'ils ont trait à des choses, par la loi du lieu où celles-ci se trouvaient au moment de la conclusion du contrat. (2) Si leur efficacité a trait à un endroit déterminé, par la loi du lieu où ils doivent produire effet. (3) En dehors de ces cas, par la loi du lieu du domicile du débiteur de la prestation caractéristique du contrat au moment de la conclusion de celui-ci. ». Uruguay, Loi n° 19 920, 27 novembre 2020, *Loi générale de droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

[2151] « À défaut de soumission expresse ou tacite des parties, les obligations contractuelles sont régies par la loi du lieu d'exécution du contrat. ». Cuba, Loi n° 59, *Code civil*, 16 juillet 1987 (traduction libre de l'espagnol).

[2152] « Les obligations contractuelles sont régies par la loi expressément choisie par les parties et, à défaut, par la loi du lieu d'exécution. Toutefois, si elles doivent être exécutées dans des pays distincts, elles sont régies par la loi de l'obligation principale et, si celle-ci ne peut être déterminée, par la loi du lieu de conclusion ; si le lieu d'exécution n'est pas expressément déterminé ou ne résulte pas sans équivoque de la nature de l'obligation, la loi du lieu de conclusion s'appliquera ». Pérou, Décret législatif n° 295, 24 juillet 1984, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[2153] Selon la professeure Uzal : « Il est manifeste que les mêmes principes ayant inspiré Vélez ont conduit à préserver des solutions qui, en raison de leur tradition juridique et de leur large acceptation, apparaissaient, après un important et sérieux travail jurisprudentiel, comme un précieux héritage dont il n'était pas opportun de s'écarter ». M.E. Uzal, « Los contratos internacionales en la Argentina », *op. cit.*, p. 319 (traduction libre de l'espagnol).

[2154] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

ou de la nature particulière du contrat (p. ex., dans les contrats atypiques ou complexes) que le juge doit retenir, à titre de présomption, le domicile actuel du débiteur de la prestation la plus caractéristique. Il est intéressant de relever le choix du critère du domicile, qui traduit une préférence pour une notion plus stable que celle de la résidence, adoptée par exemple dans le Règlement Rome I. Toutefois, cette stabilité est atténuée par l'emploi du terme « actuel », impliquant que le domicile pris en compte doit être celui effectivement occupé par le débiteur au moment pertinent, ce qui rapproche cette notion de celle de la résidence habituelle. Comme l'a soulevé le professeur Fernández Arroyo à travers son commentaire de cet article, en privilégiant le domicile « actuel », le précepte commenté ouvre la porte à une modification unilatérale du droit applicable[2155].

Le même alinéa précise ensuite que si le lieu d'exécution ne peut toujours pas être déterminé, « le contrat est régi par les lois et usages du pays du lieu de conclusion »[2156], ajoutant ainsi un principe subsidiaire. Enfin, l'alinéa 3 de l'article 2652 prévoit une règle spéciale pour les contrats conclus à distance : « La perfection des contrats entre absents est régie par la loi du lieu d'où émane l'offre acceptée »[2157]. Selon la professeure Uzal, cette disposition subsidiaire, d'inspiration montévidéenne, s'applique aux contrats conclus entre absents et intervient lorsque le contrat ne désigne pas de lieu d'exécution déterminé[2158]. Par ailleurs, une clause d'exception instituant le principe de proximité est prévue à l'article 2653, autorisant le juge à appliquer, à titre exceptionnel, la loi ayant les liens les plus étroits — nous y reviendrons[2159].

369. De même, la nouvelle législation *uruguayenne* présente certaines similitudes avec le régime argentin, tout en se distinguant par des particularités propres. En effet, elle désigne la loi du lieu d'exécution comme critère principal de rattachement, et, à titre subsidiaire, tout comme le droit argentin, elle retient le lieu de conclusion du contrat, suivi d'une clause d'exception renvoyant à la loi avec laquelle le contrat entretient les liens les plus étroits. Toutefois, à la différence du système argentin, qui prévoit le critère de la prestation caractéristique en cas d'incertitude quant au lieu effectif d'exécution, la législation uruguayenne s'en tient à une méthode traditionnelle, alignée sur les Traités de droit civil international de Montevideo de 1940, pour déterminer ce lieu[2160].

Cette approche est prévue à l'article 48 de la Loi générale de droit international privé, qui transcrit presque littéralement l'article 38 du Traité de droit civil international de 1940, et précise que la loi du lieu d'exécution « doit être interprétée » conformément à quelques critères préétablis par le même article, à savoir : les contrats « qui portent sur des choses certaines et individualisées » seront régis par « la loi du lieu où elles se trouvent lors de

[2155] D.P. Fernández Arroyo, « Comentario Tít. IV, arts. 2601—2612 y 2650-2655 », *op. cit.*, p. 1009.

[2156] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2157] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2158] M.E. Uzal, « Los contratos internacionales en la Argentina », *op. cit.,* p. 328.

[2159] V. *infra* n° 390.

[2160] Sur les solutions des Traités de Montevideo, v. *supra* n° 182 et s.

leur conclusion » (alinéa a) ; et ceux qui portent sur « des choses fongibles ou déterminées en nature » seront régis par « la loi du domicile du débiteur de l'obligation caractéristique du contrat à l'époque où ils sont passés » (alinéa b). Puis, pour les contrats d'entreprise (« qui portent sur une fourniture de services »), « s'ils ont trait à des choses », ils seront régis « par la loi du lieu où celles-ci se trouvaient lors de la conclusion du contrat » (alinéa c.1) ; si « leur efficacité a trait à un endroit déterminé », par « la loi du lieu où ils doivent produire effet » (alinéa c.2) ; et, en dehors de ces cas, « par la loi du lieu du domicile du débiteur de la prestation caractéristique du contrat à l'époque de la conclusion du contrat » (alinéa c.3)[2161].

Les critères d'interprétation mentionnés dans les alinéas a, b et c de l'article 48 cité demeurent identiques au système antérieur et à celui des Traités de Montevideo, mais avec la précision que lorsque la norme fait référence au débiteur, elle vise précisément le débiteur « de la prestation caractéristique ». Cela constitue, comme l'expliquent les professeurs Fresnedo de Aguirre et Idiarte, une simple « clarification et non une modification du régime antérieur », car la référence au débiteur dans les sources mentionnées « a toujours été interprétée de cette manière, comme se référant à celui qui doit la prestation caractéristique du contrat, laquelle n'est jamais le paiement du prix, mais bien celui qui doit livrer la chose, fournir le service, etc. »[2162].

En outre, il convient de noter que la doctrine uruguayenne, notamment avec le professeur Ruben Santos Belandro, considère, comme c'est également le cas pour les Traités de Montevideo[2163], que les solutions subsidiaires consacrées à l'article 48 ne revêtent pas le caractère facultatif d'une simple présomption. Au contraire, elles sont considérées comme des « présomptions légales », établies par le législateur lui-même, prévoyant de manière anticipée que le point de contact présélectionné constitue effectivement le centre de gravité de la relation privée internationale. Selon l'analyse du professeur uruguayen, il s'agit « d'un jugement *a priori* réalisé par le législateur, pouvant ne pas correspondre à la réalité du cas spécifique »[2164]. Selon cette doctrine, l'article 48 aurait dû se terminer par la précision que les présomptions *iuris tantum* qu'il énonce agiraient « sauf preuve du contraire »[2165]. Toutefois, la solution adoptée est différente : si la relation contractuelle n'est pas facilement classifiable, il conviendra de trouver un autre cadre de référence[2166].

[2161] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020. V. Annexe 2.

[2162] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 194 (traduction libre de l'espagnol). Pour l'interprétation des tribunaux uruguayens à ce sujet, sous le régime de l'ancien Code civil, qui faisait un renvoi aux dispositions des Traités de Montevideo, v. *supra* n° 194.

[2163] Sur l'interprétation des Traités de Montevideo, v. *supra* n° 183 et s., spéc. n° 187.

[2164] R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.,* p. 616 (traduction libre de l'espagnol).

[2165] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2166] *Ibidem*.

Par ailleurs, selon l'auteur, bien que la lecture littérale de l'article 48, alinéa c.3, puisse laisser croire que cette disposition s'applique exclusivement aux contrats de fourniture de services, une telle interprétation ne saurait prévaloir. À dire vrai, le critère résiduel prévu par cet alinéa, fondé sur le rattachement de la prestation caractéristique, doit, selon lui, être entendu de manière plus large : il s'étend non seulement aux hypothèses visées à l'alinéa c, mais également à celles décrites aux alinéas a (relative aux contrats portant sur des choses certaines et individualisées) et b (concernant les contrats portant sur des choses fongibles ou déterminées en nature). De surcroît, il est d'avis que ce critère pourrait trouver application pour les contrats non expressément envisagés par l'article 48, notamment les contrats *sui generis*. Dans cette perspective, l'expression « en dehors de ces cas », figurant à l'alinéa c.3, devrait être comprise comme visant l'ensemble des situations prévues aux autres alinéas de l'article 48 et en dehors de celui-ci, et non pas uniquement celles qui concernent les contrats de fourniture de services. Dès lors, lorsqu'une situation contractuelle ne relève d'aucune des catégories expressément énumérées par les alinéas a, b, et c de l'article 48, la loi applicable sera nécessairement celle du lieu du domicile du débiteur de la prestation caractéristique à l'époque de la conclusion du contrat[2167].

Il convient de souligner que, à l'instar de la loi argentine, la loi uruguayenne privilégie le critère du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, plutôt que celui de la résidence habituelle (comme le fait le Règlement Rome I), pour déterminer la loi applicable aux contrats. Toutefois, à la différence du droit argentin, elle ne fait pas expressément référence au caractère « actuel » de ce domicile, ce qui laisse entrevoir une exigence de stabilité plus accentuée dans sa détermination.

Cependant, malgré les différences conceptuelles entre les notions de domicile et de résidence, il nous paraît que le choix du terme « domicile » dans la législation uruguayenne ne conduit pas à une interprétation différente de celle de la « résidence habituelle ». En effet, la nouvelle législation uruguayenne, dans son article 20 relatif à la capacité des personnes physiques, dispose que « le domicile est considéré comme la résidence habituelle »[2168]. Bien que cette disposition s'applique expressément pour la détermination de la capacité des personnes physiques, nous estimons qu'elle pourrait également constituer un guide d'interprétation général, témoignant ainsi de la volonté du législateur d'assimiler, de manière plus large, le domicile à la notion de résidence habituelle. En outre, le législateur uruguayen a eu le mérite de préciser que le domicile pertinent est celui existant au moment de la conclusion du contrat (comme le fait le Règlement Rome I, art. 19.3) évitant ainsi les incertitudes qui pourraient naître d'un éventuel changement de domicile postérieur du débiteur.

[2167] *Ibid*, p. 619.

[2168] L'art. 20 est ainsi rédigé : « La capacité d'exercice des personnes physiques est régie par la loi de leur domicile. À cette fin, le domicile est considéré comme la résidence habituelle ». Cf. Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

Toutefois, si la loi applicable ne peut être déterminée selon les règles de l'article 48 (ou, en dernière hypothèse, si l'on suit l'interprétation du professeur Belandro, en cas d'impossibilité d'établir le domicile du débiteur de la prestation caractéristique), il convient d'appliquer l'article 49. Cet article se distingue du droit argentin en ce qu'il n'adopte pas directement le critère des liens les plus étroits comme solution subsidiaire. Il établit plutôt une étape intermédiaire en établissant une cascade de rattachements successifs : lorsque la loi du lieu d'exécution ne peut être déterminée d'après l'article 48, c'est la loi du lieu de conclusion du contrat qui trouve application. Ce n'est qu'en dernier ressort, lorsque ni le lieu d'exécution ni le lieu de conclusion ne peuvent être identifiés, que l'on recourt au principe de proximité.

Selon le premier alinéa de l'article 49 : « Sont régis par la loi du lieu de leur conclusion les actes et les contrats pour lesquels la loi applicable au moment de leur conclusion ne peut être déterminée selon les règles de l'article 48 de la présente loi »[2169]. Ce choix, comme l'a justement souligné le professeur uruguayen, constitue un retour à une solution rigide et plutôt inadéquate, étant donné qu'il a toujours été considéré que le lieu de conclusion pouvait être entièrement fortuit[2170]. Et, finalement, en dernier recours, l'article 49, alinéa 2, en suivant le modèle de la Convention de Mexico, introduit le principe de proximité en tant que clause d'exception : « Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du premier alinéa, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits »[2171].

Le fondement de l'innovation introduite réside dans le fait d'éviter qu'il ne soit pas possible de déterminer, au moment de la conclusion du contrat, quel est le droit applicable à celui-ci[2172]. Le principe de proximité se voit ainsi relégué à un rôle résiduel : il ne trouve à s'appliquer que dans l'hypothèse où le contrat n'entre dans aucun des cas expressément visés par l'article 48 et lorsque son lieu de conclusion ne peut être déterminé.

Par ailleurs, l'article 50 de la nouvelle loi de droit international privé exclut l'application des règles générales à certains types spécifiques de contrats, pour lesquels des normes particulières sont prévues. Sont ainsi visés, outre les contrats conclus avec des parties vulnérables, les contrats constituant, modifiant ou transférant des droits réels ; les obligations contractuelles ayant pour objet des matières liées à l'état civil des personnes et aux droits successoraux ; les titres de crédit ; les obligations portant sur des actifs cotés

[2169] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2170] R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.,* p. 619.

[2171] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[2172] C. Fresnedo de Aguirre, « La autonomía de la voluntad en la Contratación internacional y los principios Fundamentales en juego: Las novedades de la ley 19 920 », *op. cit.*, p. 241.

en bourse ; les contrats d'assurance ; ainsi que les contrats de transport par voie navigable[2173].

370. De manière quelque peu similaire, mais également avec des caractéristiques propres, la loi *péruvienne* indique comme rattachement subsidiaire au lieu d'exécution, un critère proche de la prestation caractéristique, soit « l'obligation principale », suivie du lieu de conclusion du contrat lorsque cette dernière ne peut être déterminée. En outre, le lieu de conclusion sert également de clause d'exception. Plus précisément, selon l'article 2095 du Code civil péruvien, si les obligations contractuelles doivent être exécutées dans des pays différents, elles seront régies par la loi de « l'obligation principale » et, si celle-ci ne peut être déterminée, par la « loi du lieu de conclusion du contrat »[2174]. D'autre part, l'article 2095, alinéa 2, précise que « si le lieu d'exécution n'est pas expressément déterminé ou ne résulte pas sans équivoque de la nature de l'obligation, la loi du lieu de conclusion s'appliquera »[2175].

371. Contrairement aux pays étudiés jusqu'ici, l'ordre des critères subsidiaires change considérablement au *Panama*. En effet, d'après le Code de droit international privé panaméen, si le lieu d'exécution ne peut être déterminé, le juge appliquera directement la loi de l'État qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat international, et à défaut, la loi du for (art. 69)[2176]. Ainsi, à la différence des pays qui viennent d'être analysés, le principe de proximité est établi au Panama comme l'un des éléments clés de la règle de conflit pour déterminer la loi applicable au fond des contrats.

[2173] « Art. 50 (Solutions spéciales) — Les règles précédentes du présent chapitre ne s'appliquent pas aux contrats suivants, même s'ils revêtent un caractère international, lesquels seront régis par les règles indiquées ci-dessous : A) Les contrats qui constituent, modifient ou transfèrent des droits réels et les contrats de location portant sur des biens immobiliers situés dans la République sont régis par la loi de la République ; B) Les obligations contractuelles ayant pour objet des questions découlant de l'état civil des personnes, des successions, des testaments, des régimes matrimoniaux ou celles découlant des relations familiales sont régies par la loi qui régit la catégorie correspondante ; C) Les obligations découlant de titres-valeurs, et la capacité de s'engager par ces titres, sont régies par la loi du lieu où elles sont contractées. La forme du tirage, endossement, aval, intervention, acceptation ou protêt du titre de crédit est régie par la loi du lieu où chacun de ces actes est réalisé. Lorsque le titre n'indique pas le lieu où une obligation a été contractée, celle-ci est régie par la loi du lieu où elle doit être payée, et si ce lieu n'est pas précisé, par celle du lieu de son émission ; D) Les obligations provenant de la vente, du transfert ou de la commercialisation de biens sur les marchés de valeurs sont régies par la loi de l'État de leur émission, sans préjudice de celle choisie par les parties lorsque celle-ci est reconnue par ladite loi, et de ce qui est établi dans les lois spéciales ; […] ; G) Les contrats d'assurance sont régis par la loi n° 19 678 du 26 octobre 2018 relative aux contrats d'assurance ; H) Les contrats de transport par voie navigable sont régis par la loi n° 19 246 du 15 août 2014 relative au droit commercial maritime ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol). Pour une analyse doctrinale de ces solutions spéciales, v., en particulier, C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 196 et s. ; C. Fresnedo de Aguirre, « La autonomía de la voluntad en la Contratación internacional y los principios Fundamentales en juego: Las novedades de la ley 19 920 », *op. cit.,* p. 241 et s. ; et C. Rodríguez Scarlato, « La autonomía de la voluntad en la relación del derecho aplicable a los contratos internacionales: Consagración y límites. Modalidades contractuales con soluciones especiales », *op. cit.* p. 281 et s. Pour les contrats de consommation et travail, v. *infra* n° 453 et s.

[2174] Pérou, Décret législatif n° 295, *Code civil*, 24 juillet 1984 (traduction libre de l'espagnol).

[2175] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2176] Panamá, Loi n° 61, du 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République de Panamá*.

Par ailleurs, un chapitre spécifique, le Chapitre II du Titre III, est consacré au « Régime des contrats spéciaux ». Ce chapitre comprend des dispositions identiques pour plusieurs types de contrats internationaux : la vente internationale (art. 91) ; le *factoring* (art. 92) ; le prêt (art. 93) ; la cession de créances (art. 94) ; et le *leasing* (*arrendamiento financiero*) (art. 95). Pour ces contrats, la règle spéciale adoptée reprend la solution des règles générales, à savoir : l'autonomie de la volonté en tant que rattachement principal, le rattachement subsidiaire à la loi du lieu d'exécution de l'obligation, puis, si ce lieu ne peut être déterminé, la loi de l'État présentant le lien le plus étroit avec le contrat, et enfin, à défaut, la loi du for[2177]. Sont également prévues des règles particulières pour d'autres catégories contractuelles, telles que les contrats électroniques (art. 76)[2178], les contrats internationaux d'assurance (art. 78)[2179], les contrats de représentation et de franchise (art. 82)[2180], les contrats de fiducie (arts. 96 et 97)[2181], ainsi que les donations (art. 98)[2182].

[2177] Ainsi, p. ex. : l'art. 91 sur les contrats de vente dispose que « Les contrats de vente internationale sont soumis à la loi désignée par l'autonomie de la volonté des parties. À défaut de cette désignation, le juge appliquera la loi du lieu d'exécution de l'obligation et, lorsque ce lieu ne pourra être déterminé, le juge appliquera la loi de l'État présentant le lien le plus étroit avec le contrat de vente internationale et, à défaut, la loi du for. » ; et l'art. 92 sur les contrats de factoring : « Les contrats internationaux de *factoring* sont soumis à la loi désignée par l'autonomie de la volonté des parties. À défaut de cette désignation, le juge appliquera la loi du lieu d'exécution de l'obligation et, lorsque ce lieu ne pourra être déterminé, le juge appliquera la loi de l'État présentant le lien le plus étroit avec le contrat et, à défaut, la loi du for. ». Les autres articles (arts. 93 à 95) répètent la même rédaction. Cf. Panamá, Loi n° 61, du 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République de Panamá* (traduction libre de l'espagnol).

[2178] « Art. 76 — Les contrats électroniques, entendus comme ceux conclus en ligne ou par Internet, se forment au moment de la réception de l'acceptation de l'offre. Le même critère s'applique dans le cas des contrats internationaux conclus entre absents. / La preuve des contrats électroniques est régie par le principe de la certitude et de la conservation des documents, conformément aux règles, principes et usages de caractère international. La rétractation, en matière de contrats électroniques internationaux, rend le contrat sans effet lorsqu'elle intervient dans un délai raisonnable. Est entendu par délai raisonnable la période de réflexion que la loi accorde au destinataire de l'offre. » Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2179] « Art. 78 — La loi applicable aux contrats d'assurance est celle du siège social de la compagnie d'assurances, sauf convention contraire. Les assurés de nationalité panaméenne ou domiciliés dans la République du Panama peuvent introduire leur réclamation devant les juridictions panaméennes ou devant celles du siège de la compagnie d'assurances. » Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2180] « Art. 82 — Les contrats de représentation et de franchise internationale sont régis par l'autonomie de la volonté des parties. Toutefois, en ce qui concerne l'indemnisation pour rupture ou inexécution du contrat, ils sont soumis à la loi du lieu d'exécution du contrat ou à celle offrant la plus grande protection au concessionnaire ou au franchisé, selon le choix de ce dernier. » Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2181] « Art. 96. Le contrat international de fiducie sera régi par la loi choisie par le constituant. Ce choix devra être exprès ou résulter des dispositions de l'acte constitutif de la fiducie internationale ou de la preuve de son existence, interprétées, lorsque cela est nécessaire, à la lumière des circonstances de l'espèce. Lorsque la loi choisie en application du paragraphe précédent ne connaît pas l'institution de la fiducie ou la catégorie de fiducie en question, ce choix n'aura pas d'effet et la loi indiquée à l'article suivant sera appliquée. » ; Art. 97. Lorsqu'aucune loi applicable n'a été choisie, la fiducie internationale sera régie par la loi avec laquelle elle présente le lien le plus étroit. Pour déterminer la loi avec laquelle la fiducie internationale est le plus étroitement liée, il sera notamment tenu compte : 1. Du lieu d'administration de la fiducie internationale désigné par le constituant ; 2. Du lieu où sont situés les biens de la fiducie internationale ; 3. Du lieu où le fiduciaire réside ou exerce ses activités ; 4. Des objectifs de la fiducie internationale et des lieux où ils doivent être accomplis. » Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2182] « Art. 98. La convention internationale de donation est régie par la loi du statut personnel du donateur. » Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

372. Position de la jurisprudence. L'application jurisprudentielle des règles qui viennent d'être mentionnées demeure encore relativement limitée dans la majorité des États latino-américains étudiés[2183].

En *Argentine*, toutefois, la jurisprudence dès l'époque de l'ancien Code civil — bien que ce dernier n'ait pas expressément consacré la notion de prestation caractéristique[2184] — élabora progressivement une construction théorique assimilable à celle-ci lors de la recherche du lieu d'exécution des obligations contractuelles[2185]. Ainsi, dans le cadre des contrats internationaux de vente de marchandises intégrant explicitement des Incoterms, plusieurs formations de la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial* — juridiction équivalente à une cour d'appel — ont reconnu que le choix d'un Incoterm équivaut à un choix implicite du lieu d'exécution du contrat[2186]. La jurisprudence précisa en outre que, dans ce type de contrats, la prestation caractéristique correspond à l'« obligation principale de nature non pécuniaire », en particulier au lieu d'embarquement stipulé dans les contrats assortis d'Incoterms des groupes F et C, lesquels indiquent que l'exécution a lieu dans l'État de chargement ou d'expédition des marchandises.

En effet, dans un arrêt du 19 novembre 2008 (*Pramac Ibérica c. Sincrolamp*), la *Sala D* de la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial* jugea que la « livraison juridique » des marchandises — et non leur « livraison matérielle » — était réputée accomplie par leur mise à bord au lieu de chargement convenu[2187]. Dès lors, la loi de ce lieu devait être retenue comme loi du lieu d'exécution du contrat. De façon didactique, la juridiction a ensuite confirmé l'applicabilité de la théorie de la prestation la plus caractéristique, telle que systématisée par Boggiano, selon laquelle l'obligation typique dans un contrat de vente internationale est celle du vendeur, ce qui conduit « pour des raisons déterminantes » à l'application de la loi de son domicile, en l'occurrence la loi espagnole. Cette position s'explique, d'après l'arrêt, par des raisons de sécurité juridique : pour l'exportateur, la vente de marchandises est une activité courante qui nécessite des conditions de vente

---

[2183] Cf. recherche effectuée en Argentine (Cour suprême de justice, en ligne http://www.csjn.gov.ar/ ; et de manière plus générale sur : http://www.saij.gob.ar/home ; et www.diprargentina.com) ; à Cuba (Tribunal suprême, en ligne http://www.tsp.cu/) ; au Panama (Pouvoir judiciaire, en ligne https://www.organojudicial.gob.pa/registro-judicial) ; au Pérou (Pouvoir judiciaire, en ligne, http://www.pj.gob.pe) ; et en Uruguay (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poderjudicial.gub.uy) ; les mots-clés utilisés étaient les suivants : « contrato(s) internacional(es) » ; « ley aplicable » ; « derecho aplicable » ; « derecho internacional privado » ; « autonomía de la voluntad » ; « fondo » (consulté le 14 août 2025).

[2184] L'art. 1210 de l'ancien Code civil argentin, adopté le 1er janvier 1871 et en vigueur jusqu'au 1er août 2015, disposait ce qui suit : « Les contrats conclus en République pour être exécutés en dehors de celle-ci seront jugés, en ce qui concerne leur validité, leur nature et leurs obligations, selon les lois et coutumes du pays où ils auraient dû être exécutés, que les contractants soient nationaux ou étrangers. ». Cf. Argentine, Loi n° 340 du 1er janvier 1871, *Code civil de la Nation*, en ligne https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm (consulté le 6 avril 2023) (traduction libre de l'espagnol).

[2185] V. A. Boggiano, *Tratado de Derecho Internacional Privado, t. 2, op. cit.,* p. 295 et s.

[2186] V., p. ex., Argentine, CNCom., sala A, *Compañía Manufacturera Manisol c. Menini Hermanos*, 5 septembre 2018 ; CNCom., sala A, *Murex Argentina c. Abbott Laboratories e International Murex Technologies Corporation c. Murex Argentina*, 1er avril 2014 ; et CNCom., sala D, *Pramac Ibérica c. Sincrolamp. 2 º instancia*, 19 novembre 2008.

[2187] Argentine, CNCom., sala D, *Pramac Ibérica c. Sincrolamp. 2 º instancia*, 19 novembre 2008.

stables et uniformes, fondées sur un droit national clair. Selon l'arrêt ce droit « ne peut être que celui du domicile de l'exportateur ». En revanche, pour l'acheteur, il s'agit souvent d'une opération ponctuelle. Ainsi, « celui qui exporte la marchandise exporte aussi la loi applicable à la vente internationale »[2188]. Il ressort de ces motifs l'influence manifeste de la doctrine et de la jurisprudence suisse relatives à la prestation caractéristique — doctrine qui fut, par ailleurs, ultérieurement incorporée dans la Convention de Rome[2189].

Ce raisonnement fut confirmé par la Cour Suprême argentine dans un arrêt rendu le 17 mars 2009[2190]. En l'espèce, la plus haute juridiction argentine appliqua la loi brésilienne à un contrat de vente internationale de marchandises en statuant qu'en raison de la clause CFR incluse dans un contrat de vente international de marchandises, « le lieu d'exécution est le port d'embarquement (République fédérative du Brésil), qui coïncide avec le domicile du vendeur, en raison de la nature de l'obligation »[2191].

En outre, dans un arrêt du 17 mars 2009 (*Golub Gustavo c. International Vendome Rome — IVR S.A.*), la *Sala A* de la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial* se prononça sur la loi applicable en l'absence de choix des parties, dans le cadre d'un litige relatif à une obligation internationale de paiement[2192]. Le différend trouvait son origine dans un « accord de désengagement » conclu à Lyon, aux termes duquel M. Golub s'engageait à céder l'intégralité des parts qu'il détenait dans les sociétés argentines du groupe International Vendome Rome et à démissionner de ses fonctions de mandataire social au sein de ces sociétés, en contrepartie du versement d'une somme en dollars américains à

[2188] Dans la partie qui nous intéresse, l'arrêt est ainsi rédigé : « La détermination de la loi espagnole comme loi applicable pour définir ce qui concerne l'exécution du contrat peut être obtenue, en outre, par une autre voie d'interprétation que celle qui découle de la considération du port d'embarquement, à savoir, à la lumière de la "théorie de la prestation la plus caractéristique", qui peut jouer en cas d'absence d'exercice du choix par les parties de la loi applicable. En ce sens, Boggiano explique que, dans la vente internationale de biens meubles, l'obligation typique (la prestation la plus caractéristique) est due par le vendeur, qui doit transférer la propriété des biens vendus à l'acheteur. Cela conduit à l'application de la loi du domicile du vendeur pour des raisons déterminantes. En effet, l'acheteur contracte des ventes de marchandises avec des acheteurs domiciliés n'importe où sur le marché international. Pour l'exportateur, la vente est un acte commercial typiquement fréquent. Pour l'acheteur, en revanche, il s'agit généralement d'un acte isolé. De telle manière, même lorsque l'opération est souvent bilatérale, l'exportateur doit pouvoir fixer des conditions de vente uniformes pour l'organisation de son exportation en tant qu'entreprise, sur la base d'un droit national uniforme et certain. Ce droit ne peut être que le droit en vigueur au domicile de l'exportateur. La règle est donc que celui qui exporte la marchandise exporte la loi applicable à la vente internationale (cf. Boggiano, A., "Derecho Internacional Privado", t. II, Buenos Aires, 1991, p. 384/385) ». De plus, l'arrêt précisa : « Et si, par hypothèse, on interprétait que la "prestation la plus caractéristique" n'est pas celle attribuée au vendeur-exportateur, mais celle qui pèse sur l'acheteur de payer le prix, on pourrait dire que, dans le cas particulier des faits, la solution juridique finale ne changerait pas non plus, puisque d'après la facture à la page 15, la forme de paiement convenue était par "virement bancaire" et, par conséquent, c'est aussi la loi espagnole qui doit régir ce qui concerne la forme et le type de change de la monnaie de paiement correspondant au prix, car, comme le rappelle Henry Cabrillac en évoquant un arrêt de la cassation française du 7 février 1944, le lieu d'exécution du virement et le lieu où le paiement est considéré comme effectué est celui du domicile de la banque bénéficiaire (cf. Cabrillac, H., "Le chèque et le virement", Madrid, 1969, p. 179, n° 298) » (traduction libre de l'espagnol). Cf. *Ibidem.*

[2189] V. *infra* n° 561.

[2190] Argentine, CSJN, *Picapau s. concurso s. incidente por Buettner SA*, 17 mars 2009.

[2191] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2192] Argentine, CNCom., sala A, *Golub Gustavo c. International Vendome Rome — IVR S.A. 2*, 28 décembre 2012.

verser sur les comptes bancaires indiqués dans l'accord. Une clause additionnelle prévoyait en outre une indemnité compensatoire destinée à réparer la perte de participation de M. Golub dans les affaires du groupe en Argentine.

Constatant l'absence de choix exprès ou tacite de la loi applicable, la Cour estima, d'une part, que l'obligation relative à l'indemnité additionnelle « projetait ses effets en Argentine » et devait en conséquence être considérée comme exécutée dans ce pays, lieu de l'établissement du créancier. D'autre part, concernant l'obligation principale de paiement, la juridiction releva que ni la forme, ni le lieu d'exécution, n'avaient été précisés par les parties. Pour identifier le rattachement pertinent, elle fit application des règles du Code de commerce argentin, tout en se référant, à titre indicatif, aux Principes d'Unidroit. Selon la Cour : « Ces dispositions renforcent la conclusion en faveur de l'existence de contacts pertinents avec l'Argentine dans cette affaire, ce qui détermine l'application du droit argentin, en tant que loi du lieu d'exécution des prestations concernées »[2193]. Or, la Cour constata que M. Golub avait indiqué un domicile en Argentine et les comptes désignés pour la réception des fonds étaient localisés auprès de banques opérant sur le territoire argentin, même si elles disposaient de correspondants à New York. En conclusion, la Cour affirma que, « quelle que soit la qualification retenue, les prestations contractuelles litigieuses apparaissaient liées à des contre-prestations devant s'exécuter en Argentine », soit parce que « leurs effets y étaient destinés », soit parce que « le prix devait y être acquitté »[2194]. Il en résultait que la législation argentine régissait nécessairement la relation contractuelle. Contrairement aux solutions retenues dans les affaires précédentes relatives aux contrats internationaux de vente de marchandises, la Cour adopta en l'espèce une approche différente s'agissant d'un contrat portant sur une obligation de paiement. Elle privilégia le lieu d'exécution effective de l'obligation, correspondant au domicile du créancier, plutôt que celui du débiteur.

Cette approche fut reprise lors de l'application du Code civil et commercial en vigueur actuellement. En effet, en appliquant l'article 2652 du Code en vigueur, un arrêt de la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial*, *Sala E*, rendu le 14 mars 2019, précisa que le concept de lieu d'exécution pour la détermination de la loi applicable devait être analysé en fonction de « la nature de l'obligation ». Et, dans le cas spécifique d'un contrat international de transport, la Cour estima que cela impliquait de regarder quelle partie

[2193] Afin de motiver sa décision, la Cour se référa expressément à l'article 6.1.6 des Principes d'Unidroit, lequel prévoit que, lorsqu'aucune stipulation contractuelle ne fixe le lieu d'exécution d'une obligation pécuniaire, celui-ci doit être déterminé par référence à l'établissement du créancier. Elle en conclut que, par défaut, « le lieu de paiement est celui où se réalise la prestation caractéristique, c'est-à-dire à l'endroit où se situe l'établissement du créancier ». Poursuivant son raisonnement, la juridiction invoqua également l'article 6.1.8 des Principes, relatif au paiement par transfert de fonds, qui dispose que, si le créancier n'a pas désigné un compte particulier, le débiteur peut valablement exécuter son obligation en effectuant le versement sur l'un quelconque des comptes dont le créancier a indiqué l'existence. Or, en l'espèce, le bénéficiaire avait communiqué deux comptes bancaires en Argentine. La Cour précisa dès lors qu'« en conséquence, dans le cas où le paiement doit être effectué par virement bancaire, le lieu d'exécution de l'obligation correspond au lieu de domiciliation du compte bancaire bénéficiaire ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2194] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

assume la « prestation caractéristique du contrat ». En l'espèce, la Cour conclut que c'était le transporteur qui assumait cette prestation, à savoir le transport et la livraison des marchandises. Par conséquent, il fut jugé que « la prestation caractéristique du contrat (lieu de livraison des biens) est déterminante pour établir la loi applicable »[2195]. La Cour retint ainsi, en l'espèce, le lieu de livraison comme critère de rattachement pour un contrat international de transport de marchandises.

En outre, au *Pérou*, la Cour suprême de justice a également eu l'occasion d'appliquer l'élément de rattachement subsidiaire de l'article 2095 du Code civil, en adoptant une interprétation stricte de cet article. Dans un arrêt rendu le 26 octobre 2017, la haute juridiction péruvienne écarta toute possibilité d'un choix tacite de la loi fait par les parties et appliqua la loi du lieu d'exécution du contrat, qui, en l'occurrence, indiquait le droit péruvien[2196]. Pour justifier son raisonnement, la décision a fait également référence à la doctrine étrangère, en particulier à celle de Savigny, qui, comme le rappela la Cour, « a soutenu que le lieu d'exécution est le centre d'attention de toutes les parties impliquées ». La haute juridiction précisa encore que « la loi du lieu d'exécution est la loi de la juridiction où l'exécution du contrat doit normalement être exigée, car c'est là que le litige va se produire »[2197].

Par conséquent, afin de déterminer le lieu d'exécution du contrat en litige — un contrat international d'ouverture de compte courant — la Cour suprême péruvienne confirma que ce lieu était au Pérou, en considérant que le siège social principal de la banque requérante s'y trouvait. La Cour releva ainsi que, « même si le client […] a certaines obligations, comme celle de maintenir certains soldes sur le compte, la *majorité des prestations* ont été *effectuées* dans le pays où siège la banque, à savoir le Pérou »[2198]. Cette décision illustre, de manière implicite, l'application du principe de la prestation caractéristique, reposant sur la loi du lieu d'exécution principal, en l'occurrence celle où les obligations étaient effectuées, qui correspondait au siège du débiteur des prestations caractéristiques.

Un arrêt de cassation rendu par la Chambre civile transitoire de la Cour suprême confirma le raisonnement conduisant à l'application du droit péruvien, en tant que loi du lieu effectif d'exécution, c'est-à-dire comme règle subsidiaire, alors même que les parties avaient stipulé que les litiges seraient résolus conformément au droit du Royaume-Uni, cette référence ayant été jugée imprécise dès lors qu'il n'était pas précisé si elle visait la législation de l'Angleterre, de l'Écosse ou de l'Irlande du Nord. En conséquence, la loi

[2195] Cf. sommaire officiel de l'arrêt Argentine, CNCom., sala E, *I.A.B. Compañía de Seguros S.A por Arnaldo Hector y Outro*, Buenos Aires, 14 mars 2019.

[2196] Pérou, CSJ, Sala Civil Permanente, Sentencia Casación n° 1106-2017, 26 octobre 2017, précité *supra* n° 270 et n° 301.

[2197] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2198] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

péruvienne est appliquée « puisqu'il s'agit d'une demande portant sur des obligations contractuelles dont l'exécution devait avoir lieu au Pérou »[2199].

En *Uruguay*, la jurisprudence semble hésitante. Dans un arrêt du 30 avril 2008, le *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Sexto Turno* se prononça sur la loi applicable à la prescription dans le cadre d'un contrat de vente internationale de marchandises[2200]. La juridiction d'appel considéra, sur le fondement de l'ancien Code civil et sans développer davantage son raisonnement, que la loi applicable au fond du contrat était celle du lieu d'exécution. En l'occurrence, elle désigna la loi italienne, en raison du domicile du vendeur en Italie, et ce malgré le fait que la livraison des marchandises devait intervenir en Uruguay, où l'acheteur était également domicilié.

En revanche, dans un arrêt du 24 mars 2010, le *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno* retint le critère de rattachement du lieu d'exécution comme critère principal, écartant ainsi les présomptions légales qui désignaient pourtant la loi du domicile du débiteur. Le tribunal reconnut par ailleurs l'existence de divergences d'interprétation entre ses différentes chambres sur cette question[2201]. En application de l'ancien appendice du Code civil — qui renvoyait, par son article 2399, aux solutions prévues par le Traité de Montevideo de 1889, analogue dans sa rédaction à l'article 48, alinéa « b » de la nouvelle Loi générale —, la Cour jugea, dans le cadre d'un contrat international de vente de marchandises, que le fait que la marchandise ait été remise au transporteur à l'étranger — en l'espèce au Brésil — ainsi que le paiement des frais de transport par l'acheteur dans ce pays, était sans incidence sur la détermination de la loi applicable. L'élément déterminant, selon la Cour d'appel, résidait dans la *livraison effective* des marchandises sur le territoire uruguayen, au domicile de l'acheteur. Ce fait constituait, selon la Cour « le lieu d'exécution du contrat et, par conséquent, désignait la loi applicable »[2202].

Toutefois, la jurisprudence récente semble abandonner cette approche en privilégiant une application stricte des présomptions légales, sans procéder à une quelconque interprétation du lieu d'exécution.

[2199] Pérou, CSJ, Sala Civil Transitoria Lima, Casación n° 4800-2012, 18 novembre 2013 (traduction libre de l'espagnol).

[2200] Uruguay, Trib. de Ap. en Civil de Sexto Turno, arrêt n° 99/2008, *Corazzi Paolo Fibre S.R.L. c. Jaspe S.A.,* 30 avril 2008.

[2201] Selon l'arrêt : « […] en l'absence de traité liant les deux parties, il y a lieu d'appliquer l'article 2399 de l'Appendice du Code civil, […] conformément, par ailleurs, aux règles d'interprétation contenues aux articles 34 à 38 inclus du Traité de droit civil de 1889. Tant les Traités de Montevideo de 1889 que ceux de 1940 ont très clairement adopté la loi du lieu de l'exécution pour régir les contrats internationaux, en s'inspirant de la doctrine de Savigny. C'est cette position qui est suivie par le TAC 1 et non par le TAC 3, comme le soutient la décision attaquée (LJU 15541 et également RDP 2/2006, page 188). Le Tribunal considère qu'il convient d'appliquer en l'espèce la législation du Code de commerce, dès lors que le lieu d'exécution du contrat (livraison des marchandises) se situait en Uruguay, conformément à l'article 2399 du Code civil (loi du lieu de l'exécution) et aux articles 32 à 38 des Traités de Montevideo (1889 et 1940) ». Uruguay, Trib. de Ap. en Civil de Segundo Turno, arrêt n° 59/2010, *Gonv Arri Brasil Productos Siderurgicos S.A. c. Timber S.A.,* 24 mars 2010 (traduction libre de l'espagnol).

[2202] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

Dans un arrêt du 28 mars 2016, le *Tribunal de Apelaciones civil de Quinto Turno* se prononça sur un litige relatif à la réparation patrimoniale découlant de créances bancaires cédées en vue de leur recouvrement[2203]. Pour déterminer le lieu d'exécution du contrat, la juridiction uruguayenne se fonda sur les présomptions légales des articles 34 à 38 du Traité de droit civil de Montevideo de 1889. Ayant qualifié le contrat comme portant sur des choses fongibles, elle appliqua le rattachement prévu à l'article 37 du Traité, la conduisant ainsi à retenir la compétence de la loi panaméenne comme loi du domicile du débiteur.

Dans un autre arrêt du 5 février 2020, le *Tribunal de Apelaciones civil de Primero Turno*, également en application de l'ancien Code civil, se appuya sur l'article 34 de ce traité dans une affaire relative à un contrat international de vente de médicaments. La juridiction considéra ainsi que ce contrat, portant sur des « choses déterminées par leur nature », était régi par la loi du lieu du domicile du débiteur de la prestation caractéristique au moment de la conclusion du contrat[2204].
S'appuyant sur les travaux de la professeure Fresnedo de Aguirre, la Cour censura le tribunal de première instance qui, se fondant uniquement sur la règle générale, avait estimé pouvoir écarter la présomption légale au profit de la règle du lieu d'exécution du contrat. La doctrine invoquée dans l'arrêt mérite d'être rappelée :

> « Plus grave encore est l'interprétation de l'élément de rattachement du "lieu d'exécution" à laquelle procède le Tribunal, et qui s'écarte du sens littéral de la norme et de la doctrine nationale la plus largement admise. La première réside dans le fait que l'article 2399 établit clairement que le lieu d'exécution doit être déterminé "conformément […] aux règles d'interprétation contenues aux articles 34 à 38 inclus du Traité de droit civil de 1889". La seconde s'explique par le fait que [le Tribunal] formule des références partielles à l'ouvrage du maître uruguayen Alfonsín, ce qui le conduit à des conclusions différentes de celles avancées par celui-ci dans l'ouvrage cité par le Tribunal […]. Les règles d'interprétation en question sont impératives et reposent sur des présomptions […]. Cela tient au fait, comme le conclut clairement Alfonsín […] que "le système de la *lex loci solutionis* ne peut pas s'appliquer automatiquement à tous les contrats ; pour connaître le lieu d'exécution, il est en effet nécessaire de pénétrer la nature juridique de chaque type de contrat afin de discerner l'obligation typique de chacun d'eux."

[2203] Uruguay, Trib. de Ap. en Civil de Quinto Turno, arrêt n° i26/2016, *Blaquier, María Teresa c. Cia. Gral. De Negocios S.A.I.F.E,* 28 mars 2016.

[2204] Selon l'arrêt : « Pour tout ce qui précède, nous comprenons que, dans le contrat de vente examiné, le point de rattachement "lieu d'exécution" se situait en Uruguay, car c'est là que se trouvait le domicile du débiteur de l'obligation typique, c'est-à-dire de celui qui devait livrer la marchandise (art. 2399 du Code civil et art. 34, alinéa 2, du Traité de 1889 auquel il est renvoyé), et non au Brésil, lieu où la marchandise devait être livrée ». La Cour a jugé, au demeurant, sans aucune explication, que cette interprétation indiquant le lieu du domicile du vendeur comme lieu de la prestation caractéristique était conforme à la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises. La Cour n'explique pas dans quel sens la décision serait conforme à la Convention. Cependant, il nous semble qu'elle se réfère à la détermination du lieu de la livraison des marchandises (v. art. 31 de la CVIM). Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Primero Turno, arrêt n° 5/2020, *Laboratorio Libra S.A. c. Estado de la República Bolivariana de Venezuela*, 5 février 2020 (traduction libre de l'espagnol).

> Mais — et c'est ce que le Tribunal n'a pas pris en compte dans la décision commentée — "ce travail ne peut pas être accompli […] librement, mais seulement à l'aide d'une *liste de présomptions qui nous indique de manière impérative le lieu d'exécution de chaque type de contrat*. Il va de soi que cette liste, associée au principe général, est celle qui, en définitive, désigne la loi applicable au contrat et celle qui, en définitive, désigne la loi applicable dans chaque cas."
>
> Nous estimons que l'interprétation qu'Alfonsín fait des normes en vigueur de l'Appendice du Code civil et des Traités de Montevideo est correcte, indépendamment du jugement de valeur que l'on puisse porter sur celle-ci […]. C'est ce qu'établissent les normes. Alfonsín lui-même reconnaît que la loi du domicile du débiteur, utilisée comme présomption dans plusieurs hypothèses de l'article 34 du Traité de 1889 (et à l'article 38 du Traité de 1940), comme c'est le cas pour la vente de choses déterminées en nature dans l'affaire commentée, "bien qu'elle soit appliquée à titre de *lex loci solutionis*, n'est pas la loi du lieu où l'obligation typique est effectivement exécutée". Et il commente à ce propos : "En tout état de cause, les inconvénients sont de faible importance au regard de l'utilité satisfaisante du Traité […]" »[2205]

La doctrine transcrite est éclairante. D'une part parce qu'elle constate, de manière très soignée, le caractère obligatoire et impératif des présomptions — qui sont, comme on l'avait déjà affirmé lors de l'analyse des Traités de Montevideo, de véritables règles qui s'imposent aux juges et non de simples orientations indicatives. En outre, cela montre que les juristes uruguayens reconnaissent (et donc le tribunal qui reproduit leur doctrine) que la règle désignant le domicile du débiteur ne correspond pas nécessairement à la *lex loci solutionis* (le lieu réel d'exécution de la prestation caractéristique du contrat). Cela laisse penser qu'il s'agit plutôt d'un choix délibéré du législateur visant à établir un critère jugé plus sûr et prévisible.

Comme l'avait observé Alfonsín, cité par le professeur Fresnedo, cette question revêt une « importance relative » au regard de l'objectif unificateur poursuivi par le traité. Cela démontre ainsi la volonté de privilégier la prévisibilité plutôt que la localisation objective du contrat d'après le rattachement qui serait celui qui représente le « centre de gravité » du contrat. Ces débats ne sont d'ailleurs pas propres au système interaméricain : ils ont également traversé la doctrine européenne et marqué l'élaboration de la Convention de Rome, point sur lequel nous reviendrons dans la suite de cette étude[2206].

Le tribunal conclut enfin, en se fondant sur ces enseignements, que la prestation caractéristique du contrat consistait dans la fourniture d'une chose déterminée par sa nature, en l'espèce des médicaments. Le lieu d'exécution retenu était donc nécessairement le domicile de la société chargée de « l'obligation typique » du contrat, situé en Uruguay, et non le lieu effectif de son exécution, c'est-à-dire le lieu de livraison des marchandises

[2205] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2206] V. *infra* n° 561 et s.

au Venezuela. En conséquence, la loi uruguayenne a été jugée applicable, et ce, malgré le choix exprès des parties en faveur de la loi vénézuélienne dans cette affaire[2207].

373. Bilan. En raison du faible nombre de jurisprudences, il est difficile de tracer des tendances claires et cohérentes dans l'application des règles de conflit de lois applicables en l'absence de choix pour les pays analysés. L'examen de la jurisprudence argentine, péruvienne et uruguayenne révèle néanmoins une convergence dans l'application du critère de la prestation caractéristique, bien que les fondements textuels diffèrent sensiblement d'un système à l'autre. Les juridictions argentines ont développé une construction sophistiquée, notamment concernant des contrats de vente internationale de marchandises, clairement inspirées par la doctrine suisse et le modèle européen du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Ainsi, dans les contrats internationaux de vente de marchandises, les Incoterms ont été utilisés comme indicateurs du lieu d'exécution, retenant la « livraison juridique » de l'obligation, équivalente au siège du débiteur.

Toutefois, s'agissant d'autres types de contrat (paiement et transport), la jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur du nouveau Code civil et commercial semble privilégier le critère du lieu d'exécution effective de la prestation caractéristique. La jurisprudence péruvienne, quant à elle, privilégie une approche plus classique fondée sur la doctrine savignienne du lieu d'exécution, tout en parvenant à des résultats similaires à la notion de la prestation caractéristique par l'identification de la « majorité des prestations ». L'Uruguay présente toutefois une particularité dans la détermination du lieu d'exécution pertinent. Sous l'empire de l'ancien Code civil, qui consacrait la même règle de principe avec quelques nuances, la jurisprudence uruguayenne en matière de vente oscillait entre deux approches : d'une part, l'application de la règle générale fondée sur le lieu d'exécution de la prestation caractéristique et, d'autre part, le recours aux présomptions légales désignant le domicile du débiteur de cette prestation.

(b) Scission de la loi applicable : le cas du Mexique, du Nicaragua et du Guatemala

374. Le Mexique, le Nicaragua et le Guatemala consacrent le critère du lieu d'exécution comme principe fondamental pour la détermination de la loi applicable aux contrats. Toutefois, l'application de ce critère demeure, dans ces législations, limitée à des aspects

[2207] Selon l'arrêt : « Pour tout ce qui précède, nous comprenons que, dans le contrat de vente examiné, le point de rattachement "lieu d'exécution" se situait en Uruguay, car c'est là que se trouvait le domicile du débiteur de l'obligation typique, c'est-à-dire de celui qui devait livrer la marchandise (art. 2399 du Code civil et art. 34, alinéa 2, du Traité de 1889 auquel il est renvoyé), et non au Brésil, lieu où la marchandise devait être livrée ». La Cour a jugé, au demeurant, sans aucune explication, que cette interprétation indiquant le lieu du domicile du vendeur comme lieu de la prestation caractéristique était conforme à la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises. La Cour n'explique pas dans quel sens la décision serait conforme à la Convention. Cependant, il nous semble qu'elle se réfère à la détermination du lieu de la livraison des marchandises (v. art. 31 de la CVIM). Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Primero Turno, arrêt n° 5/2020, *Laboratorio Libra S.A. c. Estado de la República Bolivariana de Venezuela*, 5 février 2020 (traduction libre de l'espagnol).

précis de la relation contractuelle, notamment les « effets » ou, plus généralement, « tout ce qui a trait à l'exécution » du contrat. Ce faisant, ces États perpétuent l'ancienne division entre la loi applicable à la formation et celle régissant l'exécution des contrats.

Comme annoncé en introduction, le présent Titre II consacrera une section entière à l'analyse du domaine couvert par la législation concernée[2208]. Il convient toutefois de noter que la scission de la loi applicable au contrat remonte à une époque ancienne. Déjà Bartole proposait une distinction entre les « effets » et les « suites » du contrat, une conception qui, bien que marquée par une certaine incertitude, s'est perpétuée jusqu'aux auteurs du XVIII[e] siècle[2209]. Bartole estimait que les « effets » du contrat demeuraient régis par la loi du lieu de conclusion, tandis que les « suites » — comprenant notamment les conséquences de l'inexécution, la mise en demeure et la prescription — devaient être soumises à la loi du lieu d'exécution, ou, à défaut de précision sur ce lieu, à la loi du juge saisi[2210]. Cette division s'est perpétuée dans certains systèmes nationaux, notamment en droit suisse, où la théorie de la « grande coupure », qui a dominé pendant une certaine période la jurisprudence nationale, opérait une distinction entre la « formation » du contrat, soumise à la loi du lieu de sa conclusion, et les « effets » du contrat, régis par la loi du lieu d'exécution[2211].

Comme nous l'avons vu, dans le contexte régional, dès les débats autour du Traité de Montevideo il y a plus d'un siècle, Manuel Quintana avait également critiqué la fragmentation du contrat[2212]. La distinction traditionnelle entre la « formation », les « effets » et les « suites » du contrat est aujourd'hui largement considérée comme dépassée. La tendance actuelle tend à soumettre l'ensemble des aspects relatifs à « la vie du contrat », depuis sa formation jusqu'à son extinction, à la *lex contractus*, ce qui réduit considérablement l'intérêt pratique d'une division de la loi applicable au fond — notamment entre la « formation » du contrat, ses « effets » et ses « suites »[2213].

375. État du droit positif. En ce qui concerne l'état actuel des sources internes, alors qu'au Mexique et au Nicaragua, la loi du lieu d'exécution est restreinte aux « effets des

[2208] V. *infra* n° 403 et s.

[2209] Cf. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats, op. cit.,* p. 70. Le professeur Bertrand Ancel fait remonter cette distinction plus loin encore au Moyen Âge. Selon lui, si à la suite des canonistes du XII[e] siècle, il était admis que la loi du contrat doit obéir quant à sa « formation (au fond et forme) » à la loi du lieu de conclusion, le régime de ses « effets » paraît avoir été plus difficile à établir. En effet, comme il le nota, « Guillaume de Cun introduit une distinction entre les effets naturels et immédiats et les suites du contrat. Les premiers étant « ceux que tout contrat nécessairement produit : les obligations » ; et les seconds ; « naissent des circonstances dans lesquels évoluent la relation contractuelle, ils sont contingents comme le retard ou le défaut dans l'exécution ». Les premiers relèvent de la *lex loci contractus*, les secondes de la coutume du lieu d'exécution de l'obligation, *lex loci solutionis*. Cf. B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 144-145.

[2210] Cf. *Ibid*, p. 21 et 70.

[2211] Sur le sujet des « coupures » effectuées par le droit suisse, v. *supra* n° 192.

[2212] V. *supra* n° 184.

[2213] C'est le cas, p. ex., de l'art. 12 du Règlement Rome I et de l'art. 14 de la Convention de Mexico, les deux concernant le domaine de la loi applicable. À ce sujet, v. B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 144-145.

contrats », la loi guatémaltèque semble adopter une approche plus étroite en limitant l'application de la loi à « tout ce qui concerne son exécution ». Mais que faut-il entendre par ces expressions ? Il est évident que tout contrat engendre un ensemble d'effets découlant de sa nature. Ces effets sont généralement considérés comme des aspects liés aux obligations convenues par les parties et à leur exécution. Néanmoins, il est difficile de définir de manière précise ce que devrait inclure la notion « d'effets du contrat » ou « tout ce qui concerne son exécution ». Les législations latino-américaines examinées ne fournissent pas d'orientation claire à cet égard, laissant, ainsi, une marge d'interprétation étendue aux juges. D'ailleurs, dans les trois pays considérés, on constate l'absence de décisions jurisprudentielles abordant spécifiquement cette question. Cette lacune laisse subsister des incertitudes et des ambiguïtés quant à l'interprétation et à l'application de la loi régissant les contrats internationaux dans ces pays.

Plus précisément, comme mentionné, au *Mexique*, de façon générale, le Code civil fédéral prévoit à l'article 13, section V, que la loi du lieu d'exécution régit « les effets » des contrats. L'article est ainsi rédigé : « Sauf dispositions contraires des articles précédents, les *effets juridiques des actes et contrats* sont régis par la loi du lieu d'exécution, sauf si les parties ont désigné une autre loi comme applicable »[2214].
Comme celui du Mexique (au niveau fédéral), le Code civil du *Nicaragua* adopte comme règle principale le rattachement du lieu d'exécution pour régir « les effets » du contrat. En effet, au Titre préliminaire, § II « effets de la loi », paragraphe VI, alinéa 14 a, il est prévu que « les contrats sont soumis […] quant à leurs *effets*, à la loi du lieu où ils doivent être appliqués »[2215].

Enfin, au *Guatemala*, la Loi sur le pouvoir judiciaire introduit à l'article 30 le rattachement de la *lex loci executionis* pour les contrats exécutés dans un lieu différent de celui où ils sont conclus. Selon cet article : « Si l'acte ou accord juridique doit être exécuté dans un lieu autre que celui où il a été conclu, *tout ce qui concerne son exécution* est régi conformément à la loi du lieu d'exécution »[2216].

376. Interprétation doctrinale. Au *Mexique*, la doctrine adopte une interprétation extensive de la législation nationale en considérant que, par les « effets » du contrat, il faut entendre également les droits et obligations qui en découlent, ce qui correspond plus généralement à la notion de « fond du contrat »[2217].

En revanche, au *Guatemala*, l'interprétation de l'article 30 de la Loi sur le pouvoir judiciaire se veut plus restrictive. La doctrine nationale admet que la loi du lieu d'exécution

[2214] Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2215] Nicaragua, *Code civil*, 11 décembre 2019 (traduction libre de l'espagnol ; riginal sans italiques).

[2216] Guatemala, Décret 2-89 du 10 janvier 1989, *Loi sur le pouvoir judiciaire* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2217] L. Pereznieto Castro, J.A. Silva Silva, *op. cit.*, p. 518-519.

doit régir les « modalités et formes d'exécution », et a étendu ce champ, par une lecture expansive de l'article, à « l'extinction des obligations ». Toutefois, elle reconnaît généralement que la « nature », la « qualification » et les « effets généraux des obligations » restent régis par la loi du lieu de conclusion — celui « où les obligations sont formées ou acquises »[2218].

L'analyse comparative des approches adoptées met en lumière une divergence notable quant à l'étendue du critère du lieu d'exécution dans la détermination de la loi applicable aux contrats. Cette disparité illustre la persistance d'une fragmentation juridique au sein des règles de conflit en vigueur dans ces pays latino-américains, marquée notamment par la distinction maintenue entre la loi régissant la formation du contrat et celle régissant sa substance. Par ailleurs, l'absence de jurisprudence sur cette question confirme que la situation demeure caractérisée par une insécurité juridique persistante, ainsi que par une imprévisibilité des règles applicables.

2. *Pays procédant selon la méthode unilatérale : Chili, Colombie, El Salvador, Équateur, Honduras et Bolivie*

377. État du droit positif : l'influence du Code civil chilien. À l'exception de la Bolivie, dont le Code civil ne contient pas de règles spécifiques sur la loi applicable aux contrats internationaux, les Codes civils de la Colombie, du Salvador, de l'Équateur et du Honduras se sont inspirés du Code civil chilien et du principe de territorialité qu'il reflète[2219]. Ils ont ainsi proposé des solutions unilatérales imposant l'application de la loi interne aux contrats dont l'exécution doit se dérouler sur le territoire national.

Le Code civil *chilien* impose, de manière unilatérale, l'application de la loi chilienne aux biens situés au Chili et aux contrats exécutés dans le pays. Selon l'article 16, alinéa 1, du Code civil : « Les biens situés au Chili sont soumis à la loi chilienne, même si leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas au Chili »[2220]. L'alinéa 2 du même article précise : « cette disposition s'entend sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement conclus dans un pays étranger »[2221]. Et, l'alinéa 3 impose la loi chilienne aux « effets » de tout contrat exécuté au Chili : « Toutefois, les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Chili sont régis par le droit chilien »[2222].

En s'inspirant de la législation civile chilienne, l'article 15 du Code civil de l'*Équateur* établit de façon très proche du Code civil chilien que : « Les biens situés en Équateur sont

[2218] C. Larios Ochaita, *op. cit.*, p. 189.

[2219] Sur l'influence du Code civil chilien en Amérique latine, v. *supra* n° 29.

[2220] Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol).

[2221] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2222] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

soumis à la loi équatorienne, même si leurs propriétaires sont étrangers et résident dans une autre nation ». L'alinéa 2 ajoute que « Cette disposition ne limite pas le pouvoir du propriétaire de ces biens de conclure des contrats valables dans un pays étranger en ce qui concerne ces biens ». Plus spécifiquement, l'alinéa 3 contient une norme unilatérale qui impose l'application de la loi équatorienne aux contrats exécutés en Équateur : « Toutefois, les effets de ces contrats, lorsqu'ils doivent être exécutés en Équateur, doivent être conformes aux lois équatoriennes »[2223].

L'article 20 du Code civil *colombien* consacre des dispositions unilatérales presque identiques. L'alinéa 1 de cet article dispose que : « Les biens situés sur les territoires, et ceux qui se trouvent dans les États, dont la propriété intéresse la Nation ou sur lesquels elle aurait des droits, sont soumis aux dispositions de ce code, même si leurs propriétaires sont étrangers et résident à l'étranger » ; et les alinéas 2 et 3 ajoutent successivement que : « Cette disposition s'applique sans préjudice des stipulations contenues dans des contrats valablement conclus en pays étranger » ; et « Mais les effets desdits contrats, pour être accomplis sur les territoires, ou dans les cas qui affectent les droits et intérêts de la Nation, se règleront conformément à ce code et aux autres lois civiles de l'Union »[2224].

De même, le *Honduras* et le *Salvador* présentent des dispositions analogues. Le Code civil hondurien établit une norme unilatérale à l'article 14 indiquant que : « Les biens situés au Honduras sont soumis à la loi hondurienne, même si leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas au Honduras »[2225]. L'alinéa 2 du même article ajoute que « Cette disposition s'entend sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement conclus dans un pays étranger » ; et l'alinéa 3 précise que, malgré cela, « les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Honduras sont régis par les lois honduriennes »[2226]. Le Code civil du Salvador présente une rédaction identique à son article 16[2227].

378. Dispositions spéciales aux contrats de commerce. De plus, certains États contiennent des normes spécifiques aux contrats de commerce. Sur ce sujet, il convient d'abord de noter que, à l'instar du Code civil, le Code de commerce chilien a originairement été suivi par d'autres États, à savoir la Colombie, l'Équateur, le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Panama et le Venezuela[2228].

Le Code de commerce *chilien* impose l'application de la loi chilienne à tous les « actes relatifs à l'exécution » des contrats qui doivent être exécutés au Chili. L'article 113,

[2223] Équateur, Loi ordinaire du 24 juin 2005, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[2224] Colombie, Loi n° 57 du 20 avril 1887, *Code civil.*

[2225] Honduras, Décret n° 76/1906 du 8 février 1906, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[2226] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2227] El Salvador, *Code civil*, Décret-loi du 23 août 1859, reformé le 1er mars 1880. V. Annexe 2.

[2228] A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 35-36.

premier paragraphe, du Code de commerce dispose que : « Tous les actes relatifs à l'exécution des contrats conclus dans un pays étranger et exécutés au Chili sont régis par le droit chilien, conformément aux dispositions du dernier paragraphe de l'article 16 du Code civil »[2229]. Puis, le paragraphe second de l'article 133 semble donner quelques illustrations de ce qui doit être compris comme des actes relatifs à l'exécution du contrat. Ce paragraphe est ainsi rédigé :

> « Ainsi, la livraison et le paiement, la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, les mesures de toute nature, les récépissés et leur forme, les responsabilités imposées par l'inexécution ou l'exécution imparfaite ou tardive, et tout autre acte relatif à la simple exécution du contrat, sont régis par les dispositions des lois de la République, à moins que les parties contractantes n'en aient convenues autrement. »[2230]

Le Code du commerce de l'*Équateur* établit une norme similaire en disposant que : « Tous les actes relatifs à l'exécution des contrats commerciaux conclus dans un pays étranger et exécutés en Équateur seront régis par la loi équatorienne »[2231]. L'alinéa 2 de cet article précise que, à moins que les parties contractantes n'en aient convenu autrement, seront régis par les dispositions des lois équatoriennes : « la livraison et le paiement, la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, les mesures de toute nature, les justificatifs et leurs formes, les responsabilités imposées par l'inexécution ou l'exécution imparfaite ou tardive, et tout autre acte relatif à la simple exécution du contrat »[2232].

L'article 869 du Code de commerce *colombien* précise pour sa part la norme applicable à l'exécution des contrats conclus à l'étranger avec exécution en Colombie. Selon cet article : « L'exécution des contrats conclus à l'étranger, qui doit être accomplie dans le pays, sera régie par la loi colombienne »[2233]. De même, en Bolivie, l'article 804 du Code de commerce contient une norme unilatérale qui utilise le rattachement de la loi du lieu d'exécution du contrat pour les contrats exécutés en Bolivie. Selon cet article : « Les contrats conclus à l'étranger pour être exécutés dans le pays sont régis par la loi bolivienne »[2234].

379. La bilatéralisation des règles unilatérales par la doctrine et la jurisprudence. Les dispositions unilatérales présentes dans les législations latino-américaines étudiées ne traitent pas explicitement de la loi applicable aux contrats conclus sur le territoire national pour être exécutés à l'étranger, ni plus généralement de la loi applicable aux contrats conclus à l'étranger pour être exécutés dans un autre pays. Face à cette lacune, ces normes unilatérales ont souvent été « bilatéralisées » par le développement doctrinal, admettant

[2229] Chili, *Code de commerce*, 23 novembre 1865 (traduction libre de l'espagnol).

[2230] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2231] Équateur, Code organique du 9 mai 2019, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

[2232] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2233] Colombie, Décret n° 410 du 27 mars 1971, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

[2234] Bolivie, Décret-Loi n° 14 379 du 25 février 1977, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

que le principe du *lex loci executionis* s'applique également aux contrats exécutés à l'étranger.

Au *Chili*, la doctrine est partagée. Suivant une position minoritaire, quelques auteurs estiment que le droit chilien n'a pas de compétence pour établir des normes sur la loi applicable à un contrat conclu au Chili, dès lors qu'il ne va pas produire d'effets dans le pays[2235]. D'autres soutiennent qu'il suffit que le contrat ait été conclu dans le pays pour qu'il soit régi dans sa totalité par la loi chilienne, tant en ce qui concerne sa formation que ses effets, quel que soit le lieu où il doit être exécuté[2236]. Cette position trouve sa justification notamment dans l'article 14 du Code civil, selon lequel : « La loi s'impose à tous les habitants de la République, y compris les étrangers »[2237]. Cet article illustre l'approche territorialiste chilienne, fondée sur une conception extensive de la souveraineté[2238]. S'inspirant de l'article 3 du Code Napoléon, qui imposait l'application obligatoire des lois de police et de sûreté à tous ceux qui habitent le territoire, le législateur chilien a néanmoins adopté une position plus radicale. En effet, plutôt que de limiter cette application impérative aux seules normes d'ordre public, le droit chilien a étendu ce principe à l'ensemble de son système juridique, conduisant ainsi le juge chilien à appliquer systématiquement sa propre loi.

Mais la doctrine majoritaire considère que la règle de l'article 16, paragraphe 3, du Code civil peut être bilatéralisée. Dès lors, le principe de la *lex loci executionis* contenu dans l'article 16 serait également applicable, par analogie, aux effets des contrats conclus au Chili pour être exécutés à l'étranger, et, plus généralement, aux contrats conclus à l'étranger et exécutés dans un pays tiers[2239]. Cela s'explique, selon le professeur Francisco José Grob Duhalde, par le fait que « le législateur a manifesté une volonté claire de donner la primauté au lieu d'exécution comme élément de rattachement véritablement déterminant, lorsque le contrat doit être exécuté dans un lieu distinct de celui où il a été

[2235] C'est le cas d'Arturo Alessandri et Rodrigo Maluenda, critiqués d'ailleurs par Duhalde, selon lequel, les premiers font une confusion entre le droit applicable et le tribunal compétent. Maluenda (1998) souligne que « les contrats conclus au Chili pour produire des effets à l'étranger ne font l'objet d'aucune règle expresse dans notre droit. Ces contrats sont inclus dans le concept de contrat international et, par conséquent, du point de vue du droit chilien, la loi applicable peut être choisie. En revanche, en ce qui concerne leurs effets, la loi chilienne ne peut rien prévoir, car elle n'aurait pas le pouvoir de s'y référer, étant donné qu'ils doivent être exécutés à l'étranger ». Alessandri (1998), pour sa part, soutient de la même manière qu'« il est nécessaire d'examiner si l'acte produira ou non des effets au Chili. S'il n'en produit pas, il n'y a pas de question : la législation chilienne n'a aucune raison d'intervenir dans l'affaire ». Cité par F.J. Grob Duhalde, « La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes », *op. cit.*, p. 243.

[2236] Dans cette position on retrouve, p. ex., le professeur Fernando Albónico. Cf. *Ibidem.*

[2237] Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855, en ligne https://bcn.cl/2f6t3 (consulté le 25 avril 2023) (traduction libre de l'espagnol).

[2238] A. León, « Reforma del sistema chileno de Derecho Internacional Privado », *op. cit.*, p. 180-182.

[2239] En ce sens, v. M. Ramírez Necochea, *op. cit.*, p. 243 ; V. aussi, F.J. Grob Duhalde, « La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes », *op. cit.*, p. 243 et s. ; et C. Villarroel, G. Villarroel, « Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos Internacionales », *op. cit.*, p. 365.

conclu » : et « s'il n'a pas formulé la règle en termes bilatéraux, cela est simplement dû à la philosophie conflictuelle qui a inspiré le rédacteur du Code »[2240].

En *Équateur*, de façon peu étonnante, mais légèrement paradoxale pour une part de la doctrine nationale, il a été reconnu que les normes du Code Bustamante, en vigueur dans le pays, complètent les règles générales du système interne[2241]. La doctrine reconnaît ainsi qu'il faut recourir aux traités existants (notamment le Code Bustamante) et, en leur absence, aux principes généraux du droit pour combler les lacunes du droit national. Parmi ces principes généraux se trouve l'application du principe de réciprocité et de l'analogie. Ainsi, en application desdits principes, il a été reconnu que, en général, la loi du lieu où les effets sont produits régira le contrat, même concernant ceux exécutés à l'étranger, cette loi étant ainsi la « loi principale du contrat »[2242].

En *Colombie*, malgré la lacune législative, le critère du lieu d'exécution du contrat serait bilatéralisé et s'appliquerait également aux contrats dont l'exécution est à l'étranger[2243]. Cela a été la solution des arrêts *Cuervo* et *Camacho Roldá*n de la Cour suprême de justice colombienne du 15 décembre 1900 et du 17 décembre 1902 respectivement[2244]. Dans l'arrêt *Cuervo*, la Cour avait conclu que, selon l'article 20, alinéa 3, du Code civil, les effets des contrats conclus à l'étranger avec l'intention d'être exécutés en Colombie sont soumis à la loi colombienne, mais pas ceux des contrats destinés à être exécutés à l'étranger, qui sont régis par la loi étrangère respective. Elle a également affirmé que la méthode de cet article est identique à celle de l'article 202 de l'ancien Code de commerce (nouvel article 869, dont la rédaction reste similaire : « L'exécution des contrats conclus à l'étranger qui doivent être exécutés sur le territoire colombien est régie par la loi colombienne »)[2245].

En outre, dans l'arrêt *Camacho Roldán* la Cour a apporté quelques précisions sur l'interprétation de l'ancien article 202 du Code de commerce. Dans cette affaire, qui portait sur une lettre de change émise à Bogotá et payable à Londres, la Cour a affirmé le rattachement du lieu d'exécution, statuant que le paiement, en tant que moyen d'extinction des obligations, doit être régi par la loi du lieu où ces obligations doivent être exécutées. Étant donné que le lieu de paiement était fixé à Londres, la Cour a décidé, conformément à l'article 202 du Code de commerce, que la loi anglaise devait déterminer les modalités du paiement, y compris la devise utilisée[2246]. Cependant, comme le souligne le professeur

[2240] F.J. Grob Duhalde, « La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes », *op. cit.*, p. 244. Selon l'auteur, cela est d'ailleurs l'interprétation faite par la Cour suprême chilienne de l'article 16 dans l'arrêt de la Cour suprême « Banco de Tacna con Espada y Donoso Hnos » du 9 décembre 1930.

[2241] V. J.I. Larrea-Holguín, *op. cit.*, p. 224.

[2242] J.I. Larrea-Holguín, *op. cit.*, p. 234.

[2243] Cf. D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 106.

[2244] Colombie, CSJ civ.15 décembre 1900, Cuervo, GJ t. XV, n° 748-749, p. 121 ; et CSJ civ.17 décembre 1902, Camacho Roldán, GJ t. XVI, n° 791-792, p. 49. Cités par D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 97 et s.

[2245] Cf. D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 97 et s. (traduction libre de l'espagnol).

[2246] *Ibid*, p. 101, n° 148.

colombien Daniel Miguel Rojas Tamayo, les tribunaux supérieurs colombiens n'ont pas encore eu l'occasion de prendre position sur l'application du nouvel article 869 du Code de commerce (entré en vigueur le 10 janvier 1972)[2247].

Toutefois, si la bilatéralisation de textes du Code civil et du Code de commerce a pu être observée dans la jurisprudence colombienne, le professeur Rojas Tamayo note que, malgré cela, « la bilatéralisation de ces textes est totalement négligée par la jurisprudence la plus récente et par la doctrine »[2248]. Selon lui, « ce phénomène pourrait s'expliquer par l'absence d'une tradition juridique scientifique en Colombie et par l'attachement des tribunaux et des auteurs à l'approche publiciste »[2249].

B. Pays suivant l'approche personnaliste du Code Bustamante : adoption du rattachement du lieu de conclusion et de la loi commune des parties

380. Le Code Bustamante incarne une approche personnaliste du droit international privé en Amérique latine, fondée sur les idées de Mancini[2250]. Cette codification a inspiré certaines législations nationales latino-américaines qui ont, avec certaines adaptations, reproduit le rattachement proposé par le Code pour la détermination de la loi applicable aux contrats. Tel est notamment le cas du Costa Rica, qui applique la loi du lieu de conclusion du contrat en l'absence de loi nationale commune aux parties (1), ainsi que du Brésil, où le rattachement au lieu de conclusion du contrat a été incorporé sans pour autant faire référence à la loi commune des parties (2).

1. La loi du lieu de conclusion appliquée à défaut de loi nationale commune : le cas du Costa Rica

381. État du droit positif. Le Costa Rica suit l'approche du Code Bustamante, en adoptant un rattachement principal et un rattachement subsidiaire pour régir les contrats. Le Code civil costaricain de 1888 adopte la loi personnelle commune des parties comme règle générale pour régir les contrats et le critère subsidiaire du lieu de conclusion. Lorsque le pays détermine la nationalité des parties, comme la loi nationale personnelle[2251], en l'absence de nationalité commune, la loi du lieu de conclusion du contrat doit s'appliquer. En fait, l'article 27 du Code civil du Costa Rica dispose que :

> « Pour l'interprétation d'un contrat et pour la détermination des vices médiats ou immédiats qui en résultent, il est fait application de la loi du lieu où le contrat a

[2247] *Ibid*, p. 101, n° 149

[2248] *Ibidem*.

[2249] *Ibidem*.

[2250] V. *supra* n° 22.

[2251] Pour la définition de la « loi nationale » dans le système du Code Bustamante, v. *supra* n° 133.

été conclu ; mais si les parties contractantes sont de même nationalité, il est fait application de la loi de leur pays. »[2252]

382. Interprétation doctrinale. Selon le professeur Gonzalo Ortiz Martín, la loi nationale commune s'applique aux étrangers qui concluent des contrats dans leur pays d'origine, mais s'ils concluent des contrats au Costa Rica, la loi costaricienne s'impose[2253]. En outre, il rappelle qu'il convient d'examiner si le lieu de conclusion du contrat n'est pas purement accidentel, c'est-à-dire si les parties ont eu véritablement l'intention de se soumettre à la loi du lieu où elles ont contracté[2254].

De plus, malgré les dispositions du Code civil, l'auteur costaricain souligne qu'il convient de dissocier les aspects liés à l'exécution du contrat, qui restent régis par la loi du lieu où les obligations sont accomplies, ce dont les parties ont sans doute tenu compte lors de la conclusion de leur contrat[2255]. Une telle interprétation nous paraît cohérente dès lors que l'article 27 ne fait pas explicitement référence à l'exécution du contrat, mais se limite à l'« interprétation » et aux « vices médiats ou immédiats qui en résultent ». En conséquence, il apparaît que, comme au Mexique, au Nicaragua et au Guatemala, la législation costaricienne a maintenu une distinction entre la loi applicable à l'exécution du contrat et celle régissant les autres aspects contractuels.

2. L'adoption du rattachement du lieu de conclusion : le cas du Brésil

383. État du droit positif. Le Brésil est le seul pays à avoir adopté expressément le critère du lieu de conclusion pour régir le fond des contrats. Conformément à l'article 9 de la LINDB, pour « *qualifier* et *régir* des obligations », la loi de l'État où ces obligations ont été « constituées » s'applique[2256]. Le paragraphe 2 du même article précise que « l'obligation découlant du contrat est considérée comme constituée au lieu de résidence de l'offrant »[2257].

La doctrine brésilienne s'est montrée très critique à l'égard de l'article 9 mentionné, en particulier en ce qui concerne le critère de « résidence » de l'offrant prévu par son paragraphe 2. Ledit article a souvent été interprété comme présentant une règle générale applicable aux obligations : la loi du lieu de conclusion régit les obligations en général, et, pour les contrats conclus entre absents, c'est le paragraphe 2 de l'article 9 qui s'applique,

---

[2252] Costa Rica, Loi n° 63, *Code civil*, 28 septembre 1887 (traduction libre de l'espagnol).

[2253] G. Ortiz Martín, *op. cit.*, p. 244.

[2254] *Ibidem*.

[2255] *Ibidem*.

[2256] Brésil, Décret-loi n° 4 657 du 4 septembre 1942, *Loi d'introduction aux normes de Droit brésilien*, rédaction conformément à la Loi n° 12 376, 2010 (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

[2257] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

en indiquant la loi de la résidence de l'offrant. Cette interprétation a été adoptée par la doctrine dominante[2258], bien que la jurisprudence semble hésitante[2259].

Certains auteurs ont dénoncé la norme du paragraphe 2 de l'article 9 de la LINDB en mettant en avant son résultat absurde et aléatoire[2260]. Cependant, il a également été avancé que la solution proposée par cet article confère une certaine sécurité juridique aux parties, même si elle peut parfois entraîner des incertitudes, notamment lorsque l'individu en question possède plusieurs résidences[2261]. En outre, une partie de la doctrine a soutenu que le terme « résidence » devrait également inclure le lieu effectif où se trouve l'offrant, et cela, même s'il ne s'y trouve que de façon transitoire, en suivant, ainsi, le modèle adopté en Argentine[2262].

384. La position de la jurisprudence. Le Tribunal supérieur de justice a déjà eu l'occasion d'interpréter l'article 9 de la LINDB. Dans un arrêt du 10 mars 1998, la plus haute juridiction brésilienne a examiné la loi applicable à un contrat de courtage lié à un contrat international de vente[2263]. Dans cette affaire, le Tribunal supérieur a clairement distingué les deux contrats et, en appliquant l'article 9 de la LINDB, il a confirmé

[2258] V., en particulier, J. Grandino Rodas, « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », *op. cit.*, p. 19-66, p. 55 ; J. Dolinger, *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, Rio de Janeiro, Renovar, 5e éd., 1977, p. 262 ; N. de Araujo, *Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 388-389 ; M.H. Diniz, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada*, *op. cit.*, p. 333-334 ; M. Basso, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.*, p. 201. Le professeur V. de Oliveira Mazzuoli distingue entre les obligations contractuelles, qui sont régies par la loi du lieu de résidence du proposant, et les obligations non contractuelles, régies par la loi du lieu de constitution. Selon lui : « Les "obligations" mentionnées par la LINDB dans le texte de l'art. 9 (chapeau et paragraphes) sont à la fois contractuelles et extracontractuelles. Les premières découlent de la volonté des parties (par exemple, actes juridiques, contrats, etc.) et les secondes proviennent d'actes ou de faits auxquels la loi attribue une efficacité contraignante indépendamment de la volonté (par exemple, obligations *ex delicto*, responsabilité pour les actes d'autrui, etc.). La différence établie par la LINDB concernant les types d'obligation concerne uniquement la détermination de la loi régissant chacune d'elles, car, s'agissant d'une obligation extracontractuelle (art. 9, chapeau), la loi applicable sera celle du pays où elle se constitue, et, s'agissant d'une obligation résultant d'un contrat, ce sera la loi du lieu où réside le proposant (art. 9, § 2) ». Cf. V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.,* p. 406 (traduction libre du portugais).

[2259] V., en particulier, Brésil, STJ, REsp n° 963.852-PR, 21 août 2014 ; et TJRS, Décima Segunda Câmara Cível, Agravo de Instrumento n° 70065345423, CNJ n° 0219920-44.2015.8.21.7000, 10 septembre 2015.

[2260] Cf. H. Valladão, *Direito Internacional Privado*, Parte Especial, conflitos de leis civis, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1973, vol. 2, p. 186-187 ; et H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral*, *op. cit.*, p. 379. Selon le professeur Valladão : « Ainsi, si une personne résidant en Argentine se trouve à Rio de Janeiro, accidentellement, de passage, pour quelques jours, et propose ici au Brésil un contrat à une autre personne, domiciliée et résidant ici, à Rio, à São Paulo, ou dans tout autre endroit au Brésil, ce contrat, fait et conclu au Brésil, sera considéré comme constitué en Argentine, ce qui est absurde. » (Traduction libre du portugais).

[2261] V. V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.*, p. 409-410.

[2262] V., en particulier, O. Tenório, *Direito Internacional Privado*, 9e éd. rev.e atual., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1970, vol. 2, p. 184 ; et J. Grandino Rodas, « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », *op. cit.*, p. 19-65, p. 55. En opposition, v., V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.,* p. 410. En ce qui concerne le système argentin, l'alinéa 3 de l'article 2652 du Code civil et commercial prévoit une règle spéciale pour les contrats conclus à distance établissant que la conclusion (*perfección*) des contrats entre absents est régie par la loi du lieu d'où émane l'offre acceptée.

[2263] Brésil, STJ, REsp n° 97 099/RS, 17 décembre 1981.

l'application de la loi brésilienne du lieu de conclusion au contrat de courtage, sans toutefois s'interroger sur le lieu de résidence de l'offrant.

En l'espèce, la Cour d'appel avait conclu à l'application de la loi brésilienne sous le raisonnement que « les contractants sont brésiliens et l'intégralité des transactions s'est déroulée sur le territoire national »[2264]. Un recours a été porté devant le Tribunal supérieur de justice afin que la loi étrangère soit appliquée, en l'occurrence la loi uruguayenne. La demanderesse soutenait que l'obligation avait été « constituée » en l'Uruguay, car le « résultat utile » s'était produit dans ce pays, où la promesse d'achat-vente avait été conclue, où le vendeur résidait et où le contrat de vente avait également été conclu. En outre, la demanderesse avait avancé que le paiement du solde dû s'était également effectué dans ce pays[2265].

Pour trancher le litige portant sur la loi applicable à un contrat de courtage international, la Cour suprême brésilienne rappela d'abord la portée de l'article 9 de la LINDB, qui dispose que les obligations sont régies par la loi du pays où elles ont été constituées. La Cour souligna la nécessité de distinguer la loi applicable à l'obligation litigieuse, de celle régissant le contrat de vente, considérant ces contrats comme autonomes, même si elle a reconnu que l'obligation de payer la commission dépend parfois de la réussite de la vente. Rejetant l'argument fondé sur la nationalité des parties qui avait été retenu par la Cour d'appel, la Cour suprême constata que « l'intégralité des négociations s'est déroulée sur le territoire brésilien » et que « toutes les parties impliquées résidaient au Brésil, de même que le requérant », concluant qu'il n'existait aucune raison de considérer que le contrat de courtage avait été conclu dans un autre pays[2266]. En conséquence, la Cour suprême refusa de retenir la loi étrangère invoquée, appliquant la loi brésilienne pour régler le différend.

En 2005, cette jurisprudence fut confirmée par un arrêt rendu par le même tribunal, qui considéra comme valable l'encaissement d'un chèque relatif à une dette de jeu contractée de manière licite à l'étranger, en vertu de la loi uruguayenne du lieu de conclusion de l'obligation[2267]. Un arrêt rendu en 2017 a réaffirmé cette orientation jurisprudentielle, en confirmant l'application de la loi de l'État du Nevada (États-Unis) concernant une dette de jeu contractée sur ce territoire. Plus précisément, la Cour considéra que cette obligation avait été « intégralement constituée aux États-Unis d'Amérique, et plus particulièrement

[2264] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2265] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2266] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2267] V. Brésil, STJ, REsp n° 606.171-CE, 1er février 2005. Dans cet arrêt, la Cour, en rejetant l'appel d'un ressortissant brésilien en défaveur d'une société de droit uruguayen, applique l'art. 9 de la LINDB et, partant, de la loi uruguayenne (loi du lieu où la dette a été contractée), statue qu'une dette de jeu librement contrait à l'étranger (à l'Uruguay) était valable. Selon la Cour, dès lors que la loi uruguayenne applicable (*lex loci contractus*) n'interdit pas le jeu, il n'y a pas de raison de considérer illicite la dette de jeu contractée par un ressortissant brésilien en Uruguay. Il faut noter qu'au Brésil, les jeux de hasard sont interdits et, pourtant, la loi brésilienne n'accorde pas la possibilité de recours concernant une dette du jeu. Le résultat serait différent, alors, si la loi brésilienne était applicable.

dans l'État du Nevada, ce qui justifie, s'agissant du droit matériel applicable, le recours à la loi étrangère, conformément à l'article 9, alinéa principal, de la LINDB »[2268].

Dans l'arrêt *Takoma* rendu en 2017, le Tribunal supérieur de justice cassa la décision de la cour d'appel, laquelle avait retenu l'application de la loi brésilienne du domicile du garant, pour affirmer au contraire l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat, conformément à l'article 9 de la LINDB et s'appuyant également sur le principe de l'autonomie de la volonté. Cette loi s'applique, selon la Cour, également au contrat de garantie, considéré comme partie intégrante du contrat de prêt, et y compris en matière de prescription. Comme l'affirma la Cour : « il ne fait aucun doute que la loi des îles Caïmans, *lieu de conclusion volontaire du contrat*, devait s'appliquer, y compris en matière de prescription »[2269].

En outre, dans un arrêt rendu le 3 juillet 2023, le Tribunal supérieur de justice a apporté des précisions sur l'interprétation de l'article 9 de la LINDB, affirmant que les obligations contractuelles entre deux parties présentes sont régies par le lieu de conclusion, c'est-à-dire l'endroit où ces dernières ont consenti à être liées[2270]. Selon l'arrêt : « Il est donc constaté que l'interprétation éventuelle des dispositions contractuelles, ainsi que les effets juridiques découlant d'une obligation contractuelle établie dans un contrat signé à l'étranger, doit être appréciée par le juge national sur la base du droit du lieu où l'accord a été établi »[2271]. En l'occurrence, la Cour a conclu que, puisque le contrat avait été signé par les parties dans la ville suédoise de Stockholm, « toute qualification de la nature de cette relation juridique, ainsi que les conséquences patrimoniales en découlant, devrait être appréciée à la lumière de la législation suédoise », indépendamment du lieu de domicile des parties, qui étaient en Suède et au Royaume-Uni[2272].

385. Le paragraphe 2 de l'article 9 : précision sur la notion de « résidence de l'offrant ». Dans un arrêt du 21 août 2014, déjà étudié dans la section consacrée à l'autonomie de la volonté (principe qui fut d'ailleurs pris en compte par la Cour comme un rattachement supplémentaire), le Tribunal supérieur de justice apporta une clarification quant à la règle de l'article 9, paragraphe 2 de la LINDB, en précisant la notion de « résidence de l'offrant »[2273].

Dans cette affaire, la question centrale portait sur la détermination de la loi applicable à un contrat international de financement bancaire conclu aux États-Unis, entre une société brésilienne et une banque américaine, pour l'acquisition d'un équipement laser de découpe

[2268] Brésil, STJ, 3ª Turma, REsp n° 1 628 974/SP, 13 juin 2017, DJe 25 août 2017 (traduction libre du portugais).

[2269] Brésil, STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n° 1 343 290/SP, 20 août 2019, DJe 23 août 2019 (traduction libre du portugais ; original sans italiques), précité *supra* n° 339.

[2270] Brésil, STJ, AgInt no REsp n° 1 627 970, 30 juin 2023, DJe 3 juillet 2023.

[2271] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2272] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2273] Brésil, STJ, REsp n° 963.852-PR, 21 août 2014, précité *supra* n° 339.

de matériaux métalliques. Le Tribunal de justice de l'État du Paraná, assimilé à une cour d'appel, a, en se fondant sur le principe *locus regit actum*, retenu l'application du droit de l'État de New York, considérant que « le contrat étant conclu à New York, aux États-Unis, avec exécution prévue dans cet État, c'est la loi locale qui régit la relation juridique »[2274].

La société brésilienne contesta l'application du droit étranger, arguant que la législation brésilienne devrait primer, car, même si le contrat a été signé aux États-Unis, l'obligation contractuelle est réputée se former au lieu de résidence de l'offrant, conformément à l'article 9, paragraphe 2 de la LINDB, en l'occurrence au Brésil, pays de son siège social. De plus, elle fait valoir qu'en dépit de la désignation par les parties de la loi étrangère applicable, il s'agissait d'une relation de consommation, considérée d'ordre public. Ainsi, les lois brésiliennes devraient prévaloir sur cette question.

La haute Cour brésilienne rejeta les arguments de la société demanderesse et confirma l'application de la loi de l'État de New York. Le Tribunal supérieur de justice introduisit son raisonnement en rappelant les dispositions de l'article 9, paragraphe 1, de l'ancien LICC (désormais intitulée LINDB), applicable aux obligations en général, et qui exige l'application de la loi du pays dans lequel les obligations sont constituées. Par la suite, elle rappela les dispositions du paragraphe 2 du même dispositif en précisant que, pour les relations contractuelles, l'obligation est réputée constituée au lieu de résidence de l'offrant.

La Cour souligna ensuite que le paragraphe 2 de l'article 9 se réfère, non pas au « domicile », mais simplement à la « résidence », ce qui indique un caractère temporaire lié à la présence du signataire dans un lieu spécifique au moment de la conclusion du contrat. Selon l'arrêt, cela « facilite les transactions internationales et prévient les malentendus entre les parties »[2275]. Pour étayer son argument, la haute juridiction a cité des extraits significatifs de la doctrine des professeurs Amilcar de Castro, Oscar Tenório et Maria Helena Diniz, soulignant en conclusion que :

> « Le contrat de financement ayant été conclu à l'étranger et devant y être exécuté, il est raisonnable de supposer que la proposition et les négociations initiales ont également eu lieu à l'étranger, entraînant ainsi l'application de la loi étrangère conformément aux termes du contrat. Par conséquent, une interprétation approfondie de l'article 9, paragraphe 2, de la LICC indique clairement que la loi étrangère doit régir la relation contractuelle. »[2276]

De plus, la Cour souligna que les parties avaient convenu que la loi de l'État de New York régirait leur relation juridique, renforçant ainsi l'application de cette loi dans le litige. Enfin, le tribunal a exclu la qualification de relation de consommation et a donc écarté l'application du Code de la consommation brésilien.

[2274] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2275] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2276] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

Bien que la Cour ait apporté des éclaircissements sur la notion de résidence conformément à l'article 9, paragraphe 2, de la LINDB dans cet arrêt, il est regrettable que l'interaction entre les deux rattachements prévus par l'article (lieu de conclusion, prévu au corps du texte et lieu de résidence de l'offrant mentionné au paragraphe 2) n'ait pas été approfondie. De plus, la Cour ne semble pas limiter l'application de la solution prévue au paragraphe 2 aux contrats conclus entre absents, étant donné que, comme l'arrêt l'a souligné, le contrat avait effectivement été signé par les parties à New York. La Cour a en effet constaté que le lieu de conclusion (tout comme le lieu d'exécution) se situait à l'étranger, laissant entendre ainsi que l'offre avait également été faite à l'étranger.

Cependant, cette interprétation extensive du paragraphe 2 de l'article 9 devrait être nuancée. En réalité, selon l'explication de la Cour concernant le lieu de résidence de l'offrant, le résultat aurait été identique par application du critère du lieu de conclusion ou par application de celui du lieu de résidence de l'offrant. La Cour ne semble donc pas opérer de distinction et n'a pas étendu la solution du paragraphe 2 aux contrats conclus entre présents.

Un an plus tard, dans un arrêt datant du 10 septembre 2015, le Tribunal de Justice de l'État du Rio Grande do Sul, qui équivaut également à une cour d'appel, a éclairci l'interaction entre les deux paragraphes de l'article 9[2277]. L'arrêt traitait de la question de la loi applicable à un contrat international conclu entre une société établie au Brésil et une autre au Venezuela. En l'espèce, le Tribunal a clairement identifié la norme principale du texte de l'article 9 et celle de son paragraphe 2, cette dernière venant en complément de la première. Ainsi, la Cour rappela que l'article 9 de la LINDB consacre la soumission des obligations contractuelles et extracontractuelles à la règle *locus regit actum* ou *ius loci celebracionis*, disposant que « si un contrat a un lieu de conclusion spécifique, c'est le droit de ce pays qui s'applique pour qualifier et régir les effets juridiques découlant du contrat entre les parties ». Cependant, la Cour précisa que, si le contrat était conclu entre absents, « c'est ce qui est prévu au paragraphe 2 de l'article 9 de la LINDB qui s'applique, complétant ainsi la règle énoncée dans le texte de l'article »[2278].

Par la suite, la Cour a émis une réserve importante, permettant au juge d'écarter l'application du lieu de conclusion du contrat et d'appliquer la loi brésilienne du for si le lieu de conclusion est purement accidentel, tout en jugeant que cela ne constituerait pas une « erreur de jugement en négligeant l'application de l'article 9 de la LINDB »[2279]. Cette décision est justifiée, selon la Cour, par le fait qu'il s'agit « d'une conclusion fortuite,

[2277] Brésil, TJRS, Décima Segunda Câmara Cível, Agravo de Instrumento n° 70065345423, CNJ n° 0219920-44.2015.8.21.7000, 10 septembre 2015.

[2278] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2279] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

circonstancielle d'un contrat sur un sol étranger, c'est-à-dire sans lien effectif du contrat avec l'État où il a été signé »[2280].

Les incertitudes liées à l'interprétation de la LINDB concernant la loi applicable en l'absence de choix des parties ont été clarifiées par le récent projet de loi générale sur le droit international privé (2025)[2281]. Son article 29, paragraphe 6, précise qu'« En l'absence de choix, les obligations contractuelles et les actes juridiques en général sont régis par la loi du lieu où ils ont été conclus ». Le paragraphe 7 du même article ajoute que « Les contrats conclus à distance sont soumis à la loi du domicile de l'offrant, sauf disposition contraire des parties ». Enfin, le paragraphe 8 étend cette règle aux contrats « conclus de manière synchrone par voie électronique »[2282]. Ainsi, l'Avant-projet met un terme aux débats relatifs aux divergences de régime entre les contrats conclus en présence et ceux conclus à distance. Pour ces derniers, c'est désormais la loi du domicile de l'offrant qui s'applique en l'absence de choix, remplaçant ainsi le critère plus souple de la résidence par un critère plus précis et stable. Par conséquent, lors de l'examen de contrats conclus entre absents, qu'ils soient électroniques ou non, le juge devra prendre en compte le domicile des parties, indépendamment du lieu où l'offrant formule son offre.

§2 — Adoption de critères flexibles

386. Le principe de proximité est apparu comme une réponse nécessaire aux résultats jugés trop abstraits et parfois éloignés de la réalité que produisait la classique règle de conflit de lois savignienne. Cette dernière, centrée sur l'application automatique d'une loi étrangère prédéterminée, pouvait en effet conduire à des solutions déconnectées des intérêts concrets des parties et du contexte factuel du litige.

En réaction, certains systèmes juridiques, notamment ceux inspirés du modèle anglo-saxon, ont adopté le principe de proximité comme principe général gouvernant les contrats, privilégiant ainsi la loi la plus étroitement liée à la situation concrète ou aux parties (A). D'autres ordres juridiques, tout en conservant leur cadre traditionnel, ont introduit ce principe sous une forme plus nuancée et souvent en tant que correctif à la règle classique. Cette introduction prend fréquemment la forme d'une clause d'exception, permettant au juge de déroger, dans des cas strictement encadrés et exceptionnels, à la règle de conflit

[2280] Le raisonnement de la Cour repose principalement sur la doctrine de Maristela Basso, citée dans l'arrêt. Selon Basso, dans les cas de contrats conclus dans un pays étranger dont l'exécution a lieu au Brésil, parce qu'une des parties est domiciliée ici, il convient de vérifier si la plus grande répercussion des effets (juridiques et économiques) de la relation juridique est clairement établie dans le pays d'exécution, c'est-à-dire au Brésil. Si tel est le cas, le juge brésilien pourra appliquer le droit national. Cela s'explique, selon elle, par la logique du droit international privé qui consiste à appliquer, à un cas particulier, la loi du pays où se trouve le siège de la relation juridique — le centre de gravité du fait juridique. Pour elle, le préambule de l'art. 9 de la LINDB repose sur l'hypothèse selon laquelle le lieu de la conclusion est également le lieu où se trouve le siège du fait (la plus grande répercussion des effets de la relation). Cf. *Ibidem.*

[2281] Portaria CDESS/SRI/PR nº 1, de 16.12.2024, *DOU* 18.12.2024, Edição 243, Seção 2, p. 3.

[2282] (Traductions libres du portugais).

initiale, quand celle-ci s'avère insuffisante (B). En outre, au Brésil, bien qu'aucune disposition législative ne l'ait expressément consacré, la jurisprudence récente tend à faire prévaloir cette méthode plus souple, fondée sur le principe de proximité (C).

A. Comme rattachement principal : le cas du Venezuela, de la République dominicaine et du Paraguay

387. État du droit positif. En suivant notamment l'approche flexible de la Convention de Mexico[2283], de récentes réformes du droit international privé ont eu lieu en Amérique latine. Ces réformes ont eu comme conséquence, entre autres, l'adoption par les États d'un critère flexible pour la détermination de la loi applicable en matière contractuelle. Conformément à cette approche, il appartient au juge — et non au législateur — de déterminer, au cas par cas, le droit présentant le lien le plus étroit avec le contrat, localisant le contrat à travers le principe de proximité. Tel est le cas au Venezuela, en République dominicaine, et au Paraguay.

La LDIP *vénézuélienne* de 1998 était la première dans la région à introduire le principe de proximité. Cette loi reprend intégralement les dispositions de l'article 9 de la Convention de Mexico et établit à l'article 30 que :

> « À défaut d'indication valable, les obligations contractuelles sont régies par le Droit avec lequel elles présentent les liens les plus étroits. Le juge tient compte de tous les éléments objectifs et subjectifs découlant du contrat pour déterminer ce Droit. Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international acceptés par les organisations internationales. »[2284]

Dès lors, selon cet article, en l'absence de choix, ou lorsque celui-ci est inefficace, le droit avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits sera appliqué. Pour déterminer ce droit, les « éléments objectifs et subjectifs » du contrat seront pris en compte.

En 2014, la Loi sur le droit international privé de la *République dominicaine* a également suivi l'approche de l'article 9 de la Convention de Mexico, en prévoyant que la loi applicable est celle de l'État qui présente « les liens les plus étroits avec le contrat » (art. 60, paragraphe)[2285]. De même, l'article 61 de la loi dominicaine sur l'office du juge énonce que, pour déterminer cette loi, le tribunal « tiendra compte de tous les éléments objectifs et subjectifs découlant du contrat, ainsi que les principes généraux du droit des affaires internationales acceptées par les organismes internationaux ». Mais cette loi

[2283] Selon l'art. 9 de la Convention de Mexico, si les parties n'ont pas choisi la loi applicable ou si leur sélection s'avère inefficace, le contrat est régi par la loi de l'État avec lequel il a les liens les plus étroits. Sur ce sujet, v. *supra* n° 207.

[2284] Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

[2285] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

apporte une précision par rapport à la loi vénézuélienne. Le paragraphe I de l'article 60, admettant le dépeçage à titre d'exception, établit que « si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre État, la loi de cet autre État peut, à titre exceptionnel, être appliquée à cette partie du contrat ». Puis, le paragraphe II du même article ajoute que « seront applicables, le cas échéant, les normes, coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciaux d'acceptation générale »[2286].

En 2015, c'était au tour du *Paraguay* de suivre l'exemple de ses voisins. Selon l'article 11 de la Loi applicable aux contrats internationaux, en cas d'absence ou d'invalidité du choix de la loi applicable, le contrat est régi par le droit avec lequel « il présente les liens les plus étroits ». Et, afin de déterminer le droit qui présente les liens les plus étroits, le paragraphe 2 du même article dispose que « le tribunal prendra en compte tous les éléments objectifs et subjectifs du contrat »[2287].

Il est intéressant d'observer que, à la différence des lois précédentes, la loi paraguayenne ne reproduit pas la dernière partie de l'article 9 de la Convention de Mexico, selon laquelle les principes généraux du droit commercial international acceptés par les organisations internationales doivent être pris en compte lors de la désignation du droit applicable. Selon le professeur paraguayen José Antonio Moreno Rodríguez, l'exclusion de la dernière partie de l'article 9 de la Convention de Mexico par la Loi paraguayenne est due au fait que cette dernière précise déjà, dans son article 5, que la référence au droit applicable inclut aussi les règles de droit[2288]. Cela signifie, selon lui, que si les juges estiment que le lien du cas est plus étroit avec le droit transnational qu'avec un droit national, « ils l'appliqueront directement, qu'il provienne d'un organisme international (comme Unidroit) ou non »[2289].

Cette disposition apporte une véritable modification, remplaçant les anciennes règles de conflit contenues dans le Code civil, notamment l'article 297, qui désignait la loi paraguayenne pour régir les contrats, lorsqu'ils doivent être exécutés sur le territoire national ou lorsque des actions sont intentées sur ce territoire en raison de leur inexécution[2290]. Cette solution s'écarte également des solutions des Traités de Montevideo de 1889 et 1940 concernant le lieu d'exécution, tous les deux en vigueur au Paraguay.

[2286] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2287] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

[2288] V. J.A. Moreno Rodríguez, « The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past? », *Eppur si muove: The Age of Uniform Law*, Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday, Rome, UNIDROIT, 2016, vol. 2, p. 1146-1178, p. 1167 ; et J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 167.

[2289] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 167 (traduction libre de l'espagnol).

[2290] E. Debuchy Boselli, « Extensión de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales: la experiencia en el ordenamiento jurídico paraguayo », *op. cit.,* p. 248. L'article était ainsi rédigé : « Sans préjudice de ce qui est prévu dans le présent Code concernant la capacité ou l'incapacité

Cette convergence avec le système interaméricain et la solution de la *common law* nord-américaine a été saluée par la doctrine nationale. Pour le professeur Díaz Labrano, le système des liens les plus étroits « apporte une réponse à de nombreuses situations qui constituaient une lacune dans l'ordre juridique et avaient conduit à ce que l'on a appelé la crise du système conflictualiste »[2291]. Quant au professeur Moreno Rodríguez, il estime que la solution retenue par la loi paraguayenne « peut être considérée comme une avancée définitive par rapport à la solution communautaire européenne de la prestation caractéristique, laquelle, comme cela a été clairement exprimé, "présente des pathologies irrémédiables" »[2292]. Ce dernier rappelle notamment les nombreuses controverses entourant, en Europe, la Convention de Rome et sa réforme, ainsi que les obstacles pratiques générés par l'application du critère de la prestation caractéristique, jugé complexe et incapable d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridique qu'il prétendait apporter — des critiques qui avaient d'ailleurs, comme il le souligne, déjà été formulées contre la Convention de Rome[2293].

388. L'interprétation et l'application du principe de proximité par la doctrine et les tribunaux étatiques. La doctrine latino-américaine a mis en lumière la fonction instrumentale du principe de proximité dans le processus de flexibilisation du droit international privé, le qualifiant d'élément « presque synonyme d'adéquation » et soulignant qu'il constitue « le noyau du droit international privé contemporain »[2294].

Toutefois, cette même doctrine a également relevé qu'une formulation générale et ouverte (comme celle de l'article 30 de la loi vénézuélienne), confère au juge un pouvoir discrétionnaire particulièrement large, lequel, faute de critères de rattachement présumés, est susceptible de faire peser un risque sur la sécurité juridique des parties. Comme l'observa de manière pertinente la professeure Tatiana B. de Maekelt, « cette flexibilisation, ce recours intensif au principe de proximité, cette "justice de chaque cas concret", si proche de la mentalité pragmatique du juge anglo-saxon, ne sont pas exempts de dangers. Déterminer la solution matérielle la plus appropriée n'est pas chose aisée et expose, comme toute démarche à caractère subjectif, au risque de traiter des situations similaires selon des critères divergents »[2295]. L'auteure en conclut que, pour prévenir ces dérives, la mise en œuvre de cette flexibilisation impose une implication accrue du juge,

---

des personnes et la forme des actes, ces actes seront exclusivement régis, quel que soit le lieu où ils sont passés, en ce qui concerne leur formation, leur preuve, leur validité et leurs effets, par les lois de la République, lorsqu'ils doivent être exécutés sur son territoire ou lorsque des actions sont intentées sur ce territoire en raison de leur inexécution. » (Traduction libre de l'espagnol).

[2291] R. Díaz Labrano, « Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley nº 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay », *op. cit.*, p. 294 (traduction libre de l'espagnol).

[2292] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 170-171 (traduction libre de l'espagnol).

[2293] *Ibid*, p. 167-169. Au sujet du débat en Europe, v. *infra* n° 561 et s.

[2294] T.B. de Maekelt, « Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia », *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 2004, n° 142, p. 25-114, p. 31 (traduction libre de l'espagnol).

[2295] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

lequel doit engager un travail exigeant d'investigation et de comparaison, parfois plus ardu encore que l'application du mécanisme conflictuel classique[2296].

En effet, dans le cadre de la législation vénézuélienne, ainsi que de celles de deux autres pays latino-américains ayant consacré le principe de proximité — la République dominicaine et le Paraguay —, un large pouvoir discrétionnaire est reconnu au juge. Celui-ci doit désigner la loi présentant les liens les plus étroits avec la relation contractuelle, en prenant en considération tant les éléments objectifs et subjectifs issus du contrat que, dans le cas du Venezuela et de la République dominicaine, les principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales. Toutefois, aucun critère n'est précisé quant à l'identification des éléments pertinents, ni quant aux modalités d'intégration de ces principes généraux dans la détermination de la loi applicable, ce qui renforce le caractère ouvert et indéterminé de cette méthode.

Plus précisément au *Venezuela*, la détermination des critères à prendre en compte pour identifier la loi ayant les liens les plus étroits a divisé la doctrine. Pour certains auteurs, les critères subjectifs se réfèrent aux parties (p. ex., nationalité, domicile) et les critères objectifs à la relation contractuelle elle-même (p. ex., lieu de conclusion, lieu d'exécution, lieu de situation de l'objet du contrat)[2297]. D'autres s'appuient sur l'analyse de Siqueiros à propos de la Convention de Mexico et soutiennent que les éléments objectifs sont les points de contact entre la relation et les différents systèmes juridiques, qu'ils concernent les parties ou le contrat. Les éléments subjectifs, quant à eux, reflèteraient l'opinion subjective du magistrat quant à la loi la plus appropriée pour le contrat, en tenant compte des intérêts des parties[2298]. À cet égard, ainsi que le souligne la professeure Claudia Madrid Martínez, « Ce qui, dans tous les cas, paraît certain, c'est que la recherche de l'ordre juridique le plus étroitement lié au contrat implique nécessairement une analyse du contexte socio-économique de la relation contractuelle en cause ». Il s'agit là d'une mission qui, naturellement, relève de l'appréciation souveraine du juge[2299].

Un arrêt récent du 17 mars 2023, rendu par la Chambre civile de la Cour suprême de justice du Venezuela, a clarifié la méthode permettant de déterminer la loi présentant les liens les

---

[2296] *Ibidem*.

[2297] V., en particulier, F. Romero, « Las personas juridicas y las obligaciones en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 2000, nº 117, p. 163-183, p. 171 et s. ; et C. Madrid Martínez, « La Contratación Internacional En La Ley De Derecho Internacional Privado Venezolana. Una Mirada Desde Los Sistemas Latinoamericanos », *op. cit.*, p. 21 e s. et p. 24 ; V. aussi, C. Madrid Martínez, « Los contratos internacionales en la jurisprudencia venezolana », *in* D.P. Fernández Arroyo, A. Dreyzin de Klor (dir.), *Contratos internacionales*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 247-266, p. 258.

[2298] V., en particulier, J.A. Giral Pimentel, « La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad », *op. cit.*, p. 20-21 ; Pour des discussions sur ce sujet en lien avec la Convention de Mexico et par analogie avec la législation du Venezuela, v. *supra* n° 699.

[2299] C. Madrid Martínez, « Los contratos internacionales en la jurisprudencia venezolana », *op. cit.*, p. 258 (traduction libre de l'espagnol).

plus étroits[2300]. L'affaire portait sur une lettre de change émise à Curaçao par des parties domiciliées au Venezuela. La Cour suprême a annulé la décision d'appel, qui avait appliqué par analogie la Convention interaméricaine de 1975 relative aux conflits de lois en matière de lettres de change[2301], conduisant à l'application du droit de Curaçao, au motif de l'absence de traité applicable entre le Venezuela et Curaçao, et de règles spécifiques dans la LDIP.

La Cour suprême adopta une approche distincte en rappelant, conformément à l'article 1 de la LDIP, que, en l'absence de traité international applicable, il convient d'appliquer le droit international privé de source nationale, complété par l'analogie et les principes généralement admis. Sur cette base, elle s'appuya sur l'article 30 de la LDIP pour déterminer la loi applicable au fond, assimilant la lettre de change à un contrat. Dans sa démarche, la Cour s'appuya sur une doctrine distinguant les éléments subjectifs — relatifs aux parties — et les éléments objectifs — relatifs à la relation elle-même. Elle considéra ainsi, comme éléments subjectifs, la nationalité et le domicile des parties, toutes vénézuéliennes et domiciliées dans ce pays ; et, comme éléments objectifs, le lieu de signature et le lieu de paiement — situés à Curaçao —, ainsi que le fait que l'exécution effective de la lettre devait intervenir au Venezuela.

La Cour invoqua également les articles 30 et 31 de la LDIP, qui permettent de recourir aux usages et à la *lex mercatoria*, notamment les Principes d'Unidroit. Pourtant, malgré ce détour méthodologique, elle retint en définitive l'application du droit matériel vénézuélien, en affirmant :

> « Or, tenant compte des éléments objectifs et subjectifs directement liés à cette lettre de change, ainsi que des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organismes internationaux, associés aux usages et pratiques du commerce international, connus comme la *lex mercatoria*, conformément aux articles 30 et 31 de la Loi de droit international privé, on conclut que le droit applicable pour trancher le fond du litige est le droit vénézuélien, puisque les parties sont vénézuéliennes, leur domicile se trouve en République bolivarienne du Venezuela, et que, bien que l'instrument commercial ait été signé à Curaçao, sa mise en œuvre et son exécution sont envisagées au Venezuela. »[2302]

Par conséquent, la Cour suprême appliqua le Code de commerce vénézuélien pour régir le fond de la lettre de change, en privilégiant un taux d'intérêt légal annuel de 5 % (conformément à l'article 456, alinéa 2, du Code de commerce). Par ailleurs, elle ordonna que le montant dû soit converti en bolívares au taux de change officiel fixé par le Banco

[2300] Venezuela, TSJ, Sala de Casación Civil, Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona C.A y outro, Recurso de Casación, Expediente 22-071, n° 000090, 17 mars 2023.

[2301] La Convención Interamericana sur les conflits de lois en matière de lettres de change, billets à ordre et factures a été adoptée à Panama le 30 janvier 1975 et est entrée en vigueur le 16 janvier 1976 conformément à son article 15. Elle a été ratifiée par le Venezuela, mais non par le Curaçao. En ligne https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-33.html (consulté le 1re septembre 2025).

[2302] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

Central de Venezuela à la date du paiement, en écartant ainsi le taux d'intérêt légal applicable à Curaçao.

Cette décision illustre l'approche pragmatique adoptée par la Cour, qui combine l'examen des éléments objectifs et subjectifs, ainsi qu'une référence approximative aux principes du droit international privé, notamment les Principes d'Unidroit, afin d'identifier la loi présentant les liens les plus étroits. En l'espèce, cette méthode a conduit à privilégier la loi interne vénézuélienne, en particulier pour le calcul des intérêts relatifs à une obligation internationale libellée en devise étrangère, et à écarter l'application d'une convention internationale spéciale non applicable au cas d'espèce, le Curaçao n'étant pas partie à cette convention. Cette dernière aurait néanmoins pu être prise en compte par la Cour comme un principe général du droit international privé, tel que l'autorise la loi vénézuélienne. Si l'arrêt apporte certaines précisions utiles, il ne résout pas entièrement les lacunes persistantes quant à la méthodologie de détermination de la loi présentant les liens les plus étroits.

Au *Paraguay*, en commentant cet article, le professeur Moreno Rodríguez comprend qu'il doit être interprété à la lumière des Principes de La Haye qui l'ont inspiré. Ainsi, il convient, selon lui « d'évaluer conjointement l'ensemble des éléments objectifs et subjectifs : les circonstances territoriales du contrat (conclusion, exécution, domicile ou établissement des parties, clauses de résolution des litiges, monnaie utilisée, négociations préalables), ainsi que les circonstances antérieures, concomitantes et postérieures au contrat ». Ces facteurs, selon le même professeur, conduisent à l'idée centrale des « attentes légitimes des parties » qui régissent l'interprétation correcte des liens contractuels internationaux[2303].

En outre, en *République dominicaine*, selon la doctrine spécialisée, ce n'est pas la situation géographique qui est cruciale dans l'application du principe de proximité, mais « la mesure dans laquelle un tel lien répond aux exigences d'efficacité économique, de sécurité de la circulation et de prévisibilité pour les parties à la lumière de l'objectif économique et juridique d'un contrat donné »[2304]. Il a aussi été souligné que, bien que l'article 60 de la Loi sur le droit international privé de la République dominicaine soit impératif pour le juge, pour qu'il soit opérationnel, il nécessite une motivation réfléchie de la part de l'interprète, qui doit décider de l'opportunité de son application et des raisons qui le justifient[2305].

[2303] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 166 (traduction libre de l'espagnol).

[2304] J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, N. Concepción, *op. cit.*, p. 428 (traduction libre de l'espagnol).

[2305] *Ibidem*.

B. Comme clause d'exception ou principe subsidiaire : le cas de l'Argentine, du Panama et de l'Uruguay

389. Le principe des liens les plus étroits est introduit, de manière corrective, dans les systèmes juridiques argentin, panaméen et uruguayen, soit par le biais d'une clause d'exception, soit en qualité de principe subsidiaire. L'étude comparée des systèmes argentin, uruguayen et panaméen révèle des approches différenciées du rôle à accorder au principe de proximité dans la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux.

390. En *Argentine*, le Code civil et commercial de 2015 adopte une démarche caractérisée par une hiérarchie stricte des rattachements : le lieu d'exécution constitue le critère premier, suivi, à défaut, de la prestation caractéristique, puis du lieu de conclusion[2306]. Toutefois, ce dispositif se trouve tempéré par l'article 2653, qui autorise le juge, à titre exceptionnel et sur demande d'une partie, à écarter la loi normalement compétente pour appliquer celle de l'État présentant les liens les plus étroits avec la relation contractuelle. Selon cet article, intitulé « Clause d'exception » : « À titre exceptionnel, à *la demande de la partie*, et compte tenu de tous les éléments objectifs et subjectifs qui résultent du contrat, le juge est autorisé à ordonner l'application de la loi de l'État avec lequel la relation juridique présente les liens les plus étroits. Cette disposition n'est pas applicable lorsque les parties ont choisi la loi applicable au cas d'espèce »[2307].

La proximité ne joue donc pas ici un rôle principal, mais plutôt une fonction corrective, qui vise à éviter les solutions manifestement inadaptées produites par les rattachements ordinaires. Comme l'a souligné la professeure Uzal, « […] son caractère exceptionnel indique qu'il ne peut être recouru à cette application directe que lorsque le cas ne relève d'aucune des catégories prévues à l'article 2652 et qu'il est impossible de déterminer le domicile actuel du débiteur de la prestation la plus caractéristique »[2308]. Cette logique rappelle celle du Règlement Rome I, lequel, après avoir consacré la primauté du choix des parties et du rattachement à la prestation caractéristique, introduit à son article 4.3 une clause d'échappatoire permettant d'appliquer la loi d'un autre État si le contrat présente des liens « manifestement » plus étroits avec celui-ci. Dans ces deux systèmes, la proximité a une fonction résiduelle : elle n'est pas la règle, mais une soupape de flexibilité destinée à préserver l'équité[2309].

[2306] V. *supra* n° 368.

[2307] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2308] M.E. Uzal, « Los contratos internacionales en la Argentina », *op. cit.*, p. 330 (traduction libre de l'espagnol).

[2309] V. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 220 et s. et p. 332 et s. Selon l'auteur : « Fruit du comparatisme en droit international privé et d'une prise de conscience des expressions nationales variables de la discipline, la clause d'exception, dans ses différentes variantes, apparaît comme une technique de compromis, entre l'expression des rattachements en forme de règles abstraites et la nécessité d'une justice adaptée aux cas concrets. Se greffant sur un rattachement préprogrammé, défini afin d'être respecté puis mis en œuvre, la clause d'exception en contredit la valeur et en assouplit le caractère obligatoire pour le juge et

Toutefois, à la différence du système européen consacré par le Règlement Rome I, le droit argentin confère au juge une marge d'appréciation apparemment plus souple lorsqu'il prévoit la possibilité d'écarter le rattachement objectif en faveur de la loi de l'État présentant les liens les plus étroits. En effet, contrairement à Rome I, qui exige que ces liens soient « manifestement » plus étroits pour justifier un tel déplacement (art. 4.3), l'article 2653 du Code civil et commercial argentin ne reprend pas cette exigence d'intensité particulière du lien. En outre, le système argentin permet au juge de tenir compte, afin de déterminer cette loi, non seulement des éléments objectifs, mais également de tous les éléments subjectifs qui résultent du contrat. À première vue, la flexibilité du système argentin semble donc plus large, car il suffit que les liens apparaissent plus étroits, sans qu'ils aient à revêtir un caractère manifeste.

Cependant, cette souplesse est aussitôt restreinte par deux conditions strictes, propres au système argentin. D'une part, de manière logique, cette faculté corrective n'est ouverte que dans l'hypothèse où les parties n'ont pas exercé leur liberté de choix de la loi applicable (deuxième alinéa de l'article 2653). Mais, d'autre part, l'application de ce mécanisme ne peut intervenir que sur demande expresse d'une partie : le juge ne peut pas, de sa propre initiative, substituer la loi des liens les plus étroits à celle désignée par les critères objectifs. Ainsi, la clause d'exception argentine ne s'applique qu'en l'absence de choix et uniquement à condition qu'une partie sollicite son activation[2310].

Cette formulation suscite une certaine perplexité, car elle produit une tension interne entre la logique corrective de la proximité et la rigueur procédurale qui en encadre l'usage. D'un côté, le législateur argentin ouvre la porte à une adaptation de la règle de conflit au cas concret ; de l'autre, il en verrouille fortement l'accès en exigeant l'intervention active d'une partie. Il en résulte une situation paradoxale : même si le juge constate que la relation contractuelle présente des liens plus étroits (objectivement ou subjectivement) avec un autre État que celui désigné par les critères classiques préétablis, il demeure tenu d'appliquer ces critères objectifs si aucune des parties n'a formellement demandé le recours à la clause d'exception.

On observe donc en Argentine une articulation complexe entre flexibilité et formalisme procédural. La proximité n'y constitue pas un véritable principe correcteur, mobilisable par le juge d'office pour éviter une solution inadaptée, comme en Europe. Elle devient plutôt un mécanisme de disposition des parties, offert à leur stratégie contentieuse, mais inaccessible sans leur intervention. Ce choix témoigne d'une conception particulière du

---

par conséquent pour les parties. Ce mécanisme d'exception fait rejaillir l'esprit de souplesse et d'équité contre la règle légiférée » (*Ibid*, p. 332).

[2310] En ce sens, confirmant la formule restrictive adoptée, v. M.E. Uzal, « Los contratos internacionales en la Argentina », *op. cit.*, p. 329-331, spéc. p. 329. Selon la professeure argentine : « Cependant, cette faculté est conférée au juge dans des termes restrictifs et selon une orientation matérielle précise : il ne peut ordonner l'application du droit de l'État présentant les liens les plus étroits avec la relation juridique, que sur demande d'une partie. Il convient de rappeler que cette disposition ne s'applique que dans le cadre du fonctionnement des normes subsidiaires, et qu'elle ne peut être invoquée lorsque les parties ont procédé à un choix de droit. » (Traduction libre de l'espagnol).

rôle du juge en droit international privé argentin : celui-ci n'est pas autorisé à jouer le rôle d'arbitre « objectif » de l'équité contractuelle, mais demeure lié par l'initiative des parties, ce qui confère à la clause d'exception une portée limitée — presque paradoxale — par rapport à l'intention originelle d'introduire plus de souplesse.

391. La solution retenue par l'*Uruguay* dans sa Loi générale de droit international privé de 2020 se situe à mi-chemin entre le modèle argentin et celui du Panama. En fait, l'article 49 prévoit que : « Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du premier alinéa, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits »[2311]. Contrairement au droit argentin, l'activation de ce critère n'exige pas la demande d'une partie et ne constitue pas, à proprement parler, une clause d'exception ; il s'agit d'un principe subsidiaire intégré dans la hiérarchie des rattachements. Le législateur uruguayen a donc choisi d'institutionnaliser le principe de proximité comme un point d'aboutissement naturel du processus de désignation, plutôt que comme une exception dérogatoire.

Comparativement au Règlement Rome I, la proximité conserve ici une place secondaire, s'assimilant à la disposition de l'article 4.4 du règlement européen : le juge est expressément invité à l'appliquer en dernier recours, lorsque la loi applicable ne peut pas être déterminée selon les rattachements objectifs préétablis.

392. Le Code de droit international privé *panaméen*, en revanche, se distingue par une valorisation beaucoup plus radicale du principe de proximité. Selon l'article 69, lorsque le lieu d'exécution du contrat ne peut être déterminé, la loi applicable sera immédiatement celle de l'État entretenant les liens les plus étroits avec le contrat international, et, à défaut, celle du for[2312]. Contrairement aux modèles argentin, uruguayen et européen, le Panama omet les rattachements intermédiaires, tels que la prestation caractéristique ou le lieu de conclusion, pour confier directement au critère de proximité le rôle central dans la désignation de la loi applicable. Ce choix témoigne d'une orientation pragmatique et casuistique, dans laquelle le juge dispose d'une large marge d'appréciation afin d'adapter la règle au cas concret. Mais il en résulte également une diminution sensible de la prévisibilité, puisque la détermination de la loi applicable dépend davantage d'une analyse judiciaire contextuelle que d'une architecture normative stabilisée.

393. En résumé, le système argentin se distingue des autres législations latino-américaines par le choix d'un modèle attaché avant tout à la sécurité juridique : la hiérarchie des rattachements reste prédominante et la proximité n'intervient que de manière exceptionnelle et limitée à la demande des parties. L'Uruguay adopte une position plus souple en intégrant le critère des liens les plus étroits comme mécanisme de dernier recours, directement inscrit dans la structure hiérarchique des rattachements, et non conçu

[2311] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[2312] Panamá, Loi n° 61, du 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République de Panamá*.

comme une simple dérogation ponctuelle. Enfin, le Panama assume une logique plus flexible encore, puisqu'il érige la proximité en axe presque central de la règle de conflit de lois en matière contractuelle.

C. L'acceptation jurisprudentielle du principe de proximité au Brésil

394. Malgré l'absence de toute disposition légale consacrant expressément le recours au principe de proximité — que ce soit en tant que règle générale, critère subsidiaire ou simple clause d'exception — la jurisprudence brésilienne récente a parfois écarté le cadre rigide de l'article 9 de la LINDB[2313]. Inspirés par les critiques d'une partie de la doctrine nationale, certains tribunaux ont en effet privilégié une méthode plus souple, fondée sur le principe de proximité, afin d'adapter la désignation de la loi applicable aux exigences concrètes des relations contractuelles internationales[2314].

395. Application du principe de proximité dans le domaine des contrats commerciaux internationaux. En matière de commerce international, trois jugements récents du Tribunal de Justice de l'État du Rio Grande do Sul ont contribué à assouplir la rigidité de la règle *lex loci celebrationis* énoncée à l'article 9 de la LINDB, en invoquant expressément le principe de proximité. Par cette évolution jurisprudentielle, ces arrêts ont privilégié une approche plus contextuelle et flexible, tenant compte des liens les plus étroits entre le contrat et l'ordre juridique applicable, au-delà du simple lieu de conclusion.

Un premier arrêt rendu le 27 octobre 2016 concernait un contrat international de transport pour le déménagement de biens personnels. En l'espèce, le juge rapporteur a estimé que, bien que le contrat ait été conclu entre absents aux États-Unis, rendant ainsi la loi de ce pays applicable à l'accord selon le rattachement objectif de l'article 9 de la LINDB, le principe de proximité, « principe le plus pertinent du droit international privé », justifierait l'application de la loi brésilienne[2315]. La Cour conclut alors que « le contrat ne doit pas être régi par le droit américain, mais par le droit brésilien, car le Brésil est le véritable siège de la relation juridique entre les parties »[2316]. Selon la Cour d'appel de l'État du Rio Grande do Sul :

[2313] Sur les rattachements adoptés par le système brésilien, v. *supra* n° 383.

[2314] V., p. ex., M. Basso, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.*, p. 256. D'après M. Basso, « les règles de rattachement pour déterminer la loi applicable aux contrats, tel qu'elles sont illustrées par le contenu normatif de l'article 9 de la loi d'introduction aux règles de droit brésilien (référence ici à la méthode de conflit classique), ne sont pas adaptées à la dynamique et aux pratiques de négociation qui ont émergé dans le domaine du commerce international, en particulier dans la période de l'après-guerre, dans le cadre des relations économiques interétatiques. » (Traduction libre du portugais).

[2315] BrésiL, TJRS, Décima Segunda Câmara Cível, Apelação Cível n° 70070973771, 27 octobre 2016 (traduction libre du portugais).

[2316] Selon l'arrêt : « L'ordre juridique le plus proche de la relation entre les parties est le brésilien, non l'américain. D'une part, parce que le Brésil a été le lieu principal de l'exécution du contrat, où les effets ont été les plus importants. D'autre part, parce que, à l'exception de l'entreprise Confiança Moving Inc., les autres personnes morales impliquées dans le déménagement — Confiança Mudança e Transportes Ltda. et Senatrans Transportes Rodoviários Ltda. —

> « L'interprétation de l'article 9 de la LINDB permet la flexibilisation de la règle "*ius loci celebrationis*", dans les cas où, malgré la conclusion de l'accord dans un État étranger, il est constaté que ce dernier n'est pas le siège de la relation juridique, plus étroitement liée en réalité à un autre territoire, où la loi devra alors être appliquée au cas concret, sans violer ledit dispositif légal. »[2317]

Ensuite, un deuxième arrêt du même tribunal rendu le 14 février 2017 (par le même juge rapporteur) confirme cette approche, en mettant en avant le principe de proximité[2318]. Dans cet arrêt, la Cour observa que, selon l'article 9, paragraphe 2 de la LINDB, le droit danois du lieu de la résidence de l'offrant aurait dû être applicable, dès lors que le contrat de vente internationale de marchandises avait été conclu entre absents[2319]. Toutefois, la Cour souligna que, dans le cas de contrats pluri-connectés, tel que celui en question (le contrat présentait des liens étroits avec le Danemark, le Brésil et la Chine), la règle traditionnelle de *lex loci celebrationis* doit être mise de côté au profit d'une approche plus flexible conduisant à l'application de la CVIM et des Principes d'Unidroit comme manifestations de la prétendue « nouvelle *lex mercatoria* » (la CVIM n'était pas en vigueur au Brésil au moment des faits).

Il est vrai que, dans cette situation, l'application de la loi danoise du lieu de conclusion du contrat aurait conduit à l'application de la CVIM, étant donné que ce pays était partie à la Convention. Cependant, le Tribunal n'a pas suivi cette démarche, préférant, sur la base de la doctrine de la professeure Maristela Basso, considérer le rattachement fourni par la LINDB comme « désuet » et le rejeter au profit du principe de proximité. Ainsi qu'il ressort des motifs de l'arrêt :

> « Cependant, si l'on considère que le proposant/acheteur est domicilié au Danemark, que le vendeur est domicilié au Brésil et que l'exécution de l'obligation, par le vendeur, doit avoir lieu entre le Brésil et Hong Kong, en Chine, on constate que, dans le cas concret, l'utilisation du principe de proximité non seulement permet, mais recommande d'écarter la loi étrangère désignée par la règle de rattachement de l'art. 9, § 2, de la LINDB. Malgré le lieu et le mode d'exécution du contrat, on ne peut affirmer, compte tenu de la forme diffuse de production des effets — juridiques et économiques — de la relation en question, qu'elle ait comme siège, ou centre de gravité, le Danemark. Ainsi, la conclusion

---

ont leur siège social au Brésil. Enfin, parce que l'auteur et sa famille ont fini par établir leur domicile au Brésil après le déménagement en question, subissant ainsi les préjudices découlant du prétendu mauvais service fourni à l'étranger. Ainsi, le lieu central de la relation juridique en question est le Brésil, et non les États-Unis, même si le contrat a été signé dans ce pays ». Cf. *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2317] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2318] Brésil, TJRS, Décima Segunda Câmara Cível, Apelação Cível n° 70072362940, 14 février 2017. Résumé (en anglais) en ligne https://www.unilex.info/cisg/case/2036 (consulté le 22 mai 2024).

[2319] Selon l'arrêt : « Si nous devions appliquer les facteurs de rattachement classiques prévus par la loi d'introduction aux normes du droit brésilien, le fait que le contrat ait été conclu entre des absents, ainsi que le fait que la société étrangère ait été le proposant de l'accord (comme il ressort clairement des courriels dont une copie est jointe aux pages 25/27 et du contenu de la requête initiale et du recours) conduiraient, en principe, à la résolution du fond de l'affaire en appliquant le droit danois, en raison de la norme "lex loci celebrationis" de l'art. 9, §2, de la LINDB ». *Ibidem* (traduction libre du portugais).

> à laquelle on parvient est que le principe de proximité — qui exige une approche souple et attentive "aux réalités sociales et économiques qui forment la base du phénomène juridique" — conduit à l'application de la Convention de Vienne de 1980 et des Principes d'Unidroit pour résoudre les questions de fond, et il est important de souligner que la doctrine autorise l'utilisation de la "nova *lex mercatoria*" comme loi applicable aux obligations contractuelles multiconnectées, surtout à la lumière du caractère obsolète des éléments de rattachement fournis par la LINDB. »[2320]

Un troisième arrêt de la même Cour et du même juge rapporteur confirme la préférence donnée au principe de proximité. Cet arrêt a été rendu le 30 mars 2017 et porte également sur la loi applicable à un contrat international de vente de marchandises[2321]. Étant dans l'incapacité de déterminer le lieu de conclusion du contrat en l'espèce (que ce soit au Venezuela ou au Brésil), l'arrêt conclut en conséquence à l'application du principe de proximité, et appliqua directement les Principes d'Unidroit et la Convention de Vienne (en dehors de son champ d'application) comme droit régissant le contrat. L'arrêt fait référence aux décisions antérieures soulevant les mêmes arguments et retenant la même solution de droit[2322].

Si les décisions du Tribunal de Justice de l'État du Rio Grande do Sul présentent un intérêt certain et témoignent d'une approche novatrice, il convient toutefois de ne pas les ériger en position dominante de la jurisprudence brésilienne. Force est de constater que ces trois arrêts proviennent d'une seule et même chambre, sous la plume d'un unique magistrat rapporteur. Cette orientation demeure donc marginale : elle n'a reçu ni l'aval des juridictions supérieures, ni l'adhésion des cours d'appel des autres États fédérés. Il s'agit, en somme, d'une jurisprudence isolée dont la portée reste à confirmer.

396. Application du principe de proximité dans le domaine des contrats de travail. Le principe de proximité a été appliqué par une Cour supérieure, mais en dehors du domaine commercial, plus précisément dans le domaine des contrats internationaux de travail. En 2009, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, le Tribunal supérieur du travail, une Cour supérieure en matière prud'homale, s'est appuyé sur le principe de proximité pour justifier l'application de la loi brésilienne dans un contrat international de travail[2323], malgré l'absence de disposition légale de source nationale.

Par la suite, cette jurisprudence a été confirmée par un deuxième arrêt du Tribunal supérieur du travail en date du 6 octobre 2010, déjà analysé ici et par plusieurs arrêts par

---

[2320] *Ibidem*.

[2321] Brésil, TJRS, Décima Segunda Câmara Cível, Apelação Cível n° 70072090608, 30 mars 2017.

[2322] *Ibidem*.

[2323] Cf. Brésil, TST, 8ª Turma, ED-RR-12700-42.2006.5.02.0446, 28 août 2009. D'après l'arrêt : « Selon le principe du centre de gravité, ou, comme on l'appelle en droit nord-américain, *most significant relationship*, les règles du droit international privé cesseront d'être appliquées, exceptionnellement, lorsque, au vu des circonstances du cas, on constate que l'affaire a un lien beaucoup plus fort avec un autre droit, permettant ainsi à l'applicateur du droit une plus grande liberté pour décider du droit applicable dans le cas concret. » (Traduction libre du portugais).

la suite[2324]. Comme nous l'avions mentionné, les critères de rattachement traditionnels de l'article 9 de la LINDB et du Code Bustamante ont été rejetés en faveur du principe plus flexible de proximité, afin d'appliquer la loi brésilienne à un contrat international de travail, considérée comme la « meilleure » loi pour résoudre le litige[2325]. Pour rappel, depuis lors, la jurisprudence en matière de droit du travail au Brésil reste constante dans l'application du principe de faveur (pour le travailleur), en se basant sur divers arguments, incluant notamment les droits de l'homme (principe *pro homine*)[2326].

Conclusions du Chapitre

397. Ce deuxième chapitre a examiné les règles de conflit de lois d'origine nationale en l'absence de choix exercé par les parties. Dans un premier temps, nous observons une tendance majoritaire à faire une distinction entre la forme et le fond du contrat, avec des régimes distincts.

En ce qui concerne la *forme*, la règle *locus regit actum* prévaut en Amérique latine. Celle-ci accorde généralement à l'État où un acte juridique est conclu la compétence législative sur la forme de cet acte, en raison de sa proximité avec les parties. Cependant, comme cela a été précédemment discuté, quelques pays latino-américains adoptent d'autres critères pour régir la forme des contrats. Certains pays prévoient même plusieurs critères de rattachement possibles, la hiérarchie entre eux variant d'un pays à l'autre. De manière générale, pour les pays optant pour cette approche, en plus du lieu de conclusion, les rattachements utilisés sont ceux de la loi applicable au fond (comme en Argentine, au Pérou, en République dominicaine, au Venezuela et en Uruguay), de la loi d'exécution du contrat (comme en République dominicaine et au Venezuela), du domicile des parties (au Venezuela), ou encore de la loi du for, en particulier pour les contrats exécutés sur le territoire du pays concerné (ainsi au Brésil, au Mexique et au Nicaragua). Dans certains de

[2324] Dans le contexte du Code Bustamante, v. *supra* n° 244. Un arrêt récent du TST datant du 19 septembre 2023 confirme ce raisonnement. Selon l'arrêt : « Exceptionnellement, on applique le principe du Centre de Gravité (relation la plus significative), selon lequel les règles du droit international privé peuvent cesser d'être appliquées quand l'affaire présente un lien beaucoup plus fort avec un autre droit, en l'occurrence, le droit brésilien. Selon le principe juridique du Centre de Gravité (Otto Von Gierke) — qui, initialement, a été développé comme Théorie du Siège du Fait (Savigny) —, lorsqu'un fait génère des conséquences dans plusieurs pays simultanément, un fait mixte ou multinational se crée. Dans cette situation, tout juge sera compétent dès lors que, dans son pays, le fait a produit des effets. Or, bien que le fait produise des effets dans plusieurs ordres juridiques, il n'a qu'un seul siège juridique (un unique centre de gravité), car c'est seulement dans un des pays que le fait produit les effets les plus importants. Dans ce cas, il est constaté que la plus grande répercussion des effets s'est produite au Brésil, puisque, outre le fait que la prestation de services ait eu lieu, au moins en partie, dans les eaux nationales, l'auteur a été engagé au Brésil et y a intenté une action, des faits qui, selon la logique du système, justifient l'application de la législation brésilienne, "écartant l'application de l'accord collectif signé avec la Fédération Italienne des Transports et de la Convention du Travail Maritime" (conformément à la jurisprudence n° 30350-2015-009-09-00-3, jugée le 13/12/2018, par le rapporteur l'honorable juge Arion Mazurkevic) ». Brésil, TST, 5ª Turma, Ag-ARR — 11053-32.2016.5.09.0651, 19 septembre 2023 (traduction libre du portugais).

[2325] V. Brésil, TST, 1ª Turma, RR-186000-18.2004.5.01.0034, 5 octobre 2010.

[2326] V., p. ex., la décision du TST, Sous-section I spécialisée dans les litiges individuels, dans sa composition complète, TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR-15-72.2019.5.13.0015, 17 décembre 2023. Pour une étude de la loi applicable aux contrats internationaux de travail au Brésil, v. V. de Oliveira Mazzuoli, « Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos », *op. cit.*, p. 148-163.

ces États, les critères de rattachement pour déterminer la loi applicable sont alternatifs, favorisant ainsi la validité du contrat (comme c'est le cas de la République dominicaine, du Venezuela et du Paraguay). En outre, certains États latino-américains ont fait le choix d'unifier la loi applicable au fond et à la forme, et d'accorder aux parties un pouvoir plus étendu pour décider de la loi régissant la forme des contrats qu'elles concluent, comme c'est le cas au Paraguay et au Panama.

En ce qui concerne la loi applicable au *fond*, les législations nationales des pays latino-américains ont également suivi différentes approches, influencées par les conventions en vigueur dans la région et les tendances globales en droit international privé. Influencés par les normes des Traités de Montevideo et du Code Bustamante ou par les doctrines ayant présidé à leur élaboration, la grande majorité des États persistent à retenir une approche traditionnelle fondée sur des critères objectifs préétablis dans le cadre de la méthode classique savignienne.

Au sein de ce premier groupe de pays qui adoptent des critères de rattachement objectifs classiques, une première division a été opérée. D'un côté, représentant la grande majorité des États latino-américains, se trouvent les États qui ont suivi une méthode similaire à celle des Traités de Montevideo et privilégient le lieu d'exécution comme rattachement objectif pour régir les contrats. Comme il a été observé, ces pays ont adopté ce principe de manière plus ou moins nuancée, certains le considérant comme la loi régissant l'ensemble du contrat (p. ex., l'Argentine, Cuba, le Panama, le Pérou et l'Uruguay), tandis que d'autres l'ont limité à des aspects spécifiques du contrat (p. ex., le Mexique et le Nicaragua). Contrairement aux Traités de Montevideo, la législation de la plupart de ces États ne recourt pas au mécanisme des présomptions, l'Uruguay étant le seul à faire mention à l'« interprétation » du lieu d'exécution.

Par ailleurs, certains États sont encore plus restrictifs, en adoptant une approche unilatérale qui impose l'application de la loi interne aux contrats dont l'exécution est prévue sur leur territoire (p. ex., la Bolivie, la Colombie, le Chili, l'Équateur, le Honduras et le Salvador). Comme il a été démontré, cette règle unilatérale a été souvent bilatéralisée par la jurisprudence. D'un autre côté, ont été identifiés les États qui ont suivi les principes du Code Bustamante, en privilégiant le lieu de conclusion du contrat (Brésil) ou encore celui de la nationalité commune des parties, et à défaut, le lieu de conclusion du contrat (Costa Rica).

À l'autre extrémité du spectre se trouve un groupe plus restreint d'États ayant adopté l'approche flexible de la Convention de Mexico, en tant que rattachement de principe applicable en l'absence de choix. Selon celui-ci, la loi de l'État entretenant les liens les plus étroits avec la situation doit régir les contrats en l'absence de choix valable. L'ont notamment fait ce choix le Paraguay, la République dominicaine et le Venezuela.
En outre, le principe de proximité s'est inscrit dans les systèmes juridiques argentin, panaméen et uruguayen comme un moyen de corriger les règles rigides de rattachement, montrant une volonté commune d'adapter les règles classiques, afin de mieux faire

correspondre la loi applicable à la réalité du contrat, tout en maintenant un certain équilibre entre sécurité juridique et souplesse judiciaire. En Argentine, il intervient à travers une clause d'exception, tandis qu'au Panama et en Uruguay, il joue un rôle subsidiaire intégré dans la hiérarchie de rattachements.

En plus des divergences existantes, il convient de noter la présence générale de lacunes législatives ainsi que le manque de jurisprudence qui pourrait les combler, ce qui rend difficile la compréhension et l'application pratique de ces normes.

CHAPITRE III — LES QUESTIONS COMMUNES À L'HYPOTHÈSE DU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE ET À L'ABSENCE DE CHOIX

398. Conformément à la logique adoptée dans le Titre I, le présent Chapitre III traitera des questions transversales, en abordant notamment l'internationalité du contrat (Section 1), le domaine de la loi applicable au contrat (Section 2), le mécanisme du renvoi (Section 3), ainsi que les possibles « perturbations » à l'application d'une loi étrangère (Section 4). Par ailleurs, il a paru pertinent de consacrer une analyse spécifique à la protection des parties vulnérables (Section 5), ainsi qu'à l'examen de la place du droit non étatique dans les législations des pays latino-américains (Section 6).

Section 1 — Internationalité du contrat

399. S'agissant des sources internes du droit international privé, rappelons que la doctrine et la jurisprudence s'accordent généralement sur deux critères permettant de caractériser l'internationalité des contrats : le « critère juridique » d'une part, et le « critère économique » d'autre part. Le critère juridique qualifie d'international le contrat comportant des éléments d'extranéité, c'est-à-dire présentant des rattachements avec plusieurs ordres juridiques nationaux. Quant au critère économique, particulièrement développé par la jurisprudence française, il retient la qualification de contrat international lorsque celui-ci met en jeu les intérêts du commerce international[2327].
En Amérique latine, bien qu'il n'existe pas d'uniformisation en la matière, le critère juridique semble bénéficier d'une plus large adhésion[2328]. Force est de constater que la

[2327] Cf. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 5-14.

[2328] V. A. Boggiano, *Curso de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 680 ; I. Strenger, *Direito Internacional Privado*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 7-10 ; V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de direito internacional*

majorité des législations latino-américaines ne consacrent pas expressément la notion de contrat international dans leurs codifications, confiant ainsi à la doctrine et à la jurisprudence le soin d'en préciser les contours.

400. Définition législative du « contrat international ». Peu des pays ont une définition des contrats internationaux dans leurs législations internes : le Panama, le Paraguay et l'Uruguay en sont quelques exemples.

Le Code de droit international privé *panaméen* de 2014 comprend des critères permettant de déterminer le statut international d'un contrat. Son article 68 établit que les contrats sont réputés internationaux « lorsque les parties ont leur domicile dans des États différents *et* lorsque : 1. Le contrat comporte une prestation et une obligation portant sur des services, des biens ou des capitaux qui produisent leurs effets sur le territoire de la République du Panama ; *ou* 2. Les services, biens ou capitaux, ou leur cause juridique, se sont perfectionnés sur le territoire de la République du Panama ; *ou* 3. Les parties ont inclus une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux panaméens »[2329].

Le droit panaméen consacre ainsi une conception restrictive de l'internationalité, fondée sur des critères objectifs bien déterminés. L'internationalité d'un contrat suppose, selon l'article précité, la réunion cumulative de plusieurs conditions : d'une part, les parties doivent être domiciliées dans des États différents ; d'autre part, l'une des trois circonstances suivantes doit être établie : soit le contrat produit ses effets au Panama, soit son objet s'y « perfectionne », soit les parties ont désigné un tribunal panaméen comme juridiction compétente. Cette approche s'explique, selon la doctrine panaméenne, par la nécessité de distinguer le régime juridique applicable aux contrats internationaux de celui régissant les contrats purement internes. Elle vise notamment à empêcher que les parties puissent, par leur seule volonté, conférer un caractère international à un contrat qui en serait objectivement dépourvu[2330].

En *Uruguay*, la nouvelle loi de droit international privé consacre une définition du contrat international qui s'inspire à la fois de l'article 1 de la CVIM et de l'article 1.2 de la Convention de Mexico. Aux termes de l'article 44 de cette loi, un contrat revêt un caractère

---

privado, *op. cit.*, p. 408 ; J. Dolinger, *Contratos e obrigações no direito internacional privado*, *op. cit.*, p. 483-485 ; Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, p. 7 ; R. Silva Alonso, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 273.

[2329] Panama, Loi n° 61, du 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République de Panama* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2330] Cette doctrine illustre son propos par l'exemple d'un contrat de bail portant sur un immeuble situé à Panama, conclu entre un bailleur de nationalité colombienne et le gérant d'une entreprise coréenne. Dans une telle hypothèse, les parties « ne sauraient valablement soumettre ce contrat aux dispositions inflationnistes du droit de Miami (Floride) », sous peine de « tomber dans une simulation contractuelle quant au régime applicable et de commettre une fraude à la loi naturellement compétente pour régir l'économie de l'acte juridique considéré ». En d'autres termes, selon les mêmes auteurs, « lorsqu'une opération présente un caractère purement interne, l'autonomie de la volonté trouve sa limite dans l'ordre juridique national du pays concerné ». G. Boutin, R. Aparicio Alba, F. Flores Villa, *Panamá, Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá*, Panamá, Jurídica Pujol, 2022, p. 40-41 (traduction libre de l'espagnol).

international « lorsque les parties ont leur résidence habituelle ou leur établissement dans des États différents, *ou* lorsque le contrat présente des liens objectifs *pertinents* avec plus d'un État ». Cependant, en même temps que l'article prévoit que cette disposition doit être « interprétée de la manière la plus large possible », il précise que « le contrat ne peut pas être internationalisé par la simple volonté des parties »[2331].

Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, la jurisprudence uruguayenne a progressivement élaboré une conception extensive du caractère international des contrats. Initialement fondée sur un critère économique strict exigeant un « mouvement de flux et de reflux de marchandises et de capitaux au-delà des frontières »[2332], cette approche s'est élargie pour englober les contrats qui dépendaient d'une opération dont le mouvement de fonds dépassait le cadre de l'économie interne, même si le contrat ne provoquait pas en lui-même de transfert de valeurs au-delà des frontières[2333].

La Cour suprême de justice, dans un arrêt du 26 juillet 1982, consacra cette évolution en adoptant le courant juridique large, permettant ainsi de qualifier d'internationales non seulement les opérations impliquant directement un transfert de valeurs au-delà des frontières, mais également celles « qui leur sont connexes, destinées à faciliter, garantir ou rendre effectives celles qui se traduisent dans le trafic international »[2334]. Cette approche fut par la suite confirmée par une cour d'appel le 19 juin 1998, qui considéra qu'une relation juridique « dont les divers éléments se développent ou se configurent dans des États différents » est internationale[2335]. Comme l'a mis en avant la professeure Fresnedo de Aguirre, il ressort ainsi qu'il ne s'agit pas de rechercher des critères théoriques, mais des critères « objectifs » et « réels », inhérents à la relation soumise à l'appréciation du juge[2336].

Dans un arrêt du 23 mars 2023, appliquant encore l'ancien droit positif, la Cour suprême uruguayenne retint une approche combinant critères économiques et juridiques pour

---

[2331] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2332] TAC 2° t., *Vago, De Vega, Frigerio*, 24 avril 1970, Caso 967, ADCU I, P. Arrighi, « Jurisprudencia Uruguaya Actual de Derecho internacional Privado, Decho Civil Internacional », *Revista Uruguaya de DIPr*, Año II, N° 2, cité par C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 146-147 (traduction libre e l'espagnol).

[2333] JCL 3° t., *Moliga*, 18 mars 1977, n° 72, Caso 634, ADCU VIII, P. Arrighi, « Jurisprudencia Uruguaya Actual de Derecho internacional Privado, Decho Civil Internacional », *op. cit.*, p. 117, cité par C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 147.

[2334] SCJ, *Fons de Genta, Gatto de Souza*, 26 juillet 1982, LJU. c. 9316, com. V. Matteo, « Contratos Internacionales », *Rev. De D . Com. y de la Emp.*, n° 51-52, p . 15, cité par C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 147 (traduction libre e l'espagnol).

[2335] TAC 3°, *Klett – Rubial*, 19 juin 1998, n° 77, cité par C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 148 (traduction libre e l'espagnol).

[2336] C. Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 148, en référence à la doctrine de G.A. Lorenzo Idiarte (traduction libre e l'espagnol).

apprécier le caractère international du contrat[2337]. L'affaire opposait deux sociétés ayant leur siège en Uruguay lors d'un contrat de services portuaires. La demanderesse soutenait, en s'appuyant sur la jurisprudence uruguayenne antérieure, que le contrat devait être qualifié d'international en raison du « mouvement de flux et de reflux de marchandises et de capitaux au-delà des frontières » qu'il générait. La Cour écarta cette qualification. Elle releva que l'ensemble des éléments « objectifs et subjectifs » du contrat présentaient un rattachement exclusif avec l'Uruguay : les deux parties y avaient leur siège social ; la prestation caractéristique du contrat consistait notamment dans le chargement, le déchargement et l'entreposage de céréales, prestations qui s'exécutaient intégralement sur le territoire uruguayen ; et, surtout, les obligations contractuelles du prestataire s'achevaient sur le territoire national sans impliquer nécessairement le transport international des marchandises. Le tribunal précisa que l'éventuel déplacement transfrontalier des céréales résultait de relations juridiques distinctes et « indépendantes » entre le cocontractant et des tiers, étrangères au contrat litigieux. Le prestataire perdait en effet « tout contrôle matériel et juridique » sur les marchandises dès l'accomplissement de ses prestations. La Cour en conclut que, « dès lors que les deux parties sont domiciliées en Uruguay, que le contrat est exécuté et remplit entièrement ses effets obligatoires sur le sol uruguayen et, enfin, que l'objet du contrat n'implique aucun flux de marchandises au-delà des frontières, il n'existe aucun élément permettant de considérer ce contrat comme international »[2338].

La nouvelle loi confirme alors la conception extensive et juridique, mais strictement objective de l'internationalité, excluant expressément toute possibilité pour les parties de conférer un caractère international à leur contrat par la seule manifestation de leur volonté. Par ailleurs, le législateur uruguayen exige une internationalité *qualifiée*, ce qui signifie que la présence d'un simple élément d'extranéité ne suffit pas à caractériser l'internationalité du contrat : cet élément doit présenter une pertinence suffisante et un rattachement significatif avec l'ordre juridique étranger pour justifier la qualification internationale du rapport contractuel. Cette conception, qui confirme la jurisprudence antérieure, serait en outre, comme l'a souligné la professeure Fresnedo de Aguirre, compatible avec le système de Mexico et de Montevideo, qui adoptent tous les deux des critères objectifs pour la détermination de l'internationalité des contrats[2339].

Le *Paraguay* a adopté l'approche inspirée par les Principes d'Unidroit pour définir les contrats internationaux. Avec une formule négative, l'article 2 de la Loi paraguayenne applicable aux contrats internationaux, adoptée le 14 janvier 2015, dispose que « l'applicabilité de la présente loi aux contrats internationaux doit être interprétée de la manière la plus large possible et, seulement seront exclus ceux [contrats] dont tous les

[2337] Uruguay, SCJ, Ejecución de Sentencia Extranjera n° 255/2023, IUE 1-42/2021, *Corporación de Navíos Granos S.A. c. Kilafen S.A.*, 23 mars 2023.

[2338] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2339] C. Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado*, t. III, 1re éd., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2022, p. 259.

éléments *pertinents* sont liés à un seul État »[2340]. À l'instar de l'Uruguay, le droit paraguayen requiert une internationalité *qualifiée* : seuls les éléments d'extranéité « pertinents » sont susceptibles de conférer au contrat son caractère international. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, la jurisprudence retenait déjà une conception extensive de l'internationalité contractuelle, reconnaissant le caractère international d'un contrat dès lors « qu'y convergent plusieurs éléments d'internationalité »[2341]. Toutefois, l'appréciation de ces éléments de rattachement reposait essentiellement sur des critères objectifs, tels que la nationalité des parties contractantes, le lieu de conclusion du contrat ou encore le lieu de son exécution[2342].

En conclusion, l'analyse comparative des législations de ces quatre pays révèle une convergence vers une *approche juridique* de l'internationalité contractuelle, tout en manifestant des nuances significatives dans leur mise en œuvre. À la différence du Paraguay, l'Uruguay et le Panama se distinguent par une position particulièrement restrictive en limitant l'analyse de l'internationalité à des critères de rattachement purement *objectifs*, excluant ainsi expressément toute possibilité d'internationalisation du contrat par la seule volonté des parties. Par ailleurs, l'Uruguay et le Paraguay se rejoignent dans l'exigence d'une internationalité *qualifiée* : les éléments d'extranéité doivent être « significatifs » ou « pertinents » pour conférer au contrat son caractère international, évitant ainsi une internationalisation artificielle fondée sur des rattachements dépourvus de substance juridique. Sur le plan technique, le Paraguay adopte une démarche originale en recourant à une *définition négative* de l'internationalité, inspirée des Principes d'Unidroit, excluant uniquement les contrats dont tous les éléments pertinents sont liés à un seul État. Cette formulation se démarque de l'approche *positive* retenue par les deux autres pays. Cependant, le Panama se distingue par l'adoption d'une liste limitative de critères de rattachement susceptibles de conférer un caractère international au contrat, alors que le législateur uruguayen a privilégié une énumération alternative et indicative, ménageant ainsi une marge d'appréciation plus étendue au juge saisi du litige.

[2340] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2341] V. Paraguay, Corte Suprema de Justicia, Sala civil, Reconstitución del expdte. Hans Werner Bentz c. Cartones Yaguarete s.a. s/ incumplimiento de contrato, 21 mars 2013.

[2342] Corte Suprema de Justicia, Sala civil, Reconstitución del expdte. Hans Werner Bentz c. Cartones Yaguarete s.a. s/ incumplimiento de contrato, 21 mars 2013. Selon l'arrêt : « En premier lieu, il peut être souligné, sans crainte d'erreur, que le présent contrat est un contrat transnational ou international, dès lors qu'y convergent plusieurs éléments d'internationalité, tels que les différentes nationalités des parties contractantes, la conclusion dans un pays et le lieu d'exécution ou d'accomplissement dans un autre : « De tels contrats se caractérisent, par conséquent, par la présence d'un ou de plusieurs éléments d'internationalité par rapport à l'ordre juridique du point de vue duquel on se place pour examiner leur structure. Ces éléments d'internationalité sont, en général, les suivants : 1. la nationalité des parties ; 2. le siège des affaires de chacune des parties ; 3. le lieu de constitution (pour les personnes morales) ; 4. le lieu de conclusion du contrat ; 5. le lieu d'exécution du contrat ; 6. le lieu où se trouve le bien objet du contrat ; 7. la monnaie de paiement ; 8. le lieu du paiement » (Francesco Galgano, Fabrizio Marrella, *Diritto del Commercio Internazionale*, CEDAM, deuxième édition, Padoue, 2007, p. 279-280) ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

401. Construction jurisprudentielle de la notion de « contrat international ». La majorité des pays latino-américains n'ont pas de définition claire concernant la conception des « contrats internationaux », en laissant, ainsi, à la doctrine et à la jurisprudence la tâche de définir les contrats internationaux.

Par exemple, la législation *chilienne* ne mentionne pas expressément la définition d'internationalité d'un contrat, mais une interprétation littérale de l'article 16 du Code civil chilien et de l'article 113 de son Code de commerce, amène à la conclusion qu'un contrat ne sera considéré comme international que s'il a été conclu dans un autre État et s'il doit, en raison de ses dispositions, être exécuté au Chili[2343]. Cependant, les tribunaux nationaux ont opté pour une interprétation plus large. Selon la jurisprudence récente de la Cour suprême chilienne, un contrat serait international si l'un des contractants « est ressortissant d'un État étranger, ou a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État étranger, ou si le bien objet de l'acte ou du contrat est situé à l'étranger, ou encore si l'acte ou le contrat qui est exécuté ou conclu se déroule ou produit ses effets à l'étranger »[2344]. Cela dit, la Cour rejeta l'idée selon laquelle la simple présence d'un élément d'extranéité suffirait à conférer à l'affaire un caractère international : « […] pour qu'il s'agisse d'un véritable cas de droit international, cet élément d'extranéité doit être pertinent, c'est-à-dire important ou significatif »[2345]. Toutefois, dans un arrêt plus récent, la Cour suprême adopta, au terme d'un raisonnement sommaire et superficiel, une qualification tant juridique qu'économique du contrat international, reconnaissant ce caractère dès lors que « les parties sont de nationalités différentes et que les biens *transitent* entre deux États »[2346].

De même, la Loi *vénézuélienne* sur le droit international privé ne définit pas le contrat internationaux mais prévoit à son article 1er, en plus de ses sources, son champ d'application, qui est limitée aux « situations de fait liées à des dispositions juridiques

[2343] Cf. OEA. Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas, n° 138. Il convient toutefois de mentionner le Décret-loi n° 2349 du 13 octobre 1978 relatif aux normes applicables aux contrats internationaux conclus par le secteur public. Ce texte retient une conception restrictive de l'internationalité, fondée sur le critère du domicile des sociétés contractantes, tel que le prévoit son article premier : « Sont déclarées valides les clauses ayant pour objet de soumettre au droit étranger les contrats internationaux dont l'objet principal se rapporte à des affaires ou opérations de caractère économique ou financier, conclus ou à conclure par des organismes, institutions ou entreprises internationales ou étrangères ayant le centre principal de leurs activités à l'étranger, avec l'État du Chili ou avec ses organismes, institutions ou entreprises ». Cf. Chili, Décret-loi n° 2 349 du 13 octobre 1978, *Établit des normes sur les contrats internationaux pour le secteur public* (traduction libre de l'espagnol).

[2344] Cour suprême, *Marlex limitada c. European Industrial Engineering*, n° 2026-2007, 28 juillet 2008 ; en l'occurrence, la Cour a considéré que le fait que la société défenderesse avait son domicile ou sa résidence habituelle dans un État étranger « constitue un élément d'extranéité pertinent, qui permet de soutenir, en conséquence, que la convention conclue entre les parties est, effectivement, un contrat international » (traduction libre de l'espagnol). V. aussi, Cour suprême, *I. Schroeder Kg Gmbh Co*., n° 104262-2020, 19 juillet 2021, considérant que le contrat était international car il était conclu par « deux sociétés de nationalité et de résidence différentes ». En matière de juridiction compétente, v. Cour suprême, *Mauricio Hochschild S.A.I.C. c. Ferrostaal A.G*., n° 3247-2006, 22 janvier 2008, occasion où la Cour a considéré que le contrat n'était pas international car « les deux parties se trouvaient au Chili » et « que la partie demanderesse aurait mené des pourparlers, dans les termes indiqués, directement avec les représentants de la société allemande » dans ce pays.

[2345] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2346] Cour suprême, *Cruz Barriga Sergio Carlos* c. *Logistica Integral*, décision n° 1699-2009, 25 août 2010 (traduction libre de l'espagnol).

étrangères »[2347]. Ladite loi ne précise pas, cependant, quel type de lien la situation doit avoir avec des systèmes juridiques étrangers. Certains juristes ont suggéré, en se fondant sur cette norme, qu'un élément d'extranéité suffit pour qu'un contrat soit considéré comme international, y compris la nationalité des parties. Des critères économiques ont également été considérés comme acceptables ; une décision de 1997 de la Chambre politique et administrative de la Cour suprême de justice a statué que « le caractère international de l'accord doit être établi dans le sens le plus large. Il faut donc faire attention à tous les éléments possibles — objectifs et subjectifs — liés aux parties et à la relation litigieuse, qu'ils soient juridiques (p. ex. nationalité, domicile, lieu de conclusion) ou économiques (p. ex. transferts d'argent à l'étranger, transferts des biens et des services) »[2348]. Toutefois, la plupart des juristes vénézuéliens ont écarté la possibilité d'internationaliser le contrat par le simple choix d'une loi étrangère ; au contraire, il a été entendu que l'internationalité est une condition nécessaire à l'exercice de l'autonomie de la volonté[2349].

Au *Costa Rica*, la chambre constitutionnelle de la Cour suprême préféra une approche juridique pour la qualification de l'internationalité des contrats. Selon l'arrêt : « La doctrine nationale qui a étudié la question a reconnu comme juridiquement valable cette possibilité [inclusion d'une clause compromissoire désignant un tribunal arbitral étranger dans un contrat de représentation] lorsque les parties sont liées par un contrat international (relations produisant des effets dans deux ou plusieurs pays) »[2350]. La Cour adopta ainsi un caractère juridique qui privilégie le lieu d'exécution (lieu de production des effets) des contrats.

La Cour suprême *péruvienne*, quant à elle, privilégia le critère du domicile des parties pour qualifier le litige d'international, sans procéder à une analyse approfondie. Adoptant également une approche juridique, elle considéra que l'affaire revêtait un caractère international « dès lors que les parties au litige sont domiciliées dans des États différents, la banque demanderesse étant établie au Pérou et la société défenderesse en Espagne »[2351].

Au *Brésil*, les interprétations judiciaires sur la question ne sont pas harmonisées. Ce fut, ainsi, à la doctrine de poser la définition de contrat international. La doctrine brésilienne retient le critère juridique pour qualifier le contrat d'international[2352], le définissant comme celui « ayant pour objet des relations patrimoniales ou de services, dont les éléments sont liés à deux ou plusieurs systèmes juridiques extraterritoriaux, par le biais du domicile, de

---

[2347] Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

[2348] Venezuela, CSJ, Chambre politique et administrative, *Embotelladoras Caracas et al.* c. *Pepsi Cola Panamericana*, 9 octobre 1997.

[2349] Cf. OEA, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, *op. cit.*, n° 141.

[2350] Costa Rica, Cour suprême, Sala Constitucional, Res. nº 10352–2000, Exp. n° 99-008998-0007-CO, 22 novembre 2000 (traduction libre de l'espagnol).

[2351] Pérou, Cour suprême, Sala Civil Permanente, Cass. nº 1106-2017, 26 octobre 2017.

[2352] V. J. Grandino Rodas, « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », *op. cit.*, p. 21 ; A. de Castro, *Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 446-447 ; N. de Araujo, *Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 364.

la nationalité, du siège principal des affaires, du lieu de conclusion du contrat, du lieu d'exécution du contrat ou de toute autre circonstance qui mentionne un droit applicable »[2353].

La jurisprudence brésilienne a tendance à considérer le contrat international selon le critère juridique[2354], si bien que certaines décisions combinent également le critère juridique avec le critère économique[2355]. Dans un arrêt récent du STJ de 2019, la Cour a établi que la nature internationale d'un contrat « découle de son lien avec plus d'un ordre juridique »[2356]. Selon cet arrêt, les éléments d'un contrat international peuvent être identifiés à partir de la nationalité, du domicile et de la résidence des parties, du lieu de situation de l'objet, du lieu d'exécution de l'obligation, du lieu de conclusion de l'accord, du for choisi et de la loi applicable. Autrement dit, le STJ souligne que l'internationalité du contrat se fonde sur des éléments objectifs, relevant, ainsi, d'un critère juridique, sans qu'aucun d'entre eux ne bénéficie nécessairement d'une primauté.

En *Argentine*, faute de définition légale de contrat international, la doctrine s'est orientée également vers une conception juridique de l'internationalité contractuelle. Selon le professeur Antonio Boggiano, une situation revêt un caractère international « dès lors qu'elle présente des liens avec une pluralité d'ordres juridiques nationaux »[2357]. De manière plus restreinte, le professeur Werner Goldschmidt considère qu'un contrat est international « lorsque son lieu de conclusion, ou son lieu d'exécution, ou le domicile d'une des parties au moment de la conclusion se situe à l'étranger »[2358]. La professeure

---

[2353] I. Strenger, *Contratos Internacionais do Comércio*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 81 (traduction libre du portugais).

[2354] Dans une affaire rendue par la Quatrième chambre du Tribunal supérieur de Justice en 2000, la définition suivante du contrat international fut donnée : « […] ce contrat de garantie est un contrat international parce qu'il existe dans celui-ci l'élément déterminant de rattachement réel avec l'ordre juridique de deux pays, les États-Unis et le Brésil, établi par les entreprises étrangères d'un consortium national, en garantie du contrat de construction conclu au Brésil pour l'exécution de l'ouvrage au Brésil (STJ, REsp 251438— RJ, 8 août 2000). Dans cette définition, c'est l'aspect juridique qui a été privilégié.

[2355] Dans une décision rendue par la Troisième chambre du Tribunal supérieur de Justice en 1999, il a été décidé : « Ce ne sont pas seulement les facteurs géographiques ou relatifs au domicile des parties qui caractérisent le contrat international, par opposition aux contrats internes, mais c'est surtout la finalité du contrat. Cette finalité — le transport maritime de pays à pays, transnational — est en réalité une activité économique d'appui essentiellement aux contrats de vente internationale. Ces contrats sont conclus entre personnes de nationalités différentes et sont donc assujettis à différents systèmes juridiques. Ces systèmes juridiques finissent par être liés grâce à la volonté des parties » (STJ, *REsp 616,* du 13 août de 1999, commenté par J. Dolinger, *Contratos e obrigações no direito internacional privado, op. cit.*, p. 484.). Comme l'a bien souligné le professeur Dolinger, cette affaire est vue à travers le prisme économique par l'analyse de l'objectif de l'activité développée, et à travers le prisme juridique par la différence de domicile et de nationalité des parties contractantes. Une autre affaire jugée par le Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul portait sur un contrat de financement d'un voyage à l'étranger. Le tribunal a estimé que « la vente d'un billet aérien effectuée par une compagnie aérienne étrangère ou par un opérateur de tourisme étranger constitue un contrat international » (décision rendue par la 19e Câmara Cível du Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n° 70003296472, le 28 mai 2002). Dans cette affaire, le juge a pris en compte l'aspect économique de la transaction pour reconnaître le caractère international du contrat (V. J. Dolinger, *Contratos e obrigações no direito internacional privado, op. cit.*, p. 485).

[2356] Brésil, STJ, 3ª Turma, REsp n° 1 850 781/SP, 28 septembre 2021, DJe 1 octobre 2021 (traduction libre du portugais).

[2357] A. Boggiano, *Curso de derecho internacional privado:* derecho de las relaciones privadas internacionales, 2e éd., Buenos Aires, Abeledo-perrot, 2000, p. 29 (traduction libre de l'espagnol).

[2358] W. Goldschmidt, *Derecho internacional privado,* 7e éd., Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 14.

Sara Feldstein de Cárdenas partage cette analyse en définissant comme international le contrat qui, « que ce soit lors de sa formation, de son exécution ou de son extinction, comporte des éléments d'extranéité objectivement pertinents au regard d'un système juridique déterminé »[2359]. Cette approche exclut par conséquent la possibilité pour les parties de conférer un caractère international à un contrat par la seule désignation d'une loi étrangère, position également défendue par le professeur Boggiano[2360]. Le Code civil et commercial de 2015 paraît confirmer cette orientation en adoptant une qualification juridique pour déterminer l'applicabilité des règles de droit international privé (art. 2594 — « normes juridiques applicables aux situations présentant des liens avec plusieurs ordres juridiques nationaux »)[2361].

Bien que la jurisprudence argentine antérieure au Code civil et commercial ait ponctuellement recouru au critère économique pour qualifier l'internationalité des contrats, c'est le critère juridique qui s'est imposé de manière prédominante. Dans une décision remarquée rendue par le professeur Boggiano, alors juge de première instance (*Feramérico c. Lital*, 6 juin 1977), celui-ci a estimé, en s'appuyant sur la doctrine et la jurisprudence françaises, qu'un contrat doit être qualifié d'international lorsque « le déploiement de sa fonction économique à travers l'exécution des prestations met en relation deux ou plusieurs marchés nationaux »[2362]. Toutefois, son raisonnement a combiné les critères juridique et économique en reconnaissant que cette internationalité résultait tant de « la localisation des parties dans des États différents » que des « flux transfrontaliers de capitaux et de marchandises » inhérents à l'opération contractuelle[2363]. L'approche développée par le professeur Boggiano a été par la suite consacrée par la jurisprudence, notamment dans l'arrêt *Sagemüller* rendu le 10 août 1988 par une cour d'appel argentine[2364]. Dans cet arrêt, la juridiction d'appel a reconnu le caractère international d'un contrat dès lors que l'un ou l'autre des critères proposés se trouve satisfait. Ainsi, la Cour, en reprenant la définition du professeur Boggiano, a qualifié le

[2359] S.L. Feldstein de Cárdenas, *Derecho internacional privado: parte especial*, Ed. Univ, 2000, p. 343.

[2360] A. Boggiano, *Tratado de Derecho Internacional Privao*, t. II, *op. cit*., p. 275.

[2361] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[2362] Argentine, Juz. Nac. Com. 13, *Feramérico c. Lital S.A.*, 6 juin 1977 (traduction libre de l'espagnol).

[2363] Le jugement fait mention expresse à la conception française de l'approche économique, confirmant le caractère international du contrat « puisque tant le domicile des parties, situées dans des pays différents, que les marchandises vendues et le paiement du prix se caractérisent par un mouvement de va-et-vient de capitaux et de marchandises à travers les frontières, conformément à la thèse de la doctrine et de la jurisprudence françaises (cf. Batiffol-Lagarde, Droit international privé, II, 1971, n° 575, p. 221 ; cf. également l'arrêt de la chambre civile de Paris du 10 avril 1957, dans lequel le contrat international est caractérisé comme celui "qui met en jeu des intérêts de commerce international", J.C.P., 1957, II, 10.078, note Motulsky). Ce critère se révèle encore plus adéquat pour définir le caractère international de l'opération. Dans cette perspective, le critère peut encore être précisé, à notre avis, en qualifiant le contrat d'international lorsque son *synallagma* fonctionnel, c'est-à-dire le déploiement de sa fonction économique par l'exécution des prestations, met en relation deux ou plusieurs marchés nationaux ». Argentine, Juz. Nac. Com. 13, *Feramérico c. Lital S.A.*, 6 juin 1977 (traduction libre de l'espagnol).

[2364] Argentine, C2a. Civ. y Com. Paraná, sala II, Sagemüller, Francisco G. c. Sagemüller de Hinz, Liesse L. y otro, 10 août 1988.

contrat de vente internationale comme celui dont « le déploiement de sa fonction économique, par l'exécution des prestations, met en relation deux ou plusieurs marchés nationaux *ou* présente un rattachement réel, que ce soit au stade de sa conclusion ou de son exécution à l'étranger »[2365].

Toutefois, depuis lors, la jurisprudence argentine a définitivement favorisé l'approche juridique pour déterminer l'internationalité des contrats, fondée sur la présence d'éléments d'extranéité objectivement pertinents. De manière générale, les tribunaux argentins, en reprenant la définition de la doctrine nationale, considèrent qu'un contrat revêt un caractère international lorsqu'il présente des éléments de rattachement avec plusieurs ordres juridiques, notamment le domicile ou l'établissement des parties, le lieu de conclusion du contrat ainsi que celui de son exécution[2366]. Ainsi a-t-il été jugé que « tout élément de la relation juridique (réel, personnel ou lié au comportement) présentant un lien *pertinent* avec un État autre que l'État local confère un caractère international à l'obligation », au premier rang desquels figure le domicile des parties[2367].

D'autres éléments ont également été pris en considération, tels que le lieu de paiement désigné à l'étranger (à titre principal)[2368], ainsi que la monnaie et le taux d'intérêt utilisés

[2365] Selon l'arrêt : « Les circonstances indiquées [conclusion du contrat et domicile des vendeurs en Allemagne ; domicile de l'acheteur et de la société dont il achetait les titres en Argentine ; exécution du contrat en Argentine et en Suisse] suffisent, à mon sens, pour conclure que nous sommes en présence d'un contrat de vente internationale, entendu, pour reprendre les termes de Boggiano, comme celui dont le *synallagma* fonctionnel, c'est-à-dire le déploiement de sa fonction économique par l'exécution des prestations, met en relation deux ou plusieurs marchés nationaux ou présente un rattachement réel quant à la conclusion ou à l'exécution à l'étranger (« Derecho internacional privado », p. 471 et 517, éd. 1978) ». Cf. Argentine, C2a. Civ. y Com. Paraná, sala II, *Sagemüller, Francisco G. c. Sagemüller de Hinz, Liesse L. y otro*, 10 août 1988 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2366] V. en particulier, Argentine, Juz. Nac. Com. 16, Standard Bank London Ltd. c. ANCAP, 22 mars 2006 : « […] il s'agit, en l'espèce, d'une obligation née d'une convention pouvant être qualifiée de nature "internationale", étant donné que, bien que cette relation juridique ait été convenue en République argentine, les parties qui l'ont conclue ont leur domicile en dehors du pays et qu'il a été établi comme lieu d'exécution un marché étranger qui – comme la ville de New York – se trouve situé en dehors du territoire de la République. […] Il s'agit donc, en somme, d'une relation contractuelle présentant de multiples points de rattachement avec divers États étrangers et, par conséquent, également liée à différentes législations étrangères. ») ; et CNCom., sala C, *Rovagnati, Vicenzo SPA c. Wasserman*, 16 février 2007, considérant le contrat comme international en raison de l'établissement du demandeur en Italie. V. aussi, Juz. Nac. Com. 13, secretaría 26, *Vázquez, Jorge Luis c. Western Union Financial Service*, 28 mars 2007, où il a été décidé qu'un contrat est international lorsque « l'on observe que le lieu de sa conclusion est différent de celui de son exécution. » (Traduction libre de l'espagnol).

[2367] Bien qu'en l'espèce, la Cour ait privilégié le domicile comme critère déterminant de l'internationalité, qu'elle affirme être « l'élément de rattachement le plus important du droit international privé argentin ». Cf. Argentine, CNCom., sala B, *Aron Rabe e hijos SA*., 30 novembre 2004 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2368] Argentine, CNCom., sala C, *Aerofarma Laboratorios S.A. s. concurso preventivo*, 20 octobre 2005 : « L'obligation a acquis un caractère international lorsque les parties ont désigné un lieu de paiement à l'étranger (cf. Marzorati, Osvaldo, *Derecho de los Negocios Internacionales*, éd. Astrea, 1993, p. 14) […] À ce qui précède s'ajoute le fait qu'il s'agit d'intrants provenant de l'étranger et que la partie intervenante a son domicile dans la République du Chili. » (Traduction libre de l'espagnol).

dans un pays étranger (à titre subsidiaire)[2369]. Dans une autre affaire, il a été jugé que la simple mention dans le contrat d'un numéro de compte ouvert auprès d'une banque étrangère ne suffit pas à conférer au contrat un caractère international dès lors que « les deux parties contractantes étaient argentines, que le lieu de conclusion se situait dans notre pays, que le lieu de paiement était la Banque centrale de notre République et que les lois de change régissant le contrat étaient les lois nationales »[2370]. À cette occasion, la juridiction s'est fondée, encore une fois, sur la doctrine nationale pour proposer une définition a contrario de l'internationalité : « un contrat est national lorsque tous ses éléments se rattachent à un seul ordre juridique, tandis que, selon le droit international privé argentin de source interne, un contrat est international lorsque le lieu de sa conclusion et celui de son exécution se situent dans des États différents »[2371].

402. L'analyse jurisprudentielle de ces États révèle une légère oscillation (voire parfois une combinaison imprécise) entre une conception économique et une conception juridique de l'internationalité contractuelle, cette dernière apparaissant toutefois comme l'approche dominante. Par ailleurs, les juridictions latino-américaines privilégient notoirement des critères de rattachement objectifs pour établir le caractère international du contrat, sans qu'une prédominance claire ne se dégage entre eux. Le lieu d'exécution constitue le critère le plus fréquemment invoqué par les tribunaux, suivi du domicile des parties. Les critères relatifs au lieu de conclusion et à la nationalité sont également pris en considération, bien qu'aucune prééminence systématique de l'un sur l'autre ne puisse être véritablement constatée dans la jurisprudence.

En conclusion, l'absence d'une définition uniforme de l'internationalité des contrats en Amérique latine n'empêche pas de dégager une tendance commune aux différents systèmes juridiques de la région. Qu'ils aient consacré une définition expresse ou qu'ils aient privilégié une approche implicite, les droits latino-américains convergent vers une qualification essentiellement *juridique* de l'internationalité contractuelle. Cette qualification s'appuie principalement sur des critères *objectifs* de rattachement, excluant ainsi, en général, toute détermination reposant exclusivement sur la volonté des parties. Malgré quelques exceptions, la tendance générale consiste à ne pas circonscrire l'analyse de l'internationalité à une liste fermée de critères de rattachement. Toutefois, l'examen de

---

[2369] Argentine, Juz. Nac. Com. 16, *Standard Bank London Ltd. c. ANCAP*, 22 mars 2006 : « Cela [lieu du domicile autre que celui de l'exécution du contrat], indépendamment du fait qu'a également été convenue comme monnaie de paiement une devise autre que la monnaie nationale (le dollar des États-Unis) et qu'a été fixée comme taux d'intérêt une référence étrangère d'origine britannique, en l'occurrence la "LIBOR". » (traduction libre de l'espagnol).

[2370] La Cour affirme que, « le fait que les dollars objet de la vente de devises devaient être virés sur un compte à New York et qu'une banque ait été désignée pour la remise des fonds ne signifie pas que le lieu d'exécution ait été la ville de New York ». Cf. Argentine, CNCiv. y Com. Fed., sala III, Banco Europeo para América Latina c. Banco de Galicia, 27 octobre 2006 (traduction libre de l'espagnol).

[2371] L'arrêt fait référence expresse aux doctrines suivantes : Weinberg, Inés M., Derecho Internacional Privado, p. 251 ; Boggiano, Antonio, Curso de Derecho Internacional Privado, Abeledo-Perrot, p. 588 ; Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado, 9e éd., LexisNexis, p. 393 ; Kaller de Orchansky, Berta, Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, 5e éd., p. 346-347 ; Marzorati, Osvaldo J., Derecho de los negocios internacionales, Astrea, p. 14-15. Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

la jurisprudence révèle que les tribunaux latino-américains accordent une importance particulière au domicile des parties et au lieu d'exécution du contrat dans l'appréciation du caractère international d'une relation contractuelle, sans pour autant exclure la prise en compte d'autres critères (comme, par exemple, la nationalité des parties, le lieu de conclusion du contrat, entre autres).

Section 2 — Domaine de la loi du contrat

403. En dehors du cadre régional, les lois nationales en Amérique latine présentent souvent des lacunes au sujet du domaine de la loi du contrat et ne sont pas claires sur les matières qui doivent être régies par la loi désignée comme applicable à un contrat international. Certaines législations internes mentionnent expressément le domaine de la loi applicable au contrat (§1), mais, dans la majorité des systèmes juridiques, des lacunes sont toujours présentes (§2).

Comme cela a déjà été relevé lors de l'analyse des sources conventionnelles, il importe également de préciser que la présente section sera consacrée exclusivement à la loi applicable au fond des contrats. Toutefois, il convient de noter que, à l'instar des traités examinés, la plupart des systèmes juridiques latino-américains opèrent certaines distinctions, notamment en ce qui concerne la forme des contrats — qui fait l'objet de règles particulières —, déjà analysées[2372]. En outre, certains États maintiennent une division en matière contractuelle, appliquant une loi à la formation du contrat et une autre à ses effets, ainsi que cela a été évoqué dans la partie relative à la loi applicable en l'absence de choix[2373]. Par ailleurs, la capacité des parties est fréquemment soumise à un régime spécial relevant, en principe, du statut personnel des individus. En Amérique latine, ce statut s'est historiquement partagé entre la loi nationale et la loi du domicile, raison pour laquelle il paraît nécessaire de consacrer un paragraphe préliminaire à quelques éclaircissements à ce sujet.

Paragraphe préliminaire — Capacité

404. L'Amérique latine présente un clivage marquant dans le choix du critère applicable pour régir le statut personnel des individus, oscillant principalement entre la loi nationale et la loi du domicile. Par ailleurs, cette question est restée l'un des principaux obstacles à une codification régionale harmonisée du droit international privé latino-américain. Dès l'origine, la controverse a opposé les tenants de la nationalité à ceux du domicile, comme l'avait analysé Bustamante, qui soulignait que la nationalité convenait davantage aux États

[2372] V. *supra* n° 344 et s.

[2373] V. *supra* n° 374 et s.

européens, tandis que le domicile était plus adapté à l'Amérique, continent largement composé d'États d'immigration[2374].

Certains pays, comme le Chili, et ceux qui se sont inspirés du Code chilien, à savoir le *Salvador*, l'*Équateur*, la *Colombie*, le *Costa Rica* et le *Honduras*, appliquent une règle unilatérale de rattachement à la loi nationale d'application extraterritoriale, imposant cette dernière à leurs ressortissants, quels que soient leur résidence ou leur domicile[2375]. Cette position reflète une conception nationaliste et souveraine du statut personnel, assurant une continuité juridique fondée sur l'appartenance à la communauté nationale.

Cuba et le Panama disposent de règles spécifiques régissant la loi applicable aux personnes de nationalité étrangère. *Cuba* adopte une disposition analogue à celle du Chili, sans toutefois établir de distinction entre nationaux et étrangers : la capacité « des personnes » est régie par « la loi dont elles sont ressortissantes »[2376]. Le *Panama*, quant à lui, privilégie une approche hybride : d'une part, une règle unilatérale s'applique aux nationaux, lesquels demeurent soumis au droit panaméen même lorsqu'ils résident à l'étranger ; d'autre part, s'agissant des étrangers, il est présumé que leur statut personnel relève de leur loi nationale, à moins que celle-ci ne désigne une loi tierce, auquel cas le renvoi est admis[2377].

À l'opposé, une autre tendance significative, adoptée notamment par l'Argentine, le Mexique, le Brésil, le Guatemala, le Nicaragua, le Pérou, la République dominicaine, l'Uruguay et le Venezuela, privilégie le critère du domicile pour déterminer le statut

---

[2374] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 90-91 (traduction libre de l'espagnol). Sur les discussions à ce sujet lors de l'adoption du Code Bustamante, v. *supra* n° 45.

[2375] V. l'art. 15 du Code civil chilien : « Les Chiliens restent soumis aux lois de leur pays qui régissent les obligations et les droits civils, nonobstant leur résidence ou leur domicile dans un pays étranger. 1º. En ce qui concerne l'état des personnes et leur capacité à accomplir certains actes qui doivent prendre effet au Chili » ; l'art. 15 du Code civil du Salvador (« Les lois nationales qui régissent les obligations et les droits civils resteront applicables aux Salvadoriens, indépendamment de leur résidence ou domicile à l'étranger : 1. En ce qui concerne l'état des personnes et leur capacité à accomplir certains actes qui doivent produire des effets au Salvador ») ; l'art. 14 du Code civil de l'Équateur (« Les Équatoriens, même s'ils résident ou sont domiciliés à l'étranger, sont soumis aux lois de leur patrie : 1. En tout ce qui concerne l'état des personnes et leur capacité à accomplir certains actes, pour autant que ceux-ci doivent être réalisés en Équateur ») ; l'art. 19 du Code civil de la Colombie (« Les Colombiens résidents ou domiciliés dans un pays étranger restent soumis aux dispositions de ce Code et des autres lois nationales régissant les droits et obligations civils : 1°) En ce qui concerne l'état des personnes et leur capacité à réaliser certains actes devant produire effet dans l'un des territoires administrés par le gouvernement général, ou dans les matières relevant de la compétence de l'Union. » ; l'art. 23 du Code civil du Costa Rica « Les lois de la République relatives à l'état et à la capacité des personnes obligent les Costariciens pour tout acte juridique ou contrat devant être exécuté au Costa Rica, quel que soit le pays où le contrat est exécuté ou conclu […] » ; et l'art. 13 du Code civil du Honduras (« Les lois relatives aux droits et devoirs de la famille, ou à l'État, à la condition et à la capacité juridique des personnes s'imposent aux Honduriens, même lorsqu'ils résident à l'étranger. ») (Traductions libres de l'espagnol).

[2376] V. l'art. 12 du Code civil cubain : « 1. La capacité civile des personnes pour exercer leurs droits et accomplir des actes juridiques est régie par la législation de l'État dont elles sont ressortissantes. 2. Celle des personnes apatrides résidant dans notre pays est régie par la législation cubaine. […] » (Traduction libre de l'espagnol).

[2377] V. l'art. 23 du Code de droit international privé du Panama : « L'état, la capacité et le droit de la famille des Panaméens sont régis par la loi panaméenne, même s'ils résident à l'étranger. Il est présumé que le statut personnel des étrangers est régi par leur loi nationale, sauf si celle-ci désigne un autre critère de rattachement. En ce sens, le juge panaméen appliquera la loi désignée par la norme de conflit de la loi nationale étrangère. » (Traduction libre de l'espagnol).

personnel[2378]. Ce choix renvoie à une conception plus territoriale, reflétant une volonté de proximité avec le lieu de vie des individus.

En outre, certains États présentent des règles spécifiques à la capacité des personnes morales. Cette approche est visible dans les législations du Pérou, de la République dominicaine, de l'Uruguay, du Venezuela, de Cuba et du Panama, où la loi du lieu de constitution est systématiquement désignée comme la loi régissant la capacité des personnes morales, ce qui marque un consensus clair dans ce domaine[2379]. Dès lors, contrairement au statut personnel des personnes physiques où un clivage important oppose l'approche de la nationalité à l'approche du domicile, les législations latino-américaines

[2378] V. l'art. 2616 du Code civil et commercial de l'Argentine (« La capacité de la personne physique est régie par le droit de son domicile ») ; l'art. 13.II, du Code civil fédéral du Mexique (« L'état et la capacité des personnes physiques sont régis par la loi du lieu de leur domicile ») ; l'art. 7 de la LINDB au Brésil (« La loi du pays dans lequel la personne est domiciliée détermine les règles concernant le commencement et la fin de la personnalité, le nom, la capacité et les droits de la famille » ; l'art. 24 du Code civil du Guatemala (« L'état personnel et la capacité des personnes ainsi que les relations familiales sont régis par les lois de leur domicile » ; le Paragraphe VI du Titre préliminaire du Code civil du Nicaragua (« En ce qui concerne les conflits qui surviennent dans l'application des lois de différents pays, on observera les règles suivantes : 1ª La capacité civile des Nicaraguayens est régie par la loi de leur domicile ») ; l'art. 2070 du Code civil du Pérou (« L'état et la capacité de la personne physique sont régis par la loi de son domicile. Le changement de domicile n'altère pas l'état, ni ne restreint la capacité acquise en vertu de la loi du domicile précédent. Un acte juridique conclu au Pérou en matière de droit des obligations et des contrats n'est pas nul pour insuffisance de capacité si l'agent est capable selon la loi péruvienne, sauf s'il s'agit d'un acte juridique unilatéral ou de droits portant sur des biens situés à l'étranger ») ; l'art. 31 de la Loi de droit international privé de la République dominicaine (« La capacité et l'état civil des personnes physiques sont régis par la loi de leur domicile. Paragraphe I. Les conditions particulières de capacité, prescrites par la loi applicable à une relation juridique, sont régies par cette même loi. Paragraphe II. Le changement de domicile ne restreint pas la capacité acquise. Paragraphe III. Les incapacités découlant d'une relation juridique sont régies par la loi applicable à cette relation ») ; l'art. 20 de la Loi générale de droit international privé de l'Uruguay (« La capacité d'exercice des personnes physiques est régie par la loi de leur domicile. À cette fin, le domicile est considéré comme la résidence habituelle. Ne seront pas reconnues les incapacités fondées sur des motifs de nature pénale, de race, religion, sexe, nationalité ou opinion. Le changement de domicile ne restreint pas la capacité acquise ») ; et les arts. 16 à 19 de la Loi de droit international privé du Venezuela (« Art. 16 — « L'existence, l'état et la capacité des personnes sont régis par le droit de leur domicile » ; « Art. 17 — Le changement de domicile ne restreint pas la capacité acquise » ; « Art. 18 — La personne qui est incapable selon les dispositions précédentes agit valablement si le droit régissant le contenu de l'acte la considère capable » ; « Art. 19 — Ne produiront pas d'effet au Venezuela les limitations à la capacité établies par la loi du domicile qui reposeraient sur des différences de race, nationalité, religion ou rang » (Traductions libres de l'espagnol et du portugais pour le Brésil).

[2379] V. l'art. 2073 du Code civil du Pérou (« L'existence et la capacité des personnes morales de droit privé sont régies par la loi du pays où elles ont été constituées ») ; l'art. 37 de la Loi de droit international privé de la République dominicaine (« Les sociétés commerciales et les entreprises individuelles à responsabilité limitée sont régies par la loi de l'État dans le territoire duquel elles ont été constituées et où elles ont leur siège social ») ; l'art. 33 de la Loi générale de droit international privé de l'Uruguay (« Les personnes morales de droit privé sont régies par la loi du lieu de leur constitution en ce qui concerne leur existence, leur nature, leur capacité à être titulaire de droits et d'obligations, leur fonctionnement, leur représentation, leur dissolution et leur liquidation. La loi du lieu de constitution s'entend comme celle de l'État où sont remplies les conditions de forme et de fond requises pour la création de telles personnes ») ; l'art. 20 de la Loi de droit international privé du Venezuela (« L'existence, la capacité, le fonctionnement et la dissolution des personnes morales de droit privé sont régis par la loi du lieu de leur constitution. S'entend par lieu de constitution celui où sont remplis les critères de forme et de fond exigés pour la création de ces personnes morales ») ; l'art. 12, § 3, du Code civil de Cuba (« Pour les personnes morales, la législation applicable est celle de l'État selon lequel elles ont été constituées ») ; et l'art. 24 du Code de droit international du Panama (« Les personnes morales sont régies par la loi du lieu de leur constitution. La loi du lieu de constitution régit ce qui concerne les conditions de forme pour la création, l'existence et la capacité à être titulaire de droits et d'obligations, ainsi que le fonctionnement, la nationalité, la dissolution et la fusion des personnes morales. […] La loi panaméenne régule les actes de publicité affectant les personnes morales lorsqu'ils sont inscrits au Registre public ») (Traductions libres de l'espagnol).

convergent largement pour les personnes morales vers un rattachement territorial fondé sur le lieu de constitution.

§1 — Pays précisant le domaine de la loi du contrat

405. Les systèmes nationaux les plus récents, tels que ceux de l'Argentine, du Panama, du Paraguay et de l'Uruguay, comportent des dispositions explicites sur le domaine de la *lex contractus*. Bien qu'elles soient diversement formulées, les législations de ces pays incluent généralement des éléments tels que l'existence, la validité substantielle, les droits et obligations découlant du contrat, ainsi que leurs effets ou leur exécution.

Enfin, les législations de la République dominicaine et du Costa Rica nécessitent une attention particulière. Bien que ces législations ne soient pas précises quant au domaine de la loi applicable, elles renferment certains indices susceptibles d'orienter les juges en ce sens. Néanmoins, dans les deux cas, le manque d'analyse jurisprudentielle et doctrinale de ces dispositions ne suffit pas à surmonter les lacunes existantes.

406. Mention expresse du domaine de la loi : Argentine, Panama, Paraguay et Uruguay. En *Argentine*, l'article 2651 du Code civil et commercial énonce expressément l'étendue du domaine de la loi du contrat. Cette disposition prévoit que les contrats sont régis par le droit choisi par les parties pour ce qui concerne « leur validité intrinsèque, leur nature, leurs effets, leurs droits et leurs obligations »[2380]. Il convient de relever que la prescription est également soumise à la loi applicable au fond du litige (art. 2671).

Au *Panama*, plusieurs articles du Code de droit international privé sont dédiés à la matière contractuelle. De façon générale, la loi applicable au contrat régit : l'existence, la validité du contrat et les dispositions du contrat (art. 71), tout comme la nullité affectant la substance du contrat (art. 75). La loi panaméenne prévoit que certains aspects du contrat seront régis par des lois spécifiques. Ainsi, le consentement de chacune des parties est soumis à la loi de leur statut personnel respectif (art. 71, dernière phrase), la prescription extinctive ou acquisitive est régie par la loi qui gouverne le rapport d'obligation objet de la prescription (art. 74) et la nullité qui affecte la partie substantielle du contrat est régie par la loi applicable au contrat (art. 75, deuxième alinéa)[2381].

[2380] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[2381] « Art. 71 — L'existence et la validité du contrat ou de l'une quelconque de ses dispositions sont régies par la loi applicable au contrat. Toutefois, le consentement de chacune des parties est soumis à la loi de leur statut personnel respectif. » ; « Art. 74 — La prescription extinctive ou acquisitive est régie par la loi qui régit le rapport d'obligation objet de la prescription. » ; « Art. 75 — La nullité des contrats quant à leur forme est régie par la loi qui en régit la forme. La nullité affectant le fond du contrat est régie par la loi applicable au contrat conformément aux dispositions de l'article 69. » ; et « Art. 3 — La forme des actes est régie par la loi désignée par l'autonomie de la volonté des parties ou, à défaut, par la loi du lieu de conclusion. ». Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

En *Uruguay*, la nouvelle Loi générale de droit international privé dispose à l'article 48 relatif à la loi applicable en l'absence d'accord, que, dans un tel cas, les contrats seront régis par la loi du lieu d'exécution en ce qui concerne « leur existence, leur validité totale ou partielle, leur interprétation, leurs effets, les modes d'extinction des obligations »[2382]. Toutefois, la dernière partie de l'article élargit le champ de la *lex contractus* en précisant qu'elle englobe « en somme, toutes les questions relatives à l'un quelconque de ses aspects »[2383].

Au *Paraguay*, la législation se singularise au sein du panorama législatif régional. S'inspirant des Principes de La Haye, l'article 13 de la loi paraguayenne sur le droit applicable aux contrats internationaux adopte une conception particulièrement extensive du champ d'application de la loi du contrat, en lui conférant une portée qui dépasse celle retenue dans les autres législations latino-américaines. Selon le premier paragraphe de cet article, le droit applicable régit « tous les aspects du contrat entre les parties, notamment : a) son interprétation ; b) les droits et obligations découlant du contrat ; c) l'exécution du contrat et les conséquences de son inexécution, y compris l'évaluation des dommages et des préjudices ; d) les différents modes d'extinction des obligations, la prescription et la forclusion ; e) la validité et les conséquences de la nullité du contrat ; f) la charge de la preuve et les présomptions légales ; et f) les obligations précontractuelles »[2384]. Enfin, dans une formulation résolument libérale, inspirée du principe du *favor negotii*, le paragraphe 2 du même article précise que, bien que le droit applicable gouverne la validité du contrat ainsi que les effets de sa nullité, cette préoccupation n'exclut pas l'application d'un autre droit propre à confirmer la validité formelle de l'acte[2385].

À la différence des législations voisines, la loi paraguayenne opère une extension particulièrement significative du champ d'application de la *lex causae*. Elle se distingue notamment par la reconnaissance explicite, à la *lex contractus*, de la compétence pour régir l'évaluation du dommage et la prescription — solutions que l'on retrouve également à l'article 12 du Règlement Rome I, ainsi qu'à l'article 9.1 des Principes de La Haye. Par ailleurs, elle intègre, à l'instar de l'article 18 de ce même règlement et de l'article 9.1, f des Principes susmentionnés, la charge de la preuve. Cependant, la loi paraguayenne va au-delà du Règlement européen, comme le font également les Principes de La Haye, en soumettant aussi les obligations précontractuelles à la loi du contrat, unifiant ainsi le traitement de l'ensemble des phases contractuelles, depuis la négociation jusqu'à l'extinction éventuelle des obligations.

[2382] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[2383] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2384] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

[2385] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

De plus, contrairement aux autres législations latino-américaines, la liste énoncée par la loi paraguayenne n'a pas un caractère exhaustif, mais plutôt indicatif. Ce caractère apparaît clairement à travers l'usage du terme « notamment » dans l'article 13, qui traduit la volonté de ne pas restreindre strictement le champ d'application de la loi aux seuls aspects énumérés, amplifiant, ainsi, de manière considérable le domaine de la loi du contrat[2386]. En outre, l'article 14 de la loi paraguayenne prévoit une règle spéciale en matière de cession de crédit. Selon cet article :

> « En cas de cession contractuelle d'un crédit détenu par un créancier à l'encontre d'un débiteur, fondée sur un contrat liant ces derniers, il sera procédé de la manière suivante : a) si les parties au contrat de cession de crédit ont choisi la loi régissant leur contrat, la loi choisie gouverne les droits et obligations du créancier et du cessionnaire découlant de leur contrat ; b) si les parties au contrat entre le débiteur et le créancier ont choisi la loi qui régit leur contrat, la loi choisie détermine : 1) si la cession de crédit est opposable au débiteur ; 2) les droits du cessionnaire à l'encontre du débiteur ; 3) si le débiteur a été libéré de ses obligations. »[2387]

407. Indices sur le domaine de la loi : Costa Rica et République dominicaine. Le Code civil du *Costa Rica* donne quelques indices sur le domaine de la loi applicable. En effet, une distinction est faite entre « l'interprétation » d'un contrat et la détermination « des vices médiats ou immédiats qui en résultent », régis par la loi du lieu de conclusion du contrat en l'absence de nationalité commune des parties (art. 27). En outre, à la différence de la loi paraguayenne, le Code costaricain prévoit que la « prescription et tout ce qui concerne la manière de satisfaire ou de faire cesser les obligations » ne rentrent pas dans le domaine de la loi applicable et restent régis par la loi du for, si le contrat doit être exécuté dans le pays (art. 26)[2388].

À son tour, la loi de la *République dominicaine* en matière de droit international privé se démarque par une architecture normative ciblée, tout en affichant une étendue d'application particulièrement significative. Contrairement à d'autres ordres juridiques d'Amérique latine, qui tendent à adopter des dispositions générales définissant le domaine de la loi applicable aux contrats, la République dominicaine n'a pas retenu une telle règle de portée générale. Elle a plutôt choisi une méthode sectorielle, illustrée à travers l'article 65 relatif aux contrats d'assurance.

Malgré cette limitation formelle à un type spécifique de contrat, le contenu de cet article révèle une approche largement extensive. Selon l'article 65, la « loi applicable au contrat en vertu de l'article 64 », qui fixe les règles applicables aux contrats d'assurance, « comprend : 1) son interprétation ; 2) les droits et obligations des parties ; 3) l'exécution

---

[2386] En ce sens, v. R. Díaz Labrano, « Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley nº 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay », *op. cit.*, p. 291.

[2387] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

[2388] Costa Rica, Loi n° 63, *Code civil*, 28 septembre 1887 (traduction libre de l'espagnol).

des obligations qu'il établit et les conséquences de l'inexécution du contrat, y compris l'évaluation des dommages dans la mesure où elle peut conduire au paiement de dommages-intérêts compensatoires ; 4) les différents modes d'extinction des obligations, y compris la prescription et la déchéance des actions ; 5) les conséquences de la nullité ou de l'invalidité du contrat ; 6) l'acquisition et la perte inter partes d'un droit réel au sens du paragraphe de l'article 76 »[2389]. Cet article 76 précise que : « La possession, la propriété et les autres droits réels portant sur des biens meubles et immeubles, ainsi que leur publicité, sont régis par la loi de l'État dans lequel se trouvent les biens »[2390].

L'article 65 établit avec une précision et une ampleur remarquables, l'étendue du champ d'application de la loi applicable, s'inscrivant en ce sens dans la continuité de la loi paraguayenne tout en allant au-delà de celle-ci, notamment en incluant des questions de droits réels inter partes. Cependant, la limitation formelle de cette norme aux seuls contrats d'assurance pose question. Pourquoi cantonner une disposition d'une telle portée à un type contractuel aussi spécifique ?

À notre sens, bien que l'article 65 de la loi dominicaine sur le droit international privé soit expressément dédié aux contrats d'assurance, son contenu dépasse largement ce cadre particulier. En effet, loin de se restreindre à un aspect ponctuel de ce type de contrats, il dresse un véritable catalogue des matières que la loi applicable est appelée à régir : interprétation, droits et obligations des parties, exécution et inexécution, etc. Ces éléments constituent, en réalité, le noyau essentiel des relations contractuelles en général, quelle que soit leur nature spécifique.

Autrement dit, la logique et la systématique de l'article traduisent une volonté manifeste de définir, en pratique, l'étendue générale de la loi applicable à tout contrat, même si la loi dominicaine choisit de l'inscrire formellement dans le cadre des contrats d'assurance. De ce fait, il s'apparente à une véritable clause générale illustrant la conception dominicaine de ce que doit recouvrir la loi applicable à l'ensemble des obligations contractuelles. Dès lors, on peut légitimement considérer que cette règle possède une valeur représentative et transposable, destinée à servir de modèle implicite pour l'ensemble des relations contractuelles. En pratique, cela signifie que l'article 65 pourrait être interprété comme une disposition de portée générale, offrant ainsi au juge et aux praticiens un cadre de référence pertinent pour déterminer le domaine d'application de la loi à d'autres types de contrats.

[2389] République dominicaine, Loi n° 544, du 5 décembre 2014, Loi sur le droit international privé de la République dominicaine (traduction libre de l'espagnol).

[2390] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

§2 — Pays présentant des lacunes quant au domaine de la loi du contrat

408. En dehors des cas étudiés précédemment, les États latino-américains ne disposent pas de normes explicites concernant la délimitation du champ d'application de la loi applicable. De plus, des lacunes subsistent en l'absence d'interprétations jurisprudentielle et doctrinale sur le sujet.

D'une part, les normes internes de certains États, tels que la Bolivie[2391], le Brésil[2392], Cuba[2393], le Pérou[2394] et le Venezuela[2395], ne font aucune référence au champ d'application de la loi du contrat, se contentant de mentionner que telle loi « régit » les contrats ou encore, en ajoutant une précision quant à la « qualification » des obligations, comme c'est le cas du Brésil (art. 9 de la LINDB) et de Cuba (art. 18 du Code civil)[2396].

En outre, certains pays paraissent restreindre le champ d'application de la loi applicable à des questions liées aux « effets » des contrats, sans que cela soit défini, en suivant, ainsi, l'ancienne scission de la loi applicable à la substance des contrats[2397]. Cela est le cas du Chili, de la Colombie, du Mexique, du Salvador, de l'Équateur, du Honduras et du Nicaragua, qui présentent des formulations très similaires dans leurs Codes civils respectifs.

L'article 16 du Code civil chilien établit à l'alinéa 3 que « *les effets des contrats* conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Chili sont régis par le droit chilien »[2398]. Une formulation quasiment identique se retrouve dans le Code civil du Salvador

[2391] Art. 804 (Code de commerce) — Contrats conclus à l'étranger : « Les contrats conclus à l'étranger et destinés à être exécutés sur le territoire bolivien *sont régis* par la loi bolivienne ». Bolivie, Décret-Loi n° 14 379 du 25 février 1977, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2392] Art. 9 de la LINDB : « Pour *qualifier et régir* les obligations, sera applicable la loi du pays dans lequel celles-ci sont constituées. Brésil, Décret-loi n° 4 657 du 4 septembre 1942, *Loi d'introduction aux normes de Droit brésilien*, rédaction conformément à la Loi n° 12 376, 2010 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2393] Art. 14 (Code civil) : « 1. Les actes juridiques civils relatifs aux biens meubles et immeubles et leurs formalités *sont régis* par la législation de l'État dans lequel ils se trouvent. Cuba, Loi n° 59, *Code civil*, 16 juillet 1987 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2394] Art. 2095 — Obligations contractuelles (Code civil) : « Les obligations contractuelles *sont régies* par la loi expressément choisie par les parties et, à défaut, par la loi du lieu d'exécution. […] ». Pérou, Décret législatif n° 295, *Code civil*, 24 juillet 1984 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2395] Art. 30 de la Loi sur le droit international privé : « À défaut d'indication valable, les obligations contractuelles *sont régies* par le Droit avec lequel elles présentent les liens les plus étroits. […] » Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2396] Art. 18 (Code civil) : « La *qualification* de l'événement naturel ou de l'acte juridique nécessaire pour déterminer la règle applicable en cas de conflit de lois se fera toujours conformément à la loi cubaine. ». Cuba, Loi n° 59, *Code civil*, 16 juillet 1987 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2397] V. *supra* n° 192.

[2398] Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

(art. 16)[2399], de l'Équateur (art. 15)[2400] et du Honduras (art. 14)[2401], qui se sont inspirés du Code chilien. De façon similaire, l'article 20 du Code civil colombien dispose que « *les effets de ces contrats*, pour être exécutés sur un territoire, ou, dans les cas affectant les droits et intérêts de la Nation, seront régis par ce code et les autres lois civiles de l'union »[2402]. De manière similaire, mais de forme bilatérale (et non plus imposé unilatéralement comme le font les Codes mentionnés précédemment), au Mexique (art. 13, V, du Code civil fédéral)[2403] et au Nicaragua (Code civil, Titre préliminaire ; § II — Effets de la loi, Paragraphe VI, alinéa 14)[2404], il est fait référence aux « effets juridiques des contrats », régis par la loi du lieu d'exécution, sans toutefois spécifier en quoi consiste cette catégorie.

Le principal problème que soulèvent ces dispositions réside dans ce qu'elles confèrent au lieu d'exécution du contrat — qu'il s'agisse d'une stipulation bilatérale ou d'une fixation unilatérale imposant l'application du droit national matériel aux contrats exécutés sur le territoire — une compétence limitée pour régir simplement les « effets juridiques » du contrat, sans faire mention d'autres aspects du contrat. Une telle démarche conduit donc à une véritable scission du contrat en deux segments distincts, reproduisant l'ancienne distinction entre la phase de formation et celle d'exécution (ou des « coupures » de la doctrine suisse). Chacune de ces phases pourrait alors relever de législations différentes : généralement, la loi du lieu de conclusion pour la formation, et la loi du lieu d'exécution du contrat (ou celle choisie par les parties) pour régir ses effets, à savoir les éléments liés à son exécution, entraînant toutes les anciennes problématiques critiquées et liées à une telle division du contrat[2405].

Le Guatemala présente une formulation légèrement différente en faisant référence à tout ce qui est lié à l'exécution du contrat. En effet, l'article 30 de la Loi sur le pouvoir judiciaire dispose que, « Si l'acte juridique ou contrat doit être exécuté dans un lieu autre

---

[2399] « […] Toutefois, *les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Salvador* sont régis par les lois salvadoriennes ». El Salvador, *Code civil*, Décret-loi du 23 août 1859, reformé le 1er mars 1880 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2400] « […] Toutefois, les *effets de ces contrats*, lorsqu'ils doivent être exécutés en Équateur, doivent être conformes aux lois équatoriennes ». Équateur, Loi ordinaire du 24 juin 2005, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2401] « […] Toutefois, les *effets des contrats* conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Honduras sont régis par les lois honduriennes ». Honduras, Décret n° 76/1906 du 8 février 1906, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2402] Colombie, Loi n° 57 du 20 avril 1887, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2403] « […] Sous réserve des dispositions des sections précédentes, *les effets juridiques des actes et des contrats* seront régis par la loi du lieu où ils doivent être exécutés, à moins que les parties n'aient valablement désigné l'applicabilité d'un autre droit ». Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2404] « […] Les contrats sont soumis, quant à leur forme, à la loi du lieu où ils sont conclus et, *quant à leurs effets*, à la loi du lieu où ils doivent être appliqués […] ». Nicaragua, *Code civil*, 11 décembre 2019 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2405] V. *supra* n° 192.

que celui où il a été conclu, *tout ce qui concerne son exécution* est régi conformément à la loi du lieu d'exécution »[2406].

De plus, certains États précisent dans leurs Codes de commerce les règles applicables aux contrats conclus dans ce domaine. Au Chili, par exemple, le Code de commerce impose l'application de la loi chilienne à tous les « actes relatifs à l'exécution » des contrats qui doivent être exécutés au Chili (art. 113)[2407]. Puis, comme cela a déjà été mentionné[2408], le paragraphe 2 de cet article présente une liste d'actes relatifs à l'exécution du contrat, y compris, entre autres, la livraison, le paiement, la monnaie de paiement, les responsabilités imposées par l'inexécution ou l'exécution imparfaite ou tardive. Ce paragraphe inclut une disposition très ample, incluant « tout autre acte relatif à la simple exécution du contrat »[2409]. L'article 252 du Code de commerce équatorien dispose d'une rédaction identique à celle du Code chilien[2410].

En Colombie, l'article 869 du Code de commerce, intitulé « Exécution des contrats conclus à l'étranger avec exécution en Colombie », contient une règle unilatérale imposant l'application de la loi colombienne aux contrats exécutés dans le pays. Selon cet article : « *L'exécution des contrats* conclus à l'étranger qui doit être accomplie dans le pays, sera régie par la loi colombienne »[2411]. À la différence des codes de commerce chilien et équatorien, le Code de commerce colombien ne donne pas d'indice sur les matières qui entrent dans le domaine de l'exécution du contrat.

409. Développements jurisprudentiels et doctrinaux. La zone ambiguë concernant la catégorie des « effets » des contrats constitue certainement un défi dans la pratique. Pour tenter de clarifier cette question, les tribunaux de divers pays ont cherché à combler cette lacune en définissant le domaine de la loi applicable aux contrats. Cependant, dans la majorité des États, la jurisprudence est absente et la doctrine examine rarement cette question en profondeur.

Au *Brésil*, la jurisprudence précisa, sans fournir de justification détaillée, que la loi du lieu de conclusion régit « toute qualification de la nature de cette relation juridique, ainsi que

---

[2406] Guatemala, Décret 2-89 du 10 janvier 1989, *Loi sur le pouvoir judiciaire* (traduction libre de l'espagnol).

[2407] Chili, *Code de commerce*, 23 novembre 1865 (traduction libre de l'espagnol).

[2408] V. *supra* n° 324.

[2409] Chili, *Code de commerce*, 23 novembre 1865 (traduction libre de l'espagnol).

[2410] « Art. 252 — *Tous les actes relatifs à l'exécution* des contrats commerciaux conclus dans un pays étranger et exécutés en Équateur seront régis par la loi équatorienne. Ainsi, la livraison et le paiement, la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, les mesures de toute nature, les justificatifs et leurs formes, les responsabilités imposées par l'inexécution ou l'exécution imparfaite ou tardive, et tout autre acte relatif à la simple exécution du contrat, sont régis par les dispositions des lois de la République, à moins que les parties contractantes n'en aient convenu autrement ». Équateur, Code organique du 9 mai 2019, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2411] Colombie, Décret n° 410 du 27 mars 1971, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

les *conséquences patrimoniales* »[2412]. Par ailleurs, la prescription a été à plusieurs reprises considérée comme relevant du domaine de la loi applicable au contrat[2413]. Toutefois, comme l'a souligné la doctrine nationale, d'autres matières échapperont à la loi du lieu de conclusion, comme la capacité des parties, régie par la loi du domicile[2414].

Le nouveau projet de loi générale sur le droit international privé (2025)[2415], actuellement en discussion, n'apporte aucune précision supplémentaire à ce sujet. Il se contente d'édicter que les contrats seront « régis » par le droit choisi par les parties ou à défaut, par celui du lieu de leur conclusion, supprimant ainsi la référence à la « qualification » des obligations prévue à l'article 9 actuel de la LINDB. Cette suppression vise à mettre fin aux controverses doctrinales suscitées par la portée de cet article, notamment sur la véritable portée de la qualification *legi fori* des obligations ou sur son caractère préliminaire (d'une « sous-qualification »)[2416].

En *Colombie*, déjà dans l'arrêt *Cuervo* du 15 décembre 1900[2417], la Cour suprême de justice colombienne avait, en appliquant l'article 20 du Code civil, distingué la *forme* du contrat de ses *effets*. Selon la Cour, par « effets », il faut entendre « les droits et les obligations » que le contrat produit, auxquels serait rattachée une règle propre les soumettant à la loi du lieu d'exécution du contrat. Le fondement légal de ce raisonnement est l'alinéa 3 de l'article 20 du Code civil, qui apporte une nuance à l'alinéa 2 et fait une référence expresse aux « effets desdits contrats », soumis à la règle *lex loci solutionis*. Selon l'arrêt, « l'alinéa 3 est celui qui soumet à la loi colombienne les effets des contrats conclus en pays étranger dans le but ou avec l'intention d'être exécutés en Colombie »[2418].

Ce raisonnement avait été confirmé par un arrêt du 17 décembre 1902[2419] dans l'affaire *Camacho Roldán*, même si aucune mention de l'article 20.3 du Code civil n'est faite par cet arrêt. Cette fois-ci, la Cour se fonde sur l'ancien article 202 du Code de commerce pour confirmer la règle de la *lex loci solutionis.* En l'espèce, le litige portait sur une lettre de change tirée à Bogotá et payable à Londres en livres sterling. La Cour a conclu à

[2412] Brésil, STJ, AgInt no REsp n° 1 627 970, 30 juin 2023, DJe du 3 juillet 2023.

[2413] V. , en particulier, Brésil, STJ, 3ª Turma, REsp n° 1 280 218/MG, 21 juin 2016, DJe 12 août 2016 (*Mendes Júnior*) et STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n° 1.343.290/SP, 20 août 2019, DJe 23 août 2019 (*Takoma*), précités *supra* n° 339.

[2414] V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.,* p. 406.

[2415] Portaria CDESS/SRI/PR nº 1, de 16.12.2024, *DOU* 18.12.2024, Edição 243, Seção 2, p. 3.

[2416] Le projet traite de la qualification à l'article 6 qui dispose que : « La qualification destinée à la détermination du droit applicable sera faite conformément à l'ordonnancement juridique brésilien. Paragraphe unique. Une fois le droit applicable établi, celui-ci déterminera la nature juridique de la relation ou de la situation juridique aux fins de l'application des normes aux faits. » (Traduction libre du portugais). Au sujet de la controverse doctrinale, v. V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 110.

[2417] Colombie, CSJ, 15 décembre 1900, GJ t. XV, n° 748-749, p. 121-132, commenté par D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 97.

[2418] Cf. *Ibid*, p. 107 et s.

[2419] Colombie, SJ, 17 décembre 1902, GJ t. XVI, n° 791-792, p. 49, commenté par D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 101.

l'application de la loi anglaise du lieu d'exécution de l'acte pour déterminer les modalités d'exécution du contrat, notamment les conditions du paiement, en affirmant que « c'est un principe de droit international privé que le paiement, en tant que mode d'extinction des obligations, doit être régi par la loi du lieu fixé pour l'accomplissement de ces obligations »[2420].

Le domaine de la loi applicable a été d'ailleurs précisé et élargi dans l'arrêt *Tía* de la Cour suprême de justice du 30 septembre 1947[2421]. Dans cette affaire, la Cour s'est fondée sur l'article 20, alinéa 2 du Code civil colombien, et a conclu cette fois-ci que la loi du lieu de conclusion du contrat désignée par cet article s'appliquait à « la capacité des parties, les conditions intrinsèques des contrats, les modalités de leur formation et de leur validité »[2422]. Ainsi, selon cet arrêt, différents éléments du contrat, y compris sa forme et même la capacité des parties, rentreraient dans le domaine de la loi applicable désignée par l'article 20, alinéa 2, du Code civil[2423].

D'autre part, au *Chili*, une interprétation traditionnelle séparait les « conditions de validité » et les « effets » du contrat, cette dernière notion étant considérée comme équivalent aux « droits et obligations découlant du contrat »[2424]. Cependant, dans une vision plus contemporaine, l'auteur chilien Necochea précise que l'expression « effets des contrats » fait référence aux droits et obligations découlant du contrat, à l'exclusion des « conditions de forme » et de la capacité des contractants[2425]. D'autre part, le professeur Francisco José Grob Duhalde souligne les inconvénients de l'application pratique de la division entre la « substance du contrat », les « conditions de validité » et les « effets ». Selon lui, l'interprétation correcte de l'article 16 du Code civil chilien et, en particulier, du terme « effets » utilisé dans son troisième paragraphe est que, lorsque le contrat a été conclu dans un pays étranger pour être exécuté au Chili, il doit être soumis à la loi chilienne dans « tous ses aspects », sauf en ce qui concerne la forme qu'il peut être nécessaire d'observer, le tout sans préjudice du recours à l'ordre public. Dès lors, selon cette doctrine, la loi applicable au fond des contrats (tant pour les « conditions de validité » que pour les « effets ») conclus à l'étranger, pour être exécutés au Chili, serait une seule et même loi : la loi chilienne[2426].

[2420] *Ibidem*.

[2421] Colombie, CSJ civ.30 septembre 1947, GJ t. LXIII, n° 2053-2054, p. 35, commenté par D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 98.

[2422] *Ibidem*.

[2423] V. *Ibid*, p. 113 et s.

[2424] Sous l'ancien Code civil, v. Ferrer avec Banco Español de Chile et Liquidación (1931), commenté par F.J. Grob Duhalde, « La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes », *op. cit.*, p. 235.

[2425] M. Ramírez Necochea, *op. cit.*, p. 241-242.

[2426] F.J. Grob Duhalde, « La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes », *op. cit.*, p. 242.

De même, en *Équateur*, la doctrine a élargi la norme du Code civil en considérant que cette loi devait être considérée comme « loi principale du contrat », qui régit « sa cause, son objet et ses effets »[2427].

En bref, on observe dans plusieurs États une tendance marquée, à travers des décisions judiciaires ou des interprétations doctrinales, à abandonner l'ancienne distinction entre de multiples lois applicables aux effets et à la conclusion des contrats, au profit d'un régime unifié gouvernant l'ensemble des aspects relatifs au fond contractuel (p. ex., l'interprétation, les droits et obligations découlant du contrat, ainsi que leurs effets ou leur exécution). Ce régime unique, bien que susceptible de variations selon les juridictions, vise à simplifier la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux et s'aligne à la tendance des instruments de droit international privé les plus modernes[2428].

Section 3 — Renvoi

410. La question du renvoi occupe une place centrale dans le droit international privé, en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable aux contrats internationaux. Si, en théorie, l'admission de l'autonomie de la volonté devait réduire la pertinence pratique du renvoi en permettant aux parties de désigner directement la loi régissant leur contrat, les législations latino-américaines témoignent d'une certaine ambivalence à ce sujet. En effet, les États de la région n'ont pas adopté une approche uniforme : certains ont intégré des dispositions générales ou spécifiques visant à exclure (§1), ou plus rarement à admettre le mécanisme du renvoi (§2).

L'étude de ces régimes révèle non seulement la diversité des conceptions quant au rôle du renvoi en matière contractuelle, mais également l'étroite articulation entre ce mécanisme et la reconnaissance — ou non — de l'autonomie de la volonté en droit applicable. En outre, nous verrons que, bien que le débat doctrinal soit intéressant dans ces pays, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion d'approfondir la question du renvoi en matière de contrats internationaux[2429], même si quelques jugements de première instance en Argentine

[2427] J.I. Larrea-Holguín, *op. cit.*, p. 234.

[2428] À propos du rattachement adopté pour chaque pays pour déterminer la loi applicable aux contrats internationaux, v. *supra* n° 343 et s.

[2429] Cf. recherche effectuée en Argentine (sur les sites : http://www.csjn.gov.ar/ ; http://www.saij.gob.ar/home ; et www.diprargentina.com) ; à Cuba (Tribunal suprême, en ligne http://www.tsp.cu/) ; au Mexique (Cour suprême, en ligne https://bj.scjn.gob.mx/) ; au Panama (Pouvoir judiciaire, en ligne https://www.organojudicial.gob.pa/registro-judicial) ; au Paraguay (Cour suprême de justice, en ligne http://www.pj.gov.py et https://www.csj.gov.py/jurisprudencia/) ; Pérou (Pouvoir judiciaire, en ligne, http://www.pj.gob.pe) ; République dominicaine (Cour suprême de justice, en ligne http://www.suprema.gov.do/) ; en Uruguay (Pouvoir judiciaire, en ligne http://www.poderjudicial.gub.uy) ; et au Venezuela (Tribunal suprême de justice, en ligne http://www.tsj.gov. Ve/) ; avec les mots-clés suivants : « contrato(s) internacional(es) » ; « ley aplicable » ; « derecho aplicable » ; « derecho internacional privado » ; « autonomía de la voluntad » ; « reenvío » (consulté le 14 août 2025).

ont accepté le renvoi de la loi étrangère au droit argentin en matière contractuelle sous l'ancien Code civil[2430].

§1 — L'exclusion majoritaire du renvoi

411. La position majoritaire en Amérique latine est d'exclure le renvoi en matière de contrats internationaux, comme c'est le cas des législations de l'Argentine, du Mexique, du Paraguay, du Pérou, de la République dominicaine et de l'Uruguay. Tandis que les trois premiers pays écartent les règles de droit international privé de la loi étrangère choisie par les parties, leur permettant de décider autrement, les trois derniers établissent une exclusion générale qui semble s'appliquer, que le choix de loi ait été établi ou non. Analysons de plus près ces législations.

412. Exclusion du renvoi en cas de choix de loi applicable : le cas de l'Argentine, du Mexique et du Paraguay. Les législations de l'Argentine, du Mexique et du Paraguay admettent le mécanisme du renvoi dans le cadre d'un choix de loi applicable, mais toujours de manière encadrée. En Argentine et au Paraguay, le renvoi n'est autorisé que si les parties l'ont expressément souhaité. Cela signifie que les cocontractants peuvent convenir que leur choix de loi inclut aussi les règles de conflit de cette loi, permettant ainsi le renvoi à un droit étranger. En l'absence d'une telle stipulation expresse, la loi choisie est comprise comme se référant au droit matériel interne de l'État choisi, excluant ainsi le renvoi.

En *Argentine*, une règle générale consignée à l'article 2596 du Code civil et commercial reconnaît le renvoi comme principe, mais l'exclut en présence d'un choix de loi applicable effectué par les parties à une relation juridique[2431] ; et une disposition spécifique aux contrats internationaux — l'article 2651, b, du même Code — dispose que « lorsqu'un droit national est élu comme applicable, cette élection doit être interprétée comme une

[2430] V., p. ex., Argentine, Juz. Nac. Paz, 46, *Estudios Espíndola c. Bollati, Cristóbal J.*, 7 octobre 1969. Dans ce jugement, il a été décidé que : « En renvoyant le droit international privé argentin au droit chilien, il convient de déterminer quel droit ce dernier considère comme compétent pour résoudre la question, étant donné qu'il faut d'abord tenir compte du contenu du droit international privé chilien. Ce dernier ne contient pas de règle spécifique en ce qui concerne les contrats en général. L'article 16 du Code civil de ce pays, dont je considère l'application analogique appropriée (une autre solution est obtenue par l'application analogique de la règle conventionnelle contenue dans le code Bustamante), se réfère aux biens situés au Chili, qu'il déclare être régis par la loi du lieu où ils sont situés, sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement passés dans un pays étranger, mais en soumettant les effets des contrats à exécuter au Chili, à ses lois. Il doit être entendu que la loi chilienne accepte le renvoi effectué par la loi argentine. » (Traduction libre de l'espagnol). En analysant le renvoi et en concluant que la loi suisse du domicile du prêteur était la loi applicable (selon la norme objective du droit international privé argentin d'alors applicable pour un contrat de prêt international), v. Juz. Nac. Com. 4, Secretaría 8, Mayer y Cie. c. Ciepsa, 1re instancia, Buenos Aires, 23 décembre 1993.

[2431] Art. 2596 — Renvoi : « Lorsqu'un droit étranger est applicable à une relation juridique, le droit international privé de ce pays est également applicable. Si le droit étranger applicable renvoie au droit argentin, les règles du droit interne argentin sont applicables. Lorsque, dans une relation juridique, les parties choisissent la loi d'un certain pays, le droit interne de cet État est réputé avoir été choisi, sauf indication contraire expresse ». Cf. Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

élection du droit interne de ce pays, à l'exclusion de ses règles de conflit de lois, sauf convention contraire »[2432].

La loi *paraguayenne*, législation spéciale concernant la loi applicable aux contrats, suit cette approche à l'article 10 : « Le choix du droit n'inclut pas les règles de conflit du droit choisi par les parties, à moins que les parties n'en disposent expressément autrement »[2433]. Le professeur Díaz Labrano considère cette disposition comme « appropriée » dès lors qu'elle préserve l'autonomie de la volonté[2434]. Le professeur Moreno Rodríguez souligne, pour sa part, que cette règle s'inscrit dans la ligne des instruments les plus modernes — y compris le Règlement Rome I (art. 20) — et reflète « la position aujourd'hui absolument prévalente dans la doctrine du droit international privé sur ce sujet »[2435].

De manière différente, au *Mexique*, même s'il comporte également une disposition d'application générale qui favorise l'application préférentielle du droit substantiel étranger et exclut ses règles de conflit, le renvoi est admissible de façon exceptionnelle lorsque, « en raison des circonstances particulières de l'affaire, il est nécessaire de prendre en compte, à titre exceptionnel, les règles de conflit de ce droit, qui rendent applicables les normes substantielles mexicaines ou le droit substantiel d'un État tiers » (article 14, II du Code civil fédéral)[2436]. Aucune mention n'est faite de la volonté des parties. Cependant, la doctrine nationale a observé que le renvoi n'est pas applicable en matière d'autonomie de la volonté, car cela pourrait compromettre la sécurité juridique[2437].

413. Exclusion générale du renvoi : les cas du Brésil, du Pérou, de la République dominicaine et de l'Uruguay. Les législations brésiliennes, péruviennes, dominicaines et uruguayennes contiennent des règles générales excluant le renvoi. Au *Brésil*, l'article 16 de la LINDB dispose : « Lorsque, conformément aux articles précédents, il convient d'appliquer la loi étrangère, il sera tenu compte de ses dispositions, sans considérer aucun renvoi qu'elle pourrait faire à une autre loi »[2438]. Cette disposition a introduit une innovation dans l'ordre juridique brésilien. En effet, la législation antérieure gardait le silence sur cette question, alors que la jurisprudence et la doctrine se prononçaient

[2432] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2433] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

[2434] R. Díaz Labrano, « Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley nº 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay », *op. cit.*, p. 287.

[2435] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 166-167.

[2436] L'art. 14, II est ainsi rédigé : « Dans l'application du droit étranger, il sera tenu compte de ce qui suit : […] II. Il sera appliqué le droit matériel étranger, sauf si, compte tenu des circonstances particulières de la cause, il est nécessaire de tenir compte, à titre exceptionnel, des normes de conflit de ce droit, qui rendent applicables les normes matérielles mexicaines ou le droit matériel d'un État tiers ». Cf. Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol).

[2437] L. Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado: parte general, op. cit.*, p. 219.

[2438] Brésil, Décret-loi n° 4 657 du 4 septembre 1942, *Loi d'introduction aux normes de Droit brésilien*, rédaction conformément à la Loi n° 12 376, 2010 (traduction libre du portugais).

majoritairement en faveur de l'admission du renvoi[2439]. Cette nouveauté a suscité d'importantes critiques doctrinales[2440]. Toutefois, la jurisprudence ultérieure en matière contractuelle n'a pas eu l'occasion d'examiner cette question. Dans d'autres domaines du droit international privé, en revanche, l'interdiction du renvoi a d'ores et déjà été confirmée par les tribunaux[2441].

Le nouveau projet de loi générale sur le droit international privé (2025) précise l'exclusion générale du renvoi en ajoutant une nuance importante : cette exclusion ne s'applique pas « si les parties en disposent expressément autrement, par écrit »[2442]. Cette précision introduit, ainsi, une flexibilité permettant aux parties, par convention écrite, de déroger à l'exclusion générale du renvoi, ce qui ouvre la voie à une autonomie contractuelle accrue dans le domaine du droit international privé et rapproche la loi brésilienne des orientations des Principes de La Haye (art. 8).

Au *Pérou*, la législation en vigueur, également de portée générale, contient une règle expresse interdisant le renvoi, inscrite à l'article 2048 du Code civil. Selon cette disposition : « Les juges n'appliquent que le droit interne de l'État déclaré compétent par les règles péruviennes de droit international privé »[2443]. De même, en *République dominicaine*, une règle de caractère général exclut expressément le renvoi, même en cas de renvoi à la loi du for. L'article 85 de la Loi sur le droit international privé dispose : « La loi étrangère désignée par la règle de conflit est son droit matériel à l'exclusion de tout renvoi que ses règles de conflit peuvent faire à un autre droit, y compris le dominicain »[2444]. Ces dispositions de portée générale semblent également s'appliquer aux contrats internationaux, couvrant tant les cas où les parties ont procédé à un choix de loi applicable, que ceux où aucun choix explicite n'a été exprimé.

Les doctrines péruvienne et dominicaine ont interprété les dispositions du droit interne de manière très stricte. La doctrine péruvienne a avancé l'argument selon lequel, avec la règle de l'article 2048 précité, le renvoi au premier degré et celui au second degré ont été

[2439] À ce sujet, v. J. Dolinger, C. Tiburcio, *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 14e éd., 2018, p. 437-443)

[2440] *Ibidem*. L'auteur cite la doctrine de Clóvis Bevilaqua, Ferrer Correia, entre autres, qui critiquent l'exclusion du renvoi opérée par l'article 16 de la LINDB.

[2441] V. l'arrêt STF, RE 68.157, RTJ 61/99, 103-4. L'affaire concernait la validité d'un testament olographe, dans laquelle la justice brésilienne l'a considéré valide conformément aux lois italiennes qui n'exigent pas de témoins, comme c'est le cas dans le droit brésilien. Dans cette affaire, la loi italienne du domicile du défunt applicable opérait un renvoi à la loi brésilienne de la nationalité. Le rapporteur, rappelant son opinion favorable au renvoi, a reconnu toutefois qu'aux termes de l'article 16 de la LINDB on ne pouvait plus accepter le renvoi. Cité par *ibid*, p. 442.

[2442] Portaria CDESS/SRI/PR nº 1, de 16.12.2024, *DOU* 18.12.2024, Edição 243, Seção 2, p. 3 ; L'art. 8 est ainsi rédigé : « Lorsque le droit international privé brésilien détermine l'application du droit étranger, seul le droit matériel étranger sera pris en considération, sauf si les parties en disposent expressément autrement, par écrit. » (Traduction libre du portugais).

[2443] Pérou, Décret législatif n° 295, *Code civil*, 24 juillet 1984 (traduction libre de l'espagnol).

[2444] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

explicitement exclus du droit international privé péruvien[2445]. La doctrine dominicaine rejeta également toute forme de renvoi, qu'il s'agisse du renvoi à la loi du for ou à une autre loi étrangère. Dans ce pays cette exclusion a été fermement appuyée, principalement en raison de la complexité liée à l'application du renvoi, ainsi que des incertitudes et des imprévisibilités que cela peut engendrer[2446]. Néanmoins, une partie de la doctrine péruvienne s'est opposée à ce courant doctrinal, plaidant en faveur d'une réforme législative, afin de rétablir une solution symétrique qui permettrait le renvoi dans certaines situations, conformément aux approches généralement préconisées par les instruments les plus modernes[2447].

En *Uruguay*, la réglementation du renvoi est encore plus restrictive. La professeure Cecilia Fresnedo de Aguirre souligne que la question du renvoi a suscité d'intenses débats au sein de la doctrine uruguayenne, ce qui a conduit à l'adoption de la règle énoncée à l'article 12, aux termes de laquelle le renvoi constitue une exception, et non une règle générale[2448]. La nouvelle loi de droit international privé de l'Uruguay inclut une disposition générale sur le renvoi (art. 12) ainsi qu'une disposition spécifique concernant les contrats internationaux (art. 45, II). Le premier paragraphe de l'article 12 exclut de manière générale le renvoi : « Lorsque le droit d'un État étranger est appliqué, il est considéré qu'il englobe le droit matériel de cet État, à l'exclusion de ses règles de conflit de lois »[2449]. Le deuxième alinéa de l'article 12 prévoit des exceptions à cette exclusion, mais l'alinéa 3 exclut définitivement le renvoi en matière contractuelle :

> « Ceci n'affecte pas ce qui est établi au premier paragraphe, sauf disposition expresse contraire à d'autres normes ou lorsque l'application de la loi substantielle de cet État à un cas concret devient incompatible avec l'objectif essentiel de la norme de conflit qui la désigne, conformément à l'article 11 de cette loi et aux normes sur les droits de l'homme auxquelles la République est partie.
>
> En matière contractuelle il n'y aura pas de renvoi. »[2450]

[2445] J. Basadre Ayulo, *op. cit.*, p. 384.

[2446] V. J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, N. Concepción, *op. cit.*, p. 208-209.

[2447] César Delgado Barreto, María Antonieta Delgado Menéndez et César Lincoln Candela Sánchez ne sont pas d'accord avec la solution rigide adoptée par le Code civil en matière de renvoi. Selon ces auteurs : « La plupart des auteurs s'accordent aujourd'hui à dire que le renvoi se justifie dans certaines matières et doit être exclu dans d'autres, sur la base d'une analyse spécifique de chacune d'entre elles, comme nous avons déjà eu l'occasion d'en discuter. Conformément à cette approche, nous proposons de modifier l'article 2048 du Code civil et de le remplacer par la rédaction suivante : « Les juges appliquent la loi interne de l'État déclaré compétent par la règle péruvienne de droit international privé. Toutefois, en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes, les rapports de filiation et la succession à cause de mort, le renvoi que les règles de conflit étrangères peuvent faire à la loi péruvienne ou à une autre loi étrangère est admis ». Cf. C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menendez, C.L. Candela Sánchez, *Introducción al derecho internacional privado, Conflicto de leyes*, Parte general, *op. cit.*, p. 266 (traduction libre de l'espagnol).

[2448] C. Fresnedo de Aguirre, « Private International Law in Uruguay : Present and Future », *op. cit.*, p. 99 (traduction libre de l'espagnol).

[2449] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[2450] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

En outre, le deuxième alinéa de l'article 45 prévoit une disposition particulière pour les contrats, qui dispose : « la référence au droit en vigueur dans un État doit s'entendre à l'exclusion de ses règles de conflit de lois »[2451]. Même si cela constitue une exception générale au principe du renvoi, la doctrine nationale considère que cet article s'adresse au juge plutôt qu'aux parties. Ainsi, selon cette doctrine, lorsque les parties choisissent la loi applicable, elles se concentrent exclusivement sur les règles matérielles qui devraient directement régir leur contrat[2452]. En ce sens, la professeure Fresnedo de Aguirre explique que le renvoi a été exclu des questions contractuelles « car il est entendu que la volonté des parties doit être respectée dans un domaine où elles peuvent agir de manière autonome », rejoignant, ainsi, la résolution de l'Institut de Droit international lors de la session de Berlin de 1999[2453].

En commentant cette disposition, les professeurs Fresnedo de Aguirre et Idiarte expliquent que la question n'était pas expressément réglée avant cette loi, et que l'interdiction du renvoi s'inspire de la position classique du professeur Quintín Alfonsín, opposée au renvoi, ainsi que de certaines solutions du droit comparé. En outre, les professeurs notent que l'interdiction expresse du renvoi en matière de contrats internationaux ne découle pas seulement de cette prescription — laquelle, du fait de sa place à l'art. 45, ne concernerait *a priori* que les contrats internationaux ayant fait l'objet d'un choix valable de loi applicable —, mais également des cas où les parties n'ont pas fait de choix de la loi applicable et se trouvent donc soumises aux dispositions subsidiaires. Cela s'explique, selon les auteurs, par le « fait que l'art. 12.3 prévoit, de manière générale, que "En matière contractuelle, il n'y aura pas de renvoi" »[2454].

§2 — Acceptation minoritaire du renvoi

414. Trois des pays qui reconnaissent l'autonomie de la volonté dans leur législation semblent accepter le renvoi. Ces pays sont Cuba, le Panama et le Venezuela. Ceux-ci ne disposent pas de normes spécifiques aux contrats internationaux, mais incluent des dispositions générales favorables au renvoi.

À *Cuba*, l'article 19 du Code civil, d'application générale, admet le renvoi au droit du for. Mais, le renvoi à une loi d'un autre État se produit seulement si l'application de cette loi ne porte pas atteinte aux « principes du régime politique, social et économique de la République de Cuba », comme le prévoit l'article 21 du même Code, applicable à toute

[2451] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2452] R.B Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.,* p. 597.

[2453] C. Fresnedo de Aguirre, « Private International Law in Uruguay : Present and Future », *op. cit.*, p. 99 (traduction libre de l'espagnol).

[2454] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.*, p. 189.

désignation de loi étrangère[2455]. L'article 19 précise ainsi : « En cas de renvoi à une loi étrangère qui, à son tour, renvoie à la loi cubaine, cette dernière sera appliquée. S'il s'agit de 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'article 21. Dans ce dernier cas, la loi cubaine s'applique »[2456].

Le *Panama* contient également une norme générale qui reconnaît le renvoi en matière de « statut personnel et de biens meubles » (art. 6 du Code de droit international privé). Cependant, comme à Cuba, rien n'est précisé sur le renvoi en matière des contrats internationaux[2457].

En outre, la Loi sur le droit international privé du *Venezuela* inclut une disposition générale favorable au renvoi, tant au premier degré qu'au second degré, mais ne contient pas de disposition spécifique applicable aux contrats internationaux. L'article 4 de la LDIP dispose en son premier paragraphe que : « Lorsque le droit étranger compétent déclare applicable le droit d'un État tiers qui, à son tour, se déclare compétent, le droit interne de cet État tiers s'applique »[2458]. Le deuxième paragraphe précise : « Lorsque le droit étranger compétent déclare le droit vénézuélien applicable, c'est ce droit qui s'applique »[2459]. Enfin, le troisième paragraphe du même article établit que « Dans les cas non prévus aux deux paragraphes précédents, doit être applicable le droit interne de l'État qui déclare compétente la règle de conflit vénézuélienne »[2460]. De plus, selon le préambule de la loi, la disposition générale de l'article 4 se justifie « en vue du principe de sécurité juridique ». Le préambule précise également que l'article 4 de la LDIP autorise le renvoi « lorsqu'il tend à unifier la solution nationale et la solution de droit étranger, ou lorsque, comme cela se produit fréquemment en simple renvoi, les deux sont inévitablement divergents »[2461].

Cependant, la doctrine nationale interprète la règle générale posée à l'article 4 de manière plus restrictive en ce qui concerne le domaine des contrats, conformément aux dispositions de l'article 17 de la Convention de Mexico, qui est considéré comme un principe général du droit international privé vénézuélien. Ainsi, il a été soutenu que le renvoi ne s'applique

---

[2455] Cuba, Loi n° 59, *Code civil*, 16 juillet 1987 (traduction libre de l'espagnol).

[2456] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2457] L'art. 6 est ainsi rédigé : « Le renvoi est reconnu en matière de statut personnel et de biens meubles lorsque, face à la règle de conflit pour statuer sur un rapport juridique de nature internationale, le juge établit comme loi applicable le droit étranger et que celui-ci désigne un autre système juridique comme droit applicable. » Cf. Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

[2458] Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

[2459] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2460] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol). Cette approche est, par ailleurs, le fruit des précédents jurisprudentiels vénézuéliens, comme les affaires Shuneck (1906) et Quintana v. Sión (1966). Cf. T.B. de Maekelt, « Ley de Derecho Internacional Privado venezolano: Comentarios generales », *op. cit.*, p. 154.

[2461] *Ibidem*.

ni au fond ni à la forme des contrats[2462]. D'autres auteurs ont toutefois souligné que le renvoi pourrait jouer un rôle important pour garantir une solution équitable dans chaque cas concret, en respectant les objectifs poursuivis par les règles de conflit vénézuéliennes[2463]. En dépit du caractère général de l'article 4, les doctrines dominantes considèrent que, dans le domaine des contrats commerciaux internationaux, la solution prescrite par la Convention de Mexico, qui exclut le renvoi, doit prévaloir[2464].

Un tel raisonnement trouve également son fondement dans l'article 2 de la LDIP, qui impose l'application du droit étranger selon les principes de ce pays, mais en tenant compte des « objectifs des règles de conflit vénézuéliennes »[2465]. Parmi ces objectifs, la doctrine nationale considère que figure l'interprétation harmonieuse des dispositions de la Convention de Mexico et de la LDIP. Cette interprétation conduit certains auteurs à reconnaître l'existence d'exceptions implicites à l'admission générale du renvoi, l'autonomie de la volonté contractuelle représentant l'une de ces exceptions. Cette autonomie se justifie par la nécessité de protéger les attentes légitimes des parties[2466]. Ainsi, l'acceptation du renvoi par la loi choisie par les parties pourrait compromettre la sécurité juridique et la prévisibilité des relations contractuelles, raison pour laquelle la doctrine conclut à l'exclusion du renvoi en matière contractuelle[2467].

Section 4 — « Perturbations » à l'application de la loi étrangère

415. En Amérique latine, certains États ont encadré l'application des lois étrangères par des dispositions spécifiques de droit international privé. Toutefois, dans la majorité des pays latino-américains, subsistent des lacunes à cet égard, les règles applicables étant souvent intégrées dans des dispositions générales de droit matériel interne, étendues par analogie au droit international privé.

Quoi qu'il en soit, ces États prévoient fréquemment que l'application des lois étrangères ne peut pas violer l'ordre public du for, faisant également référence à des notions plus larges, telles que les bonnes mœurs ou la morale (§1). Cependant, très peu d'États opèrent une distinction entre l'ordre public et la méthode des lois de police ou normes impératives,

---

[2462] C. Madrid Martínez, « Características generales del sistema de Derecho internacional privado (DIPR) venezolano », *op. cit.*, p. 262.

[2463] *Ibidem*.

[2464] V. OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, *op. cit.*, p. 154-155.

[2465] Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

[2466] Selon Giral Pimental, d'autres exceptions existeraient, à savoir les matières qui constituent le champ spécifique de la loi applicable au contrat et celles qui sont régies par la loi applicable au contrat dans le champ élargi de cette loi. Pour ces matières, le renvoi sera exclu. Cela se justifie, selon l'auteur, car les matières régies par la loi du contrat sont soumises à la loi de la juridiction la plus étroitement liée à la controverse. Si le juge applique le renvoi dans de tels cas, cela reviendrait à admettre que la loi déterminée n'est pas celle présentant les liens les plus étroits. V. J.A. Giral Pimentel, *El contrato internacional*, *op. cit.*, p. 242 et s.

[2467] Cf. *Ibid*, p. 243.

celles-ci restant généralement traitées de manière marginale par les législations latino-américaines (§2).

§1 — L'ordre public dans les sources internes

416. En Amérique latine, certains États traitent la question de l'ordre public au sein des règles générales de droit international privé ou adoptent des normes spécifiques aux contrats internationaux comportant des références expresses à l'ordre public (A). À l'inverse, d'autres présentent des lacunes en la matière, la mise à l'écart des lois étrangères en matière de contrats internationaux étant souvent déduite de normes de droit interne, appliquées par analogie aux contrats internationaux (B).

A. L'ordre public dans les normes générales ou spéciales de droit international privé

417. L'analyse comparative des systèmes juridiques latino-américains en matière d'ordre public révèle une dichotomie fondamentale dans l'approche normative adoptée par les différents États de la région. D'une part, un premier groupe de pays, comprenant l'Argentine, le Guatemala, le Panama, le Pérou, le Paraguay et le Venezuela, a opté pour l'élaboration de dispositions spécifiques destinées à régir les contrats internationaux, témoignant ainsi d'une volonté de créer un cadre juridique adapté aux particularités du commerce transfrontalier (1). D'autre part, un second ensemble d'États, composé du Brésil, de Cuba, du Mexique, du Nicaragua, de la République dominicaine et de l'Uruguay, privilégia une approche plus générale en s'appuyant sur les normes classiques de droit international privé relatives à l'ordre public, mécanisme traditionnel de protection des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national (2).

1. Normes spécifiques aux contrats internationaux : les cas de l'Argentine, du Guatemala, du Panama, du Pérou, du Paraguay et du Venezuela

418. Certains États latino-américains ont intégré des normes spécifiques dans leurs législations nationales relatives à l'ordre public en matière de contrats internationaux, lui conférant généralement un rôle comparable à celui de clauses d'exception. Cela est le cas de l'Argentine, du Guatemala, du Pérou, du Panama, du Paraguay et du Venezuela. Toutes ces législations mentionnent explicitement l'ordre public comme une exception à l'application de la loi étrangère et certaines font expressément référence à l'ordre public international, le différenciant de l'ordre public interne, comme c'est le cas au Panama, au Pérou, en République dominicaine, en Uruguay et au Venezuela.

De manière générale, ces États se montrent plus restrictifs que ceux disposant seulement de normes générales de droit international privé traitant la question (qui seront examinées

par la suite), restreignant les situations pouvant écarter la loi étrangère applicable à un contrat international. Ils se limitent, de manière générale, à mentionner l'exception d'ordre public, sans inclure, parmi les motifs d'éviction d'une loi étrangère, des situations où elle serait contraire à d'autres concepts plus vagues et étendus, tels que les bonnes mœurs. Certains systèmes juridiques exigent encore que cette violation soit manifeste et concrète pour que la loi étrangère soit écartée, suivant, ainsi, le modèle prévu par la Convention de Mexico et le Règlement Rome I.

419. En *Argentine*, l'article 2600 du Code civil et commercial énonce une norme générale, ordonnant : « Les dispositions de droit étranger applicables doivent être écartées lorsqu'elles conduisent à des solutions incompatibles avec les principes fondamentaux d'ordre public qui inspirent l'ordre juridique argentin ». En outre, l'article 2651, e, énonce une règle spécifique en matière de choix de la loi applicable aux contrats internationaux, et prévoit de manière simplifiée que : « Les *principes d'ordre public* et les normes internationalement impératives du droit argentin *s'appliquent* au rapport juridique, quelle que soit la loi régissant le contrat »[2468].

À la première lecture, l'article 2651, e, du Code civil et commercial argentin, ne semble pas distinguer le mode d'intervention de l'ordre public de celui des normes internationalement impératives : il n'est pas précisé si leur application intervient *a priori* ou après l'application des règles de conflit. La disposition se limite à indiquer que tant l'ordre public que ces normes « s'appliquent » au rapport juridique concerné. Cela soulève la question de savoir si ces principes sont directement applicables ou s'ils opèrent plutôt comme une exception, écartant la loi choisie par les parties.

Comme le nota la professeure argentine Carolina Iud, même si la rédaction de l'article 2651, e, impose une limite à l'autonomie de la volonté des parties et « semble renvoyer à une application *a priori*, et non *a posteriori* », une telle interprétation ne serait pas cohérente avec la disposition générale de l'article 2600 relative à l'ordre public[2469]. Une interprétation correcte de l'article 2651 supposerait ainsi qu'il « entend poser une limite à l'autonomie de la volonté, limite qui opère *a posteriori*, à la manière traditionnelle d'une clause de réserve ». Dès lors, d'une part, « si le droit choisi par les parties dans l'exercice de leur autonomie de la volonté, ou une norme spécialement élaborée par ces dernières dans le même cadre, venait à contredire un ou plusieurs de ces principes, cette solution ne devrait pas être retenue ». D'autre part, s'agissant du droit désigné en vertu du fonctionnement du système subsidiaire, c'est immédiatement l'article 2600 du Code civil et commercial qui s'applique ; il conduira également à écarter l'application de la loi étrangère lorsque celle-ci mènerait à une solution incompatible avec les principes fondamentaux d'ordre public qui inspirent l'ordre argentin[2470].

[2468] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2469] C. Iud, Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit., p. 333.

[2470] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

Cette position est de longue date consacrée, tant par la doctrine nationale que par la jurisprudence[2471]. En ce qui concerne cette dernière, il convient de mentionner un arrêt de la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial* du 20 septembre 2004[2472]. Appliquant l'ancien Code civil, la Cour confirma le mécanisme d'exception de l'ordre public, appliqué ultérieurement à la considération de la règle de conflit bilatérale, illustrant, en outre, de manière caractéristique l'intégration entre la doctrine et la jurisprudence, très courante dans la pratique des tribunaux latino-américains. En effet, la cour d'appel précisa que l'ordre public consiste dans « l'ensemble des principes établis en défense de la politique législative locale, qui existent de manière sous-jacente et agissent comme un frein au droit étranger pouvant les dénaturer », ajoutant que tel est le système adopté par la législation nationale, qui autorise le magistrat, avant d'appliquer le droit étranger, à décider s'il est ou non approprié pour régir la situation juridique, sans porter atteinte aux principes généraux issus de l'ordre juridique local »[2473].

Après avoir clarifié la notion d'ordre public, la Cour expose le fonctionnement *a posteriori* de l'ordre public :

> « L'imitation de l'usage juridique étranger lié par la règle de conflit argentine n'est pas inconditionnelle. Les juges argentins l'imitent à condition qu'il respecte "l'esprit de la législation" de notre pays (art. 14, al. 2, Code civil). Les principes du droit argentin agissent comme une "clause de réserve" face aux solutions du droit étranger. Cette clause de réserve (Zitelmann) fait exception à l'application du droit étranger, fonctionnant comme une caractéristique négative de la conséquence juridique de la règle de conflit (Goldschmidt). Cela signifie que si cette clause, qui synthétise les principes du droit argentin, est violée, l'imitation projetée de l'usage juridique étranger ne se réalise pas (Boggiano). » [2474]

En outre, la jurisprudence argentine, illustrée par les arrêts *Standard Bank London Ltd. y otros c. Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y otro* (2007, 2008), met en lumière la distinction entre l'ordre public interne et international[2475]. Dans le contexte de la crise économique de 2001-2002 et de la forte dépréciation du peso argentin par rapport au dollar, l'Argentine a instauré la *pesification* des obligations libellées en

---

[2471] V., en particulier, la doctrine du professeur Boggiano, qui a fortement contribué pour introduire la notion de lois de police dans le système de droit argentin : A. Boggiano, *Tratado de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, La Ley, 6e éd. act., 2017, vol. 1, p. 561-567, concernant l'ordre public, et p. 593-607 pour les lois de police ; et A. Boggiano, *Derecho internacional privado : en la estructura jurídica del mundo actual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6e éd, 2011, p. 183-187 concernant l'ordre public et p. 205-214 pour les lois de police.

[2472] Argentine, CNCom., sala E, *Ogden Entertainment Services Inc. c. Eijo, Néstor E. y otro*, 20 septembre 2004.

[2473] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2474] *Ibidem*. L'ancien art. 14 du Code civil disposait : « Les lois étrangères ne seront pas applicables : 1°) Lorsque leur application serait contraire au droit public ou pénal de la République, à la religion de l'État, à la tolérance des cultes ou à la morale et aux bonnes mœurs ; 2°) Lorsque leur application serait incompatible avec l'esprit de la législation de ce Code. » (Traduction libre de l'espagnol).

[2475] Argentine, CNCom., sala B, Standard Bank London Ltd. y otros c. Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y otro, 7 août 2007 ; et Juz. Nac. Com. 16, secretaría 31, Standard Bank London Ltd. y otros c. Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y otro s. ordinario, 22 mars 2006.

devises étrangères par l'adoption de normes d'urgence[2476]. Cette intervention souleva des problématiques juridiques complexes et donna lieu à un contentieux particulièrement abondant. Dans les arrêts *Standard Bank*, il fut ainsi établi que, dans les contrats internationaux, les parties peuvent écarter les règles d'ordre public interne grâce à leur autonomie matérielle. Ainsi, même soumis au droit argentin, les obligations contractées en dollars américains ont été maintenues, soulignant que l'ordre public international est la seule limite à l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux. Comme l'a souligné la Cour d'appel : « Il va de soi que, comme pour tout contrat, l'autonomie de la volonté rencontre des limites dans la morale, les bonnes mœurs et l'ordre public, mais, dans ce type de relation, la limite est imposée par l'ordre public international, et non par l'ordre public interne ou local »[2477]. Dès lors, les normes relatives à la *pesification*, considérées simplement comme relevant de l'ordre public interne, pouvaient être librement écartées par la volonté des parties, sans que cela porte atteinte à des principes d'ordre public international[2478].

420. Au *Guatemala*, l'article 31 de la loi sur le pouvoir judiciaire énonce que, lorsque la législation choisie par les parties est en conflit avec l'ordre public, cette législation doit être écartée, sans pour autant préciser sa méthode de fonctionnement. Selon l'article cité : « Les actes juridiques et les contrats sont régis par la loi à laquelle les parties se sont soumises, à moins que cette soumission ne soit contraire à des lois prohibitives expresses ou à *l'ordre public* »[2479]. Bien qu'il ne traite explicitement que des cas où les parties ont choisi la loi applicable, on peut, pour une question de logique, considérer qu'il n'y a pas de raison de ne pas l'étendre également aux situations de désignation objective d'une loi étrangère. En effet, l'article 44 de la même loi, de portée générale, énonce que : « Sont dépourvus de toute validité et de tout effet en République du Guatemala, les lois, dispositions et jugements étrangers, ainsi que les actes ou stipulations particulières provenant de l'étranger, lorsqu'ils portent atteinte à la souveraineté nationale, qu'ils

---

[2476] Pour la jurisprudence concernant la question de la « pesification » en Argentine, v. M.B. Noodt Taquela, « Jurisprudencia argentina sobre contratos internacionais », *in* D.P. Fernández Arroyo, A. Dreyzin de Klor (eds.), *Contratos internacionales*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 225.

[2477] « Selon l'arrêt de la cour d'appel : « L'autonomie conflictuelle implique la faculté de choisir le droit applicable, lequel, bien que fondé sur le droit interne, trouve en droit international une portée bien plus large : en effet, les parties peuvent "aller jusqu'à éviter l'application de normes impératives des droits internes, dans la mesure où elles ne portent pas atteinte à des règles d'ordre public international". Autrement dit, dans ces cas, l'autonomie conflictuelle tient le rôle que joue l'autonomie matérielle en droit interne, mais la liberté des contractants est plus grande dans les accords internationaux. En effet, les parties ont la possibilité de choisir un système juridique étranger, voire de consacrer un contenu entièrement propre à l'accord par le biais de l''autonomie matérielle » , qui inclut la faculté de créer leurs propres normes ; elles peuvent donc, de façon valable, écarter l'application des règles d'ordre public interne ». Cf. Argentine, CNCom., sala B, *Standard Bank London Ltd. y otros c. Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y otro*, 7 août 2007 (traduction libre de l'espagnol).

[2478] Selon l'arrêt : « La légitimité d'une telle stipulation tient au fait que ce qui a été convenu sur la "devise de paiement", qui, dans le cas d'espèce, a conduit à écarter la législation d'urgence ayant imposé la *pesification* des obligations contractées en monnaie étrangère, n'a pas porté atteinte à des principes d'ordre public international, même si cela avait pu contredire une norme d'ordre public interne, en principe impérative pour les parties. ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2479] Guatemala, Décret 2-89 du 10 janvier 1989, *Loi sur le pouvoir judiciaire* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

contredisent la Constitution politique de la République ou qu'ils sont contraires à *l'ordre public* »[2480].

421. Au *Pérou*, le Code civil, dans une approche apparemment contradictoire, énonce à l'article 2049 que les lois étrangères ne seront écartées « que lorsque leur application est incompatible avec *l'ordre public international* ou les *bonnes mœurs* »[2481]. En outre, l'article précise, dans une rédaction très générale, que, dans ce cas, « les règles du droit interne péruvien s'appliquent »[2482]. Ce qui nous paraît paradoxal, c'est que, tout en cherchant à restreindre l'application de l'ordre public par une mention explicite à son caractère *international*, le texte ajoute que les lois étrangères doivent également être écartées si elles sont incompatibles avec les *bonnes mœurs*, notion qui est souvent rattachée à la notion de l'ordre public interne, et qui peut conférer une marge plus étendue aux juges pour écarter des lois étrangères applicables[2483].

422. L'article 7 du Code de droit international privé *panaméen* contient une norme de caractère général selon laquelle les effets juridiques d'une loi étrangère ne seront pas reconnus « lorsque son application enfreint ou viole *l'ordre public international* » ; l'article précise que le droit étranger non appliqué sera remplacé par le droit interne[2484]. Ce Code prévoit également des normes spéciales pour les contrats internationaux. L'article 67 du Code de droit international privé, qui s'assimile plutôt à une norme matérielle, fait une référence expresse au respect de la bonne foi et « aux règles de loyauté et de coopération contractuelle internationale »[2485]. Puis, l'article 72, applicable aux contrats internationaux, dispose que « l'autonomie de la volonté des parties n'est limitée que par l'ordre public » et, curieusement, « par la fraude à la loi »[2486].

Il est important de souligner que les législations des pays qui viennent d'être examinés, à savoir l'Argentine, le Guatemala, le Pérou et le Panama, ne mentionnent pas explicitement la nature tangible ou manifeste de la violation d'une loi étrangère pour qu'elle soit rejetée. En revanche, au Venezuela et en Uruguay, les réglementations sur l'ordre public présentent des ressemblances et une sophistication juridique remarquables. Elles font explicitement référence à l'internationalité de l'ordre public et ajoutent la nécessité que la violation soit concrète et manifeste pour qu'elle puisse prévaloir sur le droit étranger applicable aux

[2480] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2481] Pérou, Décret législatif n° 295, *Code civil*, 24 juillet 1984 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2482] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2483] Dans le même sens, v. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 245.

[2484] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2485] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2486] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

contrats internationaux. Par conséquent, la latitude accordée aux tribunaux pour écarter ces lois est considérablement réduite dans ces pays.

423. L'article 17.3 de la Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux du *Paraguay*, s'inspirant des Principes de La Haye, dispose que le tribunal étatique ne peut écarter l'application d'une disposition du droit choisi par les parties « si et seulement dans la mesure où le résultat de son application serait *manifestement* incompatible avec l'ordre public »[2487]. Cet article exige, ainsi, de forme expresse, que cette violation soit manifeste pour écarter l'application de la loi étrangère, et qu'elle soit appréciée *in concreto*. En outre, même si l'article ne concerne pas expressément les cas où la loi étrangère est désignée en l'absence de choix, rien n'empêcherait, à notre avis, pour des raisons de cohérence logique, que le juge écarte la loi étrangère objectivement désignée dès lors qu'elle viole manifestement l'ordre public du for.

Il convient de noter que l'article 1er de la loi paraguayenne exclut de son champ d'application les contrats de consommation, de travail, de franchise, de représentation, d'agence et de distribution. En ce qui concerne les contrats de consommation et de travail, la doctrine note que la loi paraguayenne suit la logique des Principes de La Haye et impose des règles impératives pour protéger les consommateurs et les travailleurs, limitant l'autonomie contractuelle en droit international privé[2488]. Par rapport aux Principes, la loi paraguayenne étend la liste des contrats exclus aux contrats de représentation, d'agence et de distribution, qui font l'objet d'une réglementation autonome (Loi nº 194/93). Par ailleurs, dans le cadre d'une action d'inconstitutionnalité portant sur les questions de compétence juridictionnelle et de loi applicable à un contrat de distribution internationale soumis à un tribunal arbitral sud-coréen et régi par le droit de la République de Corée, la Cour suprême de justice du Paraguay a considéré que la Loi n° 194/93 contient des dispositions d'ordre public impératif auxquelles les parties contractantes ne sauraient déroger. Au nombre de ces dispositions figure notamment la compétence exclusive des juridictions paraguayennes pour connaître de ce type de litiges[2489].

424. Enfin, le *Venezuela* exige également une violation manifeste de l'ordre public pour que la loi étrangère puisse être écartée. Selon l'article 8 de la Loi sur le droit international

[2487] « Art. 17 — Lois de police et l'ordre public : 1. Le choix par les parties du droit applicable n'empêche pas le juge d'appliquer les normes impératives du droit paraguayen qui, selon ce droit, doivent prévaloir même en présence du choix d'un droit étranger ; 2. Le juge peut prendre en considération les normes impératives d'autres États ayant un lien étroit avec le cas, en tenant compte des conséquences de leur application ou de leur non-application ; 3. Le juge peut écarter l'application d'une disposition du droit choisi par les parties si et seulement dans la mesure où le résultat de son application serait manifestement incompatible avec l'ordre public ». Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

[2488] V. E. Debuchy Boselli, « Extensión de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales: la experiencia en el ordenamiento jurídico paraguayo », *op. cit.,* p. 249 en référence à l'arrêt de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad, Gunder SCSA c. Kia Motores Corporation s/indemnización de daños y perjuicios, acuerdo y sentencia n° 285 del 25/05/2006.

[2489] Paraguay, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de inconstitucionalidad, Gunder SCSA c. Kia Motores Corporation s/indemnización de daños y perjuicios, acuerdo y sentencia n° 285 del 25/05/2006.

privé : « Les dispositions du droit étranger qui doivent être appliquées conformément à la présente loi ne sont exclues que si leur application *aboutit à des résultats manifestement incompatibles* avec les principes essentiels de l'ordre public vénézuélien »[2490]. De ce fait, la loi vénézuélienne, tout comme la loi paraguayenne, exige une violation concrète et manifeste de l'ordre public pour écarter les lois étrangères.

De plus, comme c'est le cas dans la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, à laquelle le Venezuela a adhéré[2491], l'article 9 de la loi vénézuélienne prévoit qu'on peut écarter le droit étranger s'il établit des institutions ou des procédures inconnues au Venezuela, et que celles-ci ne correspondent pas à celles en place dans ce pays. Selon cet article : « Lorsque le droit étranger déclaré applicable au cas d'espèce établit des institutions ou des procédures essentielles à sa bonne application qui ne sont pas prévues dans l'ordre juridique vénézuélien, l'application de ce droit étranger peut être refusée, à condition que le droit vénézuélien ne dispose pas d'institutions ou de procédures analogues »[2492].

2. *Normes générales de droit international privé sur l'ordre public : les cas du Brésil, de Cuba, du Mexique, du Nicaragua, ainsi que de la République dominicaine et de l'Uruguay*

425. D'une part, l'Uruguay et la République dominicaine, bien que leurs législations comportent des dispositions spécifiques aux contrats internationaux, n'abordent pas pour autant la notion d'ordre public sous un angle propre à cette matière. Toutefois, leur démarche diffère de celles des autres pays qui n'ont que des normes générales à cet égard, puisqu'ils imposent un niveau plus élevé de « perturbation » de l'ordre public pour écarter la loi étrangère. D'autre part, au Brésil ainsi qu'à Cuba, au Mexique et au Nicaragua, il n'existe pas de règles spécifiques régissant la possible éviction de l'application des lois étrangères aux contrats internationaux. Cependant, ces États disposent de normes générales de droit international privé indiquant une certaine convergence autour de l'application de limites fondées notamment sur l'ordre public, mais aussi sur des notions plus larges, telles que la « souveraineté », les « bonnes mœurs », le « régime politique, social et économique », la « morale », ainsi que « l'esprit de la législation ».

La doctrine latino-américaine s'est montrée divisée quant à l'usage de ces expressions et leur rattachement à la notion d'ordre public, en particulier concernant la souveraineté et

[2490] Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

[2491] Selon l'article 3 de cette convention : « Lorsque la loi d'un État partie prévoit des institutions ou des procédures essentielles à sa correcte application et qui ne sont pas prévues dans la législation d'un autre État partie, ce dernier peut refuser d'appliquer ladite loi, à condition de ne pas disposer d'institutions ou de procédures analogues. » (Traduction libre du portugais).

[2492] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

les bonnes mœurs[2493]. Selon le professeur Dolinger, la référence à la *souveraineté* nationale suscite des appréciations divergentes au sein de la doctrine : si certains auteurs la considèrent comme superflue, d'autres y décèlent l'expression de normes relevant du droit public ou d'une dimension proprement politique[2494]. D'autres, encore, voient la souveraineté comme un fondement même du principe d'ordre public[2495]. S'agissant des *bonnes mœurs*, les positions doctrinales s'avèrent tout aussi contrastées : une partie de la doctrine estime cette notion redondante et susceptible d'être écartée, tandis que d'autres y voient l'incorporation de prescriptions d'ordre moral et religieux, ou encore un critère interprétatif de l'ordre public, dans la lignée de la tradition du Code napoléonien qui a maintenu ces deux formules dans un souci de clarté normative[2496].

(a) Mise en œuvre encadrée de l'ordre public en tant que clause d'exception : les cas de l'Uruguay et de la République dominicaine

426. En *République dominicaine*, l'ordre public n'est pas spécifiquement traité dans les normes applicables aux contrats internationaux, lesquelles ne font référence qu'aux « dispositions impératives », marquant ainsi une claire allusion à la notion de loi de police. L'exception d'ordre public est intégrée au chapitre consacré à « l'application des normes », plus précisément à l'article 86 de Loi sur le droit international privé, qui encadre de manière précise la mise à l'écart des lois étrangères par ce mécanisme. Selon cet article :

> « La loi étrangère n'est pas appliquée lorsque ses effets sont incompatibles avec l'ordre public international.
>
> § 1. L'incompatibilité de la loi étrangère s'apprécie en tenant compte du degré de rattachement de la situation juridique à l'ordre juridique dominicain ainsi que de la gravité de l'effet que produirait son application.

[2493] Sur les divergences doctrinales et la notion d'ordre public dans les pays du Mercosur, v. S.J. Battello Calderón, *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*, *op. cit.*, p. 38-40.

[2494] V., en particulier, J. Dolinger, *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, Rio de Janeiro, Renovar, 6e éd., 2001, p. 404. L'auteur rappelle également que le professeur Amílcar de Castro a critiqué la rédaction de l'article 17 de la LINDB qui fait mention à la souveraineté et aux bonnes mœurs, en affirmant que la norme aurait pu se limiter au seul ordre public, les références à la souveraineté nationale et aux bonnes mœurs étant superflues.

[2495] F. de Souza Del'Omo, conferencia en la Facultad Dom Bosco de Porto Alegre, 26/09/2011, cité par S.J. Battello Calderón, *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*, *op. cit.*, p. 39.

[2496] V. S.J. Battello Calderón, *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*, *op. cit.*, p. 39-40. Selon l'auteur : « La doctrine la plus récente a adopté une position contraire au rapprochement ou à l'assimilation de ces deux notions et considère que les bonnes mœurs constituent un instrument peu recommandable en droit international privé, car leur usage fait courir le risque d'empiéter indûment sur le champ d'action de l'ordre public, dont l'application doit être, par définition, éminemment restrictive et fondée sur les principes juridiques qui inspirent l'ordre juridique positif. » (Traduction libre de l'espganol).

> § 2. Lorsqu'est admise l'incompatibilité de la loi étrangère, on appliquera la loi désignée au moyen d'autres critères de rattachement prévus par la même règle de conflit et, si cela n'est pas possible, on appliquera la loi dominicaine. »[2497]

En premier lieu, il convient de souligner que la loi dominicaine traite l'ordre public comme une véritable clause d'exception. En outre, l'article 86 cité traduit une conception fonctionnelle de l'ordre public, puisqu'elle impose de vérifier non pas seulement le contenu de la loi étrangère, mais également les effets concrets que son application produirait dans l'ordre juridique dominicain. De plus, le premier paragraphe de l'article 86 justifie l'intervention éventuelle de l'ordre public en fonction de l'intensité des liens de la situation avec le for, c'est-à-dire sa proximité[2498]. Le texte précise ainsi que la gravité des conséquences et le degré de rattachement de la situation au for doivent être pris en considération, ce qui implique une appréciation casuistique par le juge et l'envie de donner le plus d'effet possible aux lois étrangères éventuellement applicables.

La loi dominicaine, ainsi que la loi péruvienne, sont les seules à prévoir les effets de l'intervention de l'ordre public, en prévoyant un mécanisme de substitution. Cependant, pour la loi dominicaine, à la différence de la loi péruvienne, ce n'est pas la loi matérielle du for qui est directement appliquée en remplacement de la loi étrangère. On doit d'abord rechercher la loi applicable en fonction d'autres critères de rattachement prévus par cette même règle de conflit ; et, ce n'est qu'en cas d'échec, c'est-à-dire, lorsqu'il n'existe aucun autre rattachement, que le droit dominicain sera appliqué.

L'article 7 de Loi sur le droit international privé établit aussi une définition de l'« ordre public national » et l'« ordre public international », en les distinguant clairement l'une de l'autre. Selon cet article, l'ordre public dominicain « comprend les dispositions ou principes impératifs auxquels il ne peut être dérogé par la volonté des parties », tandis que l'ordre public international s'entend comme « l'ensemble des principes qui inspirent le système juridique dominicain et qui reflètent les valeurs de la société au moment où ils sont évalués »[2499]. De ce fait, le système dominicain limite et restreint l'application de l'exception d'ordre public, en précisant clairement que toutes les matières considérées comme relevant de l'ordre public interne ne le sont pas nécessairement sur le plan international.

427. De même, en *Uruguay*, le retrait de la loi étrangère demeure véritablement exceptionnel, exigeant la constatation d'une violation « concrète », « grave » et

[2497] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

[2498] En France, la jurisprudence a progressivement mis en évidence le degré de rattachement de la situation avec l'ordre juridique français pour motiver tantôt l'éviction de la loi étrangère au nom de l'ordre public, tantôt, au contraire, son admission malgré un contenu similaire, consacrant ainsi la notion d'« ordre public de proximité ». À ce sujet, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 356 et s., spéc. para. 399.

[2499] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

« manifeste ». Comme pour la République dominicaine, l'ordre public n'est pas traité dans les règles sur les contrats internationaux, mais plutôt dans les règles générales du droit international privé. En suivant la doctrine du professeur Quintín Alfonsín sur l'« individualité »[2500], l'article 5 de la Loi générale uruguayenne, alinéa 1, dispose que les tribunaux « déclareront inapplicables les préceptes de la loi étrangère lorsqu'ils contreviennent de manière grave, concrète et manifeste aux principes fondamentaux de l'ordre public international sur lesquels la République fonde son individualité juridique »[2501]. L'article précise encore, à l'alinéa 2, que : « Cette situation se produit notamment lorsque l'application de la loi étrangère est inconciliable avec les droits fondamentaux consacrés par la Constitution de la République et par les conventions internationales auxquelles la République est partie »[2502].

Comme l'a souligné le professeur Didier Opertti Badán, président du groupe de travail qui a élaboré la nouvelle loi générale, le texte de l'article 5 retranscrit reprend presque mot à mot le dernier paragraphe de la déclaration de l'Uruguay lors de la CIDIP-II (Montevideo, 1979), présentée par le professeur Manuel A. Vieira en tant que président de la délégation uruguayenne[2503], laquelle s'était inspirée de la thèse du professeur Quintín Alfonsín sur l'ordre public[2504]. Toutefois, le terme « normes » (« normes et principes essentiels d'ordre public international ») de la déclaration est supprimé et, comme l'explique le professeur Opertti Badán, « la notion "d'ordre public international" n'est pas envisagée comme une "exception", telle que fut alors la position de la délégation uruguayenne lors de la CIDIP-I et II ; la distinction avec l'ordre public interne disparaît également, jugée sans doute inutile »[2505]. En effet, la déclaration uruguayenne précitée contenait des éléments absents

---

[2500] Selon le professeur Alfonsín, « Les sociétés nationales sont organisées sur la base de normes et de principes de droit privé dans lesquels elles fondent leur individualité » ; « ces règles et ces principes, qui diffèrent en fonction du type de civilisation, des idées philosophiques, religieuses et politiques, ainsi que des particularités de chaque société, forment l'ordre public de chaque État ». Cf. Q. Alfonsín, *Teoria del Derecho Privado Internacional*, *op. cit.*, p. 559 (traduction libre de l'espagnol). Au sujet de l'incorporation de la doctrine d'Alfonsín dans la nouvelle législation uruguayenne, v. C. Fresnedo de Aguirre, « Private International Law in Uruguay: Present and Future », *op. cit.*, p. 97-98.

[2501] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2502] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2503] « […] la République orientale de l'Uruguay donne son vote favorable à la formule de l'ordre public, tout en prenant soin de préciser expressément, conformément à la position défendue au Panama, que, selon son interprétation de l'exception susmentionnée, celle-ci se rapporte à l'ordre public international en tant qu'institution juridique singulière, qui ne saurait être assimilée nécessairement à l'ordre public interne de chaque État. Par conséquent, de l'avis de la République orientale de l'Uruguay, la formule adoptée constitue une habilitation à caractère exceptionnel accordée aux différents États parties, afin que, de manière motivée et non discrétionnaire, ils puissent écarter l'application des dispositions de la loi étrangère lorsqu'elles portent concrètement, gravement et manifestement atteinte à des normes et principes essentiels d'ordre public international, dans lesquels chaque État trouve l'assise de son individualité juridique. » (Traduction libre de l'espagnol). En ligne https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html (consulté le 11 septembre 2025).

[2504] Q. Alfonsín, *El orden público*, Montevideo, Pena y Cia, 1940.

[2505] D. Opertti Badán, « Primera lectura (3.12.2020) de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay a cargo del profesor emérito de derecho internacional privado Dr. Didier Opertii Badán en el aula "Tatiana Maekelt", Caracas, 3 de diciembre de 2020 », *op. cit.*, p. 568 (traduction libre de l'espagnol).

de l'article 5 de la nouvelle loi, notamment : une disposition établissant expressément la distinction entre ordre public interne et ordre public international (« celui-ci *[l'ordre public]* se rapporte à l'ordre public international en tant qu'institution juridique singulière, qui ne saurait être assimilée nécessairement à l'ordre public interne de chaque État ») ; et, une référence explicite au caractère exceptionnel du mécanisme (« la formule adoptée constitue une habilitation à caractère exceptionnel »)[2506]. Malgré cela, le professeur n'explique pas quelles sont les conséquences de l'exclusion de la référence au caractère exceptionnel de la norme et si celui-ci changerait le mode de fonctionnement de l'ordre public comme un mécanisme d'éviction.

Pour la professeure Cecilia Fresnedo de Aguirre, la solution de la nouvelle loi est en accord avec les décisions antérieures des tribunaux uruguayens, qui, selon elle, ont généralement appliqué l'exception d'ordre public de manière restrictive et en prenant la Déclaration de 1979 comme référence[2507]. Toutefois, la même auteure, lorsqu'elle examine les solutions spécifiques applicables aux contrats dans le cadre du projet de loi d'alors, semble adopter une interprétation plus extensive des « perturbations » susceptibles d'affecter l'application d'une loi étrangère du fait de la volonté des parties. Elle confirme ainsi sa doctrine déjà ancienne, défavorable à l'autonomie, en précisant : « Il va de soi que l'ordre public international, les règles d'application nécessaire, la fraude à la loi et l'harmonisation, avec le recours à l'équité dans le cas concret, ne sauraient être écartés par l'autonomie de la volonté. Il serait logique qu'un État refuse de faire prévaloir ses propres règles générales uniquement en raison de la volonté des parties contractantes »[2508].

En ce qui concerne le texte de l'alinéa 2, qui apporte une définition de l'ordre public international, il convient de signaler que la législation uruguayenne est la seule en Amérique latine à mentionner explicitement l'intégration des droits fondamentaux garantis par des conventions internationales dans la notion d'ordre public international, ce qui implique, comme l'a noté le professeur Opertti Badán, des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois[2509]. En outre, il est intéressant de noter l'usage du terme

---

[2506] En ligne https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html (consulté le 11 septembre 2025). V. note de bas de page *supra* n° 2501.

[2507] Elle cite à ce propos l'arrêt *Court of Appeals in Family matters* (TAF 1º), Maggi, Baccelli, Monserrat, 1/8/2007, Judgment n° 193/2007, in La Justicia Uruguaya (LJU) case N° 15 727. Cf. C. Fresnedo de Aguirre, « Private International Law in Uruguay : Present and Future », *op. cit.*, p. 98.

[2508] C. Fresnedo de Aguirre, « Private International Law in Uruguay: Present and Future », *op. cit.*, p. 103-104 (traduction libre de l'espagnol).

[2509] Le professeur Opertti Badán explique que « l'expression "droits fondamentaux" est employée, conformément à la doctrine classique du constitutionnalisme uruguayen (Justino Jiménez de Aréchaga) ». L'auteur suggère également de regarder l'article 12 de la nouvelle loi sur le renvoi qui se réfère aux « normes sur les droits de l'homme auxquelles la République est partie ». Cf. *Ibidem*. Pour une discussion sur les liens entre l'ordre public et les droits fondamentaux, v. le cours de la professeur uruguayenne Fresnedo e Aguirre à l'Académie de Droit International de La Haye : C. Fresnedo de Aguirre, « Public Policy: Common Principles in the American States », *RCADI*, 2016, vol. 379 ; Dans le contexte européen, v. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale*, *op. cit.,* p. 586 et s., spéc. para. 471. Il convient de noter aussi le nouveau projet de loi de droit international privé au Brésil (2025), qui intègre également les principes fondamentaux consacrés « par des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par la République fédérative du Brésil, notamment dans les situations de

« notamment » lors de la définition de l'ordre public international. Cela suggère, à notre avis, que cette définition n'est pas exhaustive, mais plutôt illustrative, laissant ouverte la possibilité que d'autres circonstances puissent également rentrer dans la notion d'ordre public international.

Au sujet de l'ordre public dans la nouvelle loi uruguayenne, il est intéressant de mentionner la doctrine de la professeure Cecilia Fresnedo de Aguirre sur les contrats asymétriques, qui a été, par ailleurs, reflétée dans le nouveau rapport et guide de bonnes pratiques de l'OEA sur l'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux comportant une partie économiquement faible (2023), et dont elle était la rapporteuse — nous y reviendrons[2510]. Commentant la nouvelle loi uruguayenne de 2020, l'auteure affirme que le principe de l'égalité des parties devant la loi constitue un fondement essentiel de l'ordre public international uruguayen, consacré tant par la Constitution nationale que par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme[2511]. Dès lors, le choix de la loi applicable, désormais permis par cette loi, devrait respecter ce principe. L'auteure, qui s'opposait fermement à l'admission du principe de l'autonomie de la volonté avant l'entrée en vigueur de la loi[2512], affirme désormais que la validation et l'application d'une clause de choix de loi imposée unilatéralement par une partie, notamment lorsque l'autre partie n'a pas consenti à cette clause, viole l'ordre public international uruguayen. Selon l'auteure, cette protection doit s'étendre au-delà des seuls contrats de consommation ou de travail pour englober toutes les situations dans lesquelles une partie se trouve en position économique de faiblesse et n'a pas participé à la négociation de la clause de choix de loi, ce qui est particulièrement fréquent dans les contrats d'adhésion entre commerçants ou dans les contrats asymétriques[2513].

La professeure reconnaît pleinement que, dans la pratique contractuelle, l'une des parties dispose généralement d'une position de force supérieure à l'autre, rendant l'égalité du pouvoir de négociation largement illusoire. Toutefois, elle estime que cette réalité factuelle n'autorise ni le législateur ni les juges « à entériner des situations de déséquilibre et d'abus »[2514]. Selon ses termes, « la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat doivent nécessairement dialoguer avec les aspirations générales à la justice contractuelle »[2515]. Elle en conclut que l'autonomie de la volonté reconnue par la nouvelle loi uruguayenne à son article 45 ne saurait servir à valider le choix de la partie la plus forte, ce qui compromettrait l'équilibre et l'équité contractuels. Le juge ne doit pas ainsi

discrimination fondée sur la race, le genre, l'ethnie, l'orientation sexuelle, la nationalité, le handicap ou l'appartenance à des peuples et communautés traditionnels » (art. 11) (traduction libre du portugais).

[2510] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil*, *op. cit.* Sur ce guide, v. *infra* n° 591 et s.

[2511] C. Fresnedo de Aguirre, « La autonomía de la voluntad en la Contratación internacional y los principios Fundamentales en juego: Las novedades de la ley 19 920 », *op. cit.*, p. 224 et s.

[2512] V. *Ibid*, spéc. p. 115-131.

[2513] *Ibid*, p. 224 et s.

[2514] *Ibid*, p. 228-229 (traduction libre de l'espagnol).

[2515] *Ibid*, p. 229 (traduction libre de l'espagnol).

« appliquer automatiquement la loi choisie », mais garantir « un équilibre minimal » dans les contrats impliquant des parties inégales, assurant ainsi la justice dans le cas concret[2516].

(b) Appréciation étendue de l'ordre public : les cas du Brésil, de Cuba, du Mexique, et du Nicaragua

428. Au *Brésil*, la LINDB ne prévoit pas de règle spécifique, mais contient des principes généraux de règlement des conflits qui peuvent également être utilisés dans le domaine des contrats internationaux. Dans ce pays, la manière dont les lois étrangères sont appliquées est régie par l'article 17 de la LINDB, qui dispose : « Les lois, actes et jugements d'un autre pays, ainsi que les déclarations de volonté, n'ont pas d'effet au Brésil lorsqu'ils portent atteinte à la *souveraineté nationale*, à *l'ordre public* et aux *bonnes mœurs* »[2517].

La formule brésilienne de l'ordre public triple — souveraineté nationale, ordre public, et bonnes mœurs —, est claire selon le professeur Haroldo Valladão. Selon l'auteur : « L'effet du droit étranger est refusé au Brésil lorsqu'il heurte les conceptions fondamentales du for, qu'il établit des normes absolument incompatibles avec les principes essentiels de l'ordre juridique du for, fondés sur les concepts de justice, de morale, de religion, d'économie et même de politique, lesquels inspirent la législation respective »[2518].

Plus précisément, en ce qui concerne les bonnes mœurs, Clóvis Bevilaqua, auteur du Code civil de 1916, affirmait que, par cette expression, on doit comprendre l'ensemble des « règles de conduite dans les relations domestiques et sociales en harmonie avec les fins élevées de la vie humaine »[2519]. L'auteur précisait toutefois que seules certaines de ces règles morales possèdent la force nécessaire pour faire obstacle à l'application du droit étranger. Il s'agit exclusivement de celles « dont la violation heurte plus directement et profondément nos sentiments d'honnêteté, de pudeur et d'estime réciproque »[2520].

Cette conception restrictive des bonnes mœurs comme limite à l'application du droit étranger trouve un écho dans les développements ultérieurs de la doctrine brésilienne. Ainsi, le professeur O. Tenório insiste sur le fait que toutes les valeurs morales ne sauraient relever de la catégorie de l'ordre public. Selon lui, seules doivent y être intégrées « certaines valeurs morales protégées directement ou indirectement par le droit, et non l'ensemble des valeurs qui façonnent les caractéristiques morales d'un peuple donné »[2521].

[2516] *Ibid*, p. 236 (traduction libre de l'espagnol).

[2517] Brésil, Décret-loi n° 4 657 du 4 septembre 1942, *Loi d'introduction aux normes de Droit brésilien*, rédaction conformément à la Loi n° 12 376, 2010 (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

[2518] H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.,* p. 502 (traduction libre du portugais).

[2519] C. Bevilaqua, *Direito Internacional Privado, op. cit.*, p. 80 (traduction libre du portugais).

[2520] *Ibidem*.

[2521] O. Tenório, *Direito Internacional Privado*, 2e éd., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1949, p. 261 (traduction libre du portugais).

L'auteur préconise d'ailleurs une interprétation prudente de cette exception, afin d'éviter « des restrictions abusives à l'application du droit étranger »[2522].

Cette approche restrictive a d'ailleurs conduit une partie de la doctrine brésilienne à s'interroger sur l'utilité même d'une référence distincte aux bonnes mœurs. Plusieurs auteurs ont ainsi soutenu qu'il aurait été préférable de se limiter à la seule mention de l'ordre public, notion susceptible d'être interprétée de manière suffisamment extensive pour englober également la souveraineté nationale et les bonnes mœurs[2523].

En outre, bien que l'article 17 de la LINDB ne précise pas les effets juridiques de cette considération, la doctrine brésilienne a précisé que, « […] l'ordre public écartera uniquement la disposition absolument incompatible avec le droit du for », « menant généralement à la substitution du droit étranger par celui du for », s'inscrivant ainsi dans la logique de la méthode d'exception[2524].

Le Tribunal supérieur de justice brésilien a déjà eu l'occasion d'analyser l'ordre public comme limite à l'application de la loi étrangère, sans pour autant faire une différenciation entre l'ordre public interne et international. Dans l'affaire *Mendes Júnior* du 21 juin 2016[2525], la Cour supérieure brésilienne précisa que l'article 17 de la LINDB établit comme limite à la liberté contractuelle « l'ordre public interne », en fournissant une interprétation de ce concept. Reprenant la définition de l'ordre public du professeur brésilien Irineu Strenger, la Cour souligna que l'ordre public se réfère à :

> « "L'ensemble des normes et principes qui, à un moment historique donné, reflètent le schéma des valeurs essentielles, dont la protection répond de manière spéciale à chaque ordre juridique concret", de manière à éviter que "les principes cardinaux du droit interne de chaque pays ne soient violés ou que les intérêts économiques d'un État ne soient lésés". »[2526]

La Cour confirma par la suite que la sécurité juridique constitue un élément essentiel de l'ordre public et que la prescription pouvait en faire partie. Selon ses termes, « Bien que la définition du concept d'ordre public soit complexe, il est indéniable que la sécurité juridique découle directement de la Constitution fédérale elle-même » ; la prescription en est ainsi « un corollaire indiscutable, avec des répercussions significatives sur la résolution

---

[2522] *Ibid*, p. 262 261 (traduction libre du portugais).

[2523] Cf. O. Tenório, *Direito Internacional Privado*, 2e éd., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1949, p. 261 ; W. de Souza Campos Batalha, *Tratado de direito internacional privado,* t. 1, *op. cit.*, p. 264-265 ; et V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 228.

[2524] H. Valladão, *Direito Internacional Privado: Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.,* p. 505 (traduction libre du portugais).

[2525] Brésil, STJ, REsp n° 1 280 218/MG, Terceira Turma, *Mendes Júnior*, 21 juin 2016, DJe du 12 août 2016, précité *supra* n° 339.

[2526] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

des litiges »[2527]. Cependant, la Cour rejeta l'idée qu'une simple application d'une loi étrangère établissant un délai de prescription différent de celui de la loi de source interne puisse constituer une violation de l'ordre public. Selon la Cour :

> « Toutefois, le recours à un droit étranger qui, en l'espèce, régit la prescription — en ne distinguant que la durée du délai — ne peut pas être considéré comme un régime portant atteinte à l'ordre public national. En d'autres termes, la norme choisie n'a pas écarté les effets de stabilisation des actions par l'écoulement du temps, de sorte qu'elle n'a pas méconnu le principe de sécurité juridique. Dès lors que l'institution de la prescription demeure préservée, il n'y a pas lieu de retenir une atteinte à l'ordre public interne. »[2528]

Un deuxième arrêt rendu par le STJ en date du 13 juin 2017 apporta des éclairages supplémentaires sur les concepts d'ordre public et de bonnes mœurs, en soulignant le caractère d'« actualité » de l'ordre public[2529]. Cet arrêt portait sur la validité d'une dette de jeu conclue légalement à l'étranger, remettant en question une éventuelle violation de l'ordre public brésilien. Dans ce contexte, le Tribunal supérieur définit l'ordre public en soulignant qu'il s'agit d'un concept « évolutif, associé à la moralité et à l'ordre juridique en vigueur à une époque donnée » ; il ne s'agissait donc pas « d'une notion statique, mais d'un critère qui doit être réévalué en fonction de l'évolution de la société »[2530]. La Cour conclut que les jeux de hasard ne sont pas contraires aux bonnes mœurs dans l'ordre juridique brésilien, et estima également qu'une créance issue d'un jeu ne porte pas atteinte à la souveraineté nationale, puisqu'admettre la validité d'un acte conclu à l'étranger ne limite ni le pouvoir de l'État sur son territoire, ni son indépendance vis-à-vis d'autres États[2531].

Pour la question de l'ordre public, la Cour affirma qu'il n'y avait pas d'obstacle au recouvrement d'une dette de jeu au Brésil, puisque la loi étrangère et le droit brésilien autorisaient tous deux certains jeux de hasard supervisés par l'État et permettaient ainsi le recouvrement de dettes qui en seraient issues (il y avait ainsi une « équivalence entre la loi étrangère et le droit brésilien »). De plus, la Cour souligna que « la question de la violation de l'ordre public devait être réexaminée à la lumière des principes régissant les obligations dans le contexte contemporain, notamment la bonne foi et l'interdiction de l'enrichissement sans cause », ce dernier point étant expressément prévu par le Code civil

---

[2527] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2528] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2529] Brésil, STJ, 3ª Turma, REsp n° 1 628 974/SP, 13 juin 2017, DJe 25 août 2017.

[2530] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2531] Plus précisément, quant aux bonnes mœurs, la Cour précisa que « le milieu social et l'ordonnancement juridique brésilien ne considèrent pas comme contraires aux bonnes mœurs les jeux de hasard », que cela soit parce que « plusieurs d'entre eux sont autorisés au Brésil » ou encore parce que le Code civil prévoit que l'on ne peut pas récupérer la somme payée volontairement à titre de dette de jeu ou de pari. En outre, la Cour constata que la créance liée à une dette de jeu ne porte pas atteinte à la *souveraineté* nationale « dans la mesure où la reconnaissance de la validité d'un acte juridique réalisé à l'étranger ne prive pas l'État de son pouvoir sur son territoire, ni ne crée une quelconque forme de dépendance ou de subordination à d'autres États souverains. » *Ibidem* (traduction libre du portugais).

brésilien[2532]. De ce fait, la Cour jugea qu'il était légitime de réclamer le paiement de dettes de jeu contractées légalement à l'étranger, car toute autre décision pourrait porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Selon la Cour :

> « Celui qui visite un pays étranger, bénéficie de son hospitalité et souscrit librement des obligations légales, ne peut retourner dans son pays d'origine pour y chercher l'impunité civile. La violation de la bonne foi envers un tiers est manifeste, tout comme l'enrichissement sans cause ; ils sont susceptibles de contrevenir à l'ordre public et aux bonnes mœurs »[2533].

La jurisprudence récente du STJ confirma également que l'ordre public, ainsi que la souveraineté et les bonnes mœurs, constituaient des limites à l'autonomie de la volonté. Ainsi, sur la base de la doctrine et de la jurisprudence constante du même tribunal, il fut jugé, lors de l'arrêt *Takoma* précité, qu'« il convient effectivement de respecter la loi régissant le contrat international, au regard des principes de liberté et d'autonomie de la volonté, sauf, comme déjà indiqué, dans des circonstances exceptionnelles portant atteinte à la souveraineté nationale, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; ces deux derniers concepts étant, bien entendu, évolutifs dans l'espace et dans le temps »[2534]. Par conséquent, la Cour confirma l'application de la loi étrangère à l'ensemble du contrat de prêt et de garantie, y compris en ce qui concerne la prescription, considérant qu'« aucun motif ne justifie de rejeter son application sur le territoire brésilien, cette application ayant été indiscutablement la volonté des parties »[2535].

Il a également été reconnu que « dans les contrats internationaux, le choix de la législation applicable est admis, notamment dans ceux de nature patrimoniale, car, dans ces conventions, l'autonomie de la volonté bénéficie d'une protection particulière, *sous réserve de toute atteinte à la souveraineté nationale, à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ». En conséquence, il a été décidé que dans le cas d'un contrat d'assurance santé national assorti d'une assistance internationale complémentaire, tant qu'elles les conventions d'assurance santé nationales « ne s'écartent pas de l'objet du contrat et ne contreviennent pas à la législation [Loi complémentaire nº 126/2007 (arts. 19 et 20), Résolution CNSP nº 197/2008 et Circulaire SUSEP nº 392/2009] », elles « peuvent comporter des clauses de services et de garanties complémentaires d'assistance santé non prévues par la Loi n° 9 656/1998 », et ne sont donc pas contraires à l'ordre public[2536].

L'analyse textuelle de l'article 17 de la LINDB ainsi que son application jurisprudentielle révèle un caractère étendu de la notion d'ordre public, plaçant cette exception au même

---

[2532] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2533] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2534] Brésil, STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n° 1 343 290/SP, 20 août 2019, DJe 23 août 2019 (traduction libre du portugais).

[2535] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2536] Brésil, STJ, 3ª Turma, REsp n° 1 850 781/SP, 28 septembre 2021, DJe 1re octobre 2021 (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

niveau que d'autres concepts généraux, tels que les bonnes mœurs, et sans distinguer expressément entre ordre public interne et ordre public de droit international privé, même si la doctrine insiste sur une telle séparation[2537]. En conséquence, en pratique, toute violation d'une norme impérative du droit interne qualifiée d'« ordre public » (comme dans l'arrêt *Mendes Júnior* cité plus haut), voire une atteinte aux bonnes mœurs (comme dans l'arrêt du STJ du 13 juin 2017 également cité), risque de justifier l'écart à l'application d'une loi internationale applicable à un contrat international.

Pour remédier à toute insécurité, une solution novatrice a été proposée par le projet de loi de droit international privé (2025) actuellement en discussion au Brésil, et qui introduit plusieurs nouveautés dans ce domaine[2538]. En ce sens, l'article 11 de ce projet, intitulé « ordre public », dispose :

> « Les lois, actes publics et privés, ainsi que les décisions judiciaires ou extrajudiciaires d'un autre État, n'auront pas d'effet dans la République fédérative du Brésil lorsque leur application produira des résultats potentiellement contraires à l'*ordre public international* brésilien.
>
> Paragraphe unique. Sera considérée comme contraire à l'ordre public international brésilien, *sans préjudice d'autres situations similaires*, la norme étrangère qui porte atteinte gravement à des *principes fondamentaux* consacrés par la *Constitution* ou par des *traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ratifiés par la République fédérative du Brésil*, notamment dans les cas de discrimination fondée sur la race, le sexe, l'ethnie, l'orientation sexuelle, la nationalité, le handicap ou l'appartenance à des peuples ou communautés traditionnels. »[2539]

Parmi les innovations apportées, il convient de relever la référence expresse à « l'ordre public international », ce qui permet de le différencier de l'ordre public interne, et pourtant de limiter le champ d'action de ce mécanisme d'éviction. Par ailleurs, à l'instar de la nouvelle législation uruguayenne en la matière, l'article précise ce qui peut être compris dans cette notion, sans toutefois en limiter le champ (« sans préjudice d'autres situations similaires »), en incluant notamment la violation des principes fondamentaux de la Constitution nationale ainsi que des traités de droits de l'homme ratifiés par le Brésil. Cette disposition confirme ainsi la doctrine nationale qui soutenait déjà que ces derniers devraient aussi être intégrés dans la notion d'ordre public international[2540]. De surcroît, et

---

[2537] V. H. Valladão, Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, *op. cit.,* p. 486 et s.

[2538] Portaria CDESS/SRI/PR nº 1, de 16.12.2024, *DOU* 18.12.2024, Edição 243, Seção 2, p. 3.

[2539] Cf. projet présenté par la Commission établie à la « Portaria » CDESS/SRI/PR nº 1, de 16.12.2024, *DOU* 18.12.2024, Edição 243, Seção 2, p. 3 (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

[2540] V. sur ce sujet, la doctrine du professeur Valerio de Oliveira Mazzuoli, affirmant qu'il doit être considéré comme d'ordre public, en plus des traités de droit de l'homme ratifiés par le pays, également la coutume internationale relative ou non aux droits de l'homme. Comme il l'explique : « En effet, la coutume internationale est une source formelle du droit international public, selon la norme contenue à l'article 38, § 1er, b, du Statut de la Cour internationale de Justice. Elle lie les États membres de la communauté internationale à son application, ce qui lui

de manière bienvenue, l'article précise que cette violation, pour justifier l'écart à l'application des lois étrangères, doit être qualifiée de « grave ».

429. À *Cuba*, sans faire mention expresse à l'ordre public, l'article 21 du Code civil, d'application générale, dispose que « La loi étrangère ne sera pas appliquée dans la mesure où ses effets sont contraires aux principes du *régime politique, social et économique* de la République de Cuba »[2541]. Cet article illustre, ainsi, une conception particulière et large de l'ordre public en droit international privé, visant la sauvegarde du régime politique, social et économique du pays. Aucune loi étrangère ne sera ainsi appliquée si elle est contraire aux fondements du régime politique, social et économique de l'État cubain.

430. Au *Mexique*, le Code civil fédéral contient une norme d'application générale à l'article 6 qui attribue une définition de l'ordre public dans la sphère nationale. Selon cet article : « La volonté des particuliers ne peut dispenser de l'observation de la loi, ni la modifier ou l'altérer. Ne peuvent être renoncés que les droits privés qui n'affectent pas directement l'*intérêt public*, à condition que la renonciation ne porte pas préjudice aux droits de tiers »[2542]. En outre, l'article 8 du même Code précise que « Les actes accomplis en violation des *lois prohibitives* ou d'*intérêt public* seront nuls, sauf dans les cas où la loi en dispose autrement »[2543]. À cet égard, la jurisprudence précisa que : « Pour que l'ordre public soit concerné, il est nécessaire que les intérêts (en jeu) soient d'une importance telle que, nonobstant […] le consentement de la personne concernée, l'acte interdit soit susceptible de causer un dommage à la communauté, à l'État ou à la Nation »[2544].

Bien que ces articles ne constituent pas des règles de droit international privé en tant que telles, la doctrine mexicaine les interprète comme une véritable limite à l'autonomie de la volonté dans ce domaine. Comme le souligne le professeur Leonel Pereznieto Castro, la notion d'ordre public dans le droit interne mexicain « marque une limite à l'autonomie de la volonté, pouvant conduire à la *nullité de l'acte juridique* accompli dans l'exercice de cette autonomie »[2545]. Dès lors, si les parties à un contrat conclu à l'étranger ont violé le principe énoncé à l'article 6 du Code civil fédéral précité, le juge mexicain refusera de reconnaître cet acte sur le territoire national en raison de son incompatibilité avec l'ordre public mexicain[2546]. Ainsi, dans un tel cas, l'ordre public ne joue pas sa fonction

---

confère également la capacité de limiter les lois, coutumes et institutions d'un État étranger qui lui seraient contraires. À ce titre, il convient de souligner l'importance majeure des normes internationales de *jus cogens* (également issues de la coutume internationale), en tant que limites à l'application interne des lois, coutumes ou institutions d'un État étranger. » Cf. V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 225 (traduction libre du portugais).

[2541] Cuba, Loi n° 59, *Code civil*, 16 juillet 1987 (traduction libre de l'espagnol).

[2542] Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2543] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2544] Cité par L. Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado: parte general, op. cit.*, *op. cit.*, p. 230.

[2545] *Ibid*, p. 230.

[2546] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

traditionnelle d'évincer la loi étrangère pour appliquer le droit national jugé fondamental, mais conduit directement à la nullité de l'acte juridique qui viole l'ordre public national.

En outre, l'article 15 dudit Code liste deux situations dans lesquelles le droit étranger n'est pas applicable. Ces situations sont les suivantes : lorsque les « principes fondamentaux du droit mexicain » ont été artificiellement éludés (art. 15, I), et lorsque les dispositions de la loi étrangère ou le résultat de son application sont « contraires aux *principes* ou aux *institutions fondamentaux de l'ordre public* mexicain » (art. 15, II)[2547]. Il est intéressant d'observer que, à la différence des autres lois latino-américaines qui font seulement référence à l'« ordre public » ou aux « principes d'ordre public », la loi mexicaine ajoute encore une référence aux « institutions fondamentales de l'ordre public ». Selon le professeur Pereznieto Castro, cet article prend en compte que le juge national ne peut pas décider « par simple caprice » qu'une certaine loi est contraire à l'ordre public dans l'abstrait, mais qu'il doit se référer à la contradiction spécifique, avec un principe ou une institution juridique mexicaine. Selon les termes du professeur mexicain, « il s'agira toujours d'une contradiction précise avec une règle spécifique du droit mexicain, afin d'obliger le juge à la déclarer dans ce sens et à en justifier l'application »[2548].

431. Le Code civil du *Nicaragua* se montre quant à lui très restrictif. Le Titre préliminaire contient des règles de droit international privé et au Paragraphe VI, 22, il est établi que : « Est nul l'acte conclu entre des Nicaraguayens dans un pays étranger où ils se sont rendus pour se soustraire à l'application de la loi nicaraguayenne »[2549]. D'autre part, le Paragraphe VIII du Titre préliminaire énumère quatre cas dans lesquels les lois étrangères ne seront pas applicables : « Lorsque leur application est contraire au *droit public* ou *pénal* de la République, à la *liberté des cultes*, à la *morale*, aux *bonnes mœurs* et aux *lois prohibitives* ; lorsque leur application est incompatible avec l'*esprit de la législation* du présent Code ; lorsqu'elles *sont de simple privilège* ; et lorsque les préceptes du présent Code, en contradiction avec les lois étrangères, sont plus favorables à la validité des actes »[2550]. Puis, le Paragraphe X du même Titre ajoute que « Les actes exécutés contrairement à des lois prohibitives ou prescriptives sont sans valeur, si elles ne prévoient pas expressément un autre effet pour le cas de contravention »[2551].

L'article 2437 du Code civil, qui s'applique aux contrats nationaux, a été également mentionné par la doctrine comme imposant des limites à l'application de la loi étrangère dans la sphère internationale[2552]. Selon cet article : « Les parties contractantes peuvent

[2547] Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol).

[2548] L. Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado: parte general, op. cit.*, p. 233-234 (traduction libre de l'espagnol).

[2549] Nicaragua, *Code civil*, 11 décembre 2019 (traduction libre de l'espagnol).

[2550] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2551] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2552] R.F. Pozo Urbina, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, 2e éd., Managua, Nica Ediciones, 2000, p. 167.

établir les pactes, clauses et conditions qu'elles jugent convenables, pourvu qu'ils ne soient pas contraires à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public »[2553].

Dans leur ensemble, les dispositions du Code civil nicaraguayen traduisent une politique de droit international privé résolument protectrice, fondée sur une conception dépassée de l'ordre public. Ce système pose des limites à la fois strictes et étendues à l'application des lois étrangères sur le territoire national, sans procéder à une véritable distinction entre l'ordre public interne et la notion d'ordre public de droit international privé. En outre, comme c'est le cas au Mexique, l'application stricte de l'article 2437, ainsi que du paragraphe VI, 22, du Titre préliminaire du Code civil nicaraguayen, implique que, lorsque le juge constate une violation de l'ordre public dans une situation donnée, la conséquence n'est pas simplement l'éviction de la loi étrangère avec la conséquente substitution par la loi du for, mais la déclaration de la nullité de l'acte juridique concerné. Cette conception se traduit ainsi par un contrôle judiciaire plus rigoureux et direct, affectant non seulement l'application de la loi étrangère, mais également la validité même des actes juridiques.

B. Normes de droit interne appliquées par analogie aux contrats internationaux

432. En Amérique latine, de manière générale, les codes inspirés du Code civil chilien, fondé sur le territorialisme d'Andrés Bello, n'ont pas prévu de clause d'ordre public[2554]. Tel est toujours le cas en Colombie, au Costa Rica, au Honduras et dans une certaine mesure en Bolivie. Dans ces pays, les limites à l'application des lois étrangères dans le domaine des contrats internationaux ont été souvent tirées des normes de droit interne, appliquées par analogie aux contrats internationaux. Très souvent, le droit interne fait expressément référence à l'ordre public (dans une conception de droit interne), mais également à des notions plus vagues, telles que les intérêts dignes de protection légale, l'intérêt public, le bien commun, ainsi que la solidarité sociale.

433. Au *Chili*, en raison de la disposition territorialiste de l'article 16 du Code civil, qui exige l'application de la loi chilienne aux contrats exécutés dans le pays, les tribunaux ont tendance à privilégier l'application de la loi interne[2555].

[2553] Nicaragua, *Code civil*, 11 décembre 2019 (traduction libre de l'espagnol).

[2554] H. Valladão, *Direito Internacional Privado : Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, op. cit.,* p. 499.

[2555] V., p. ex., SCS (2a sala Penal), 16 novembre 1999 (Rol n° 1934-1999), dans lequel le tribunal a indiqué que : « La décision à exécuter ne satisfait pas aux exigences précédemment exposées, puisqu'elle est contraire au droit national, étant donné qu'elle concerne des biens situés sur le territoire national qui, selon les dispositions de l'article 16 du Code civil, sont soumis à la loi chilienne, c'est-à-dire à la juridiction des tribunaux de ce pays, et donc que l'octroi de l'exequatur porterait atteinte à une norme d'ordre public empêchant la demande formulée. » Cité par E. Picand Albónico, *Derecho internacional privado chileno: leyes, tratados y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publising Chile, 2018, p. 96 (traduction libre de l'espagnol).

Le Code civil chilien fait plusieurs références à l'ordre public interne, notamment aux articles 1461 et 1467 qui instaurent des limites à la liberté contractuelle[2556]. En revanche, la législation chilienne ne prévoit pas de dispositions spécifiques traitant de l'ordre public en droit international privé. Si, dans la jurisprudence, l'ordre public interne a souvent été évoqué pour limiter la liberté contractuelle, peu de décisions se sont expressément fondées sur l'ordre public international comme fondement d'éviction de la loi étrangère[2557].

Cependant, l'ordre public a déjà été invoqué pour rejeter l'application de jugements rendus à l'étranger, en précisant qu'il s'agit « d'un principe d'application universelle dans le domaine des relations internationales », et qu'il n'est pas possible de donner effet à des décisions qui contreviennent à l'ordre public du pays dans lequel on souhaite les exécuter, c'est-à-dire « qui portent atteinte à cette notion doctrinale comprenant un ensemble de dispositions établies par le législateur en vue de protéger les intérêts supérieurs de la collectivité ou de la morale sociale »[2558].

De plus, dans un arrêt rendu par la Cour suprême chilienne le 28 juillet 2008, relatif à la détermination de la loi applicable à un contrat international, la Cour a fondé sa décision sur la doctrine nationale selon laquelle l'autonomie de la volonté est exclue en ce qui concerne « les formes du contrat, la capacité des contractants, la validité du consentement, ainsi que *tous les éléments liés à l'ordre public de la loi chilienne* »[2559].

434. L'article 16 du Code civil *colombien*, d'application générale aux effets de la loi, dispose que « Il ne peut être dérogé par accord privé aux lois dont l'observation est conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs »[2560]. Cet article a été compris par la jurisprudence comme pouvant également s'appliquer aux contrats internationaux, limitant ainsi l'autonomie de la volonté[2561]. La Cour suprême de justice et la Cour constitutionnelle colombiennes ont précisé les limites de l'autonomie de la volonté.

[2556] Ces articles disposent ce qui suit : « Art. 1461. Non seulement les choses existantes peuvent être objets d'une manifestation de volonté, mais aussi celles que l'on s'attend à v. exister ; cependant, il est nécessaire que l'une et l'autre soient commercialisables et au moins déterminées quant à leur genre. […] Si l'objet est un fait, il faut qu'il soit physiquement et moralement possible. Est physiquement impossible ce qui est contraire à la nature, et moralement impossible ce qui est interdit par les lois, ou contraire aux bonnes mœurs ou à *l'ordre public* » ; « Art. 1467. Il ne peut y avoir d'obligation sans une cause réelle et licite ; toutefois, il n'est pas nécessaire de l'exprimer. La simple libéralité ou bienfaisance constitue une cause suffisante. On entend par cause le mobile qui induit l'acte ou le contrat ; et par cause illicite, celle qui est interdite par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'*ordre public*. […] » (Traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2557] F. Duncker Biggs, *op. cit.*, p. 416.

[2558] M. Ramírez Necochea, *op. cit.*, p. 150, citant RDJ, C.S., 1964, 1-129 (traduction libre de l'espagnol).

[2559] Chili, CS, Civ., Casación fondo, rol n° 2026-2007, *Marlex Limitada con European Industrial Engineerin*, 28 juillet 2008. La doctrine citée est celle de J.M. Videla Martínez, *Contratos Internacionales*, Universidad de Chile, 1984, p. 18 (Traduction libre de l'espagnol).

[2560] Colombie, Loi n° 57 du 20 avril 1887, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[2561] Cf. D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 243. Selon l'auteur : « La Cour suprême de justice a rappelé récemment que "les parties jouissent d'autonomie pour convenir des clauses qui régiront la négociation qu'elles projettent, bien sûr, sans contrarier l'ordre public et les bonnes mœurs" (CSJ civ.24 juillet 2012, exp. 1998-21524). En outre, la Cour a averti que "l'exercice de cette libre volonté ne peut pas être considéré, pour la liberté elle-même,

Dans l'arrêt C-529-00 précité, la Cour constitutionnelle affirma que « l'exercice de l'activité commerciale menée entre des particuliers et des citoyens de différents États doit se faire sous le principe de la bonne foi »[2562]. Elle rappela également d'autres arrêts dans lesquels elle avait fixé des limites à la liberté contractuelle des parties, telles que : « la protection des propres parties, des tiers et de l'intérêt général de la société » (arrêt T-338/1993) ; « les dispositions impératives de la loi, communément appelées normes d'ordre public » (arrêt C-367/1995) ; ou encore « les droits d'autrui […] l'ordre public et les bonnes mœurs » (arrêt C-660/1996)[2563].

Dans le cadre des contrats bancaires internes, la Cour constitutionnelle, dans l'arrêt T-468/03[2564], a clairement affirmé que l'autonomie de la volonté privée constitue une garantie constitutionnelle, soumise toutefois à des limitations nécessaires. En effet, cette autonomie doit être restreinte, selon la Cour, « par la nécessité de préserver l'ordre juridique, la prévalence de l'intérêt public, les exigences éthiques issues de la bonne foi, la protection des droits des tiers ainsi que par le principe prohibant l'abus de droit »[2565]. La Cour a par ailleurs précisé la notion d'ordre public, soulignant que celui-ci ne joue plus uniquement un rôle négatif de protection des libertés individuelles, mais s'affirme comme un instrument positif au service « des devoirs impératifs de bien commun et d'intérêt général propres à un État social de droit »[2566]. Ainsi, l'ordre public, dans sa conception renouvelée, selon l'arrêt :

> « […] permet, d'une part, d'imposer la réalisation des principes supérieurs d'un État social, destinés à veiller à la préservation et à la vigueur non seulement des libertés individuelles des citoyens, mais aussi des droits sociaux de toutes les personnes, et,

comme un blanc-seing pour déborder les limites propres des bonnes mœurs et de l'ordre public" (CSJ civ.13 mai 2014, exp. 2007—2) ».

[2562] Cf. Colombie, Corte Constitucional, C-529/00, 10 mai 2000, précité *supra* n° 329 (traduction libre de l'espagnol).

[2563] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2564] Colombie, Const. T-468/03. L'arrêt concerne une plainte déposée par la Coopérative Copservir Ltda à l'encontre de plusieurs établissements bancaires colombiens, les accusant d'avoir porté atteinte à ses droits fondamentaux, notamment l'égalité, la reconnaissance de la personnalité juridique, la liberté économique, la liberté d'entreprise et le droit au travail, en procédant à la clôture unilatérale de ses comptes, à la suite de son inclusion dans la « Liste Clinton » américaine visant à isoler les entités soupçonnées de liens avec des activités criminelles. Contestant toute implication dans des actes illicites, la Coopérative dénonçait un traitement discriminatoire affectant sérieusement ses libertés fondamentales et compromettant sa mission sociale et économique. Si les juridictions de première instance avaient donné raison à la Coopérative en retenant la discrimination, la Cour constitutionnelle a, pour sa part, examiné la portée de l'autonomie de la volonté dans le secteur bancaire, soulignant l'importance constitutionnelle de cette activité, en lien avec l'intérêt général et la garantie d'un accès égalitaire aux services financiers. La Cour a confirmé que, bien que les institutions financières soient soumises au principe d'autonomie de la volonté privée, elles doivent également respecter des limites légales et éthiques strictes, notamment de l'ordre public. Toutefois, après un arbitrage entre les différents intérêts et principes constitutionnels en jeu, elle a conclu que l'inclusion de Copservir dans la « Liste Clinton » constituait une cause objective et raisonnable, justifiée par la loi colombienne, autorisant la restriction de l'accès au système financier afin de préserver la stabilité économique et la confiance des épargnants. En conséquence, la Cour a annulé les jugements antérieurs et rejeté les requêtes de la Coopérative.

[2565] Colombie, Const. T-468/03 (traduction libre de l'espagnol).

[2566] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

> d'autre part, conduit à la reconnaissance d'un État interventionniste qui, fondé sur des principes d'équité, régule de manière impérative les relations entre particuliers, dans le but d'atteindre un plein développement économique lié à la réalisation effective de la justice sociale. L'impossibilité d'admettre un acte ou un contrat violant l'*ordre public* confère à cette garantie la reconnaissance d'une norme de droit impératif, ou, en d'autres termes, de *jus cogens*. »[2567]

Puis, la Cour suprême, dans un arrêt du 30 août 2011, a tenté d'être plus explicite en listant diverses limites à l'autonomie dans la sphère interne, telles que le *jus cogens*, l'ordre public, les normes impératives, la moralité, l'éthique collective, les bonnes mœurs, « la nature et la protection de certains sujets ou intérêts », ou encore « la solidarité inévitable »[2568]. Comme noté par le professeur Rojas Tamayo, cela a suscité de la confusion, en mélangeant les limites avec leurs justifications et en rendant difficile la distinction entre elles[2569]. Enfin, comme l'a aussi souligné le professeur colombien cité, le droit positif colombien « n'est pas clair sur ce que chaque élément signifie et la distinction entre certains d'entre eux est très difficile »[2570].

D'autre part, la jurisprudence colombienne établit que l'exercice de l'autonomie de la volonté doit contribuer aux finalités constitutionnelles. La Cour constitutionnelle spécifia, à plusieurs reprises, que l'autonomie devait être en accord avec l'intérêt public, le bien commun, la solidarité sociale et les droits fondamentaux. Cette interprétation a été notamment mise en œuvre dans l'arrêt T-468/03 précédemment analysé, ainsi que dans l'arrêt T-490/09[2571], où la Cour a sanctionné le refus d'une compagnie d'assurance d'indemniser sur la base d'une clause contractuelle, estimant que ce refus portait atteinte aux droits fondamentaux relatifs au minimum vital et à la dignité humaine. Ainsi, la dignité humaine est désormais reconnue comme une limite impérative à l'autonomie de la volonté. En outre, cette évolution jurisprudentielle implique l'application d'un contrôle de

---

[2567] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2568] Colombie, CSJ, civ., Exp. 1999-1957 (traduction libre de l'espagnol).

[2569] D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 244.

[2570] *Ibidem*.

[2571] Colombie, Const. T-490/09. Selon l'arrêt, relatif à la liberté contractuelle dans le cadre d'un contrat d'assurance interne : « Pour la Cour, il est clair que la jurisprudence constitutionnelle autorise l'établissement de limites à la liberté contractuelle dans des matières déclarées d'intérêt public par la Constitution. Dès lors, il n'est pas admissible, au regard des droits fondamentaux au minimum vital et à une vie digne, que le refus de reconnaître et de verser une prestation résultant d'un risque assuré, tel qu'une incapacité totale et permanente, se fonde exclusivement sur la liberté contractuelle et une interprétation strictement légale du contrat. Il convient de rappeler que, si la liberté contractuelle permet à l'individu de prendre des décisions et de les exécuter sur le marché, elle ne saurait être exercée de manière arbitraire, car, comme toute liberté, elle est encadrée par le système axiologique de la Constitution, qui intègre comme principe fondamental la solidarité sociale et la primauté de l'intérêt général. Par conséquent, l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle dans le cadre des relations privées, notamment en matière d'assurance, bénéficient d'une garantie constitutionnelle, mais restent soumises aux exigences propres à l'État social de droit, à l'intérêt public et au respect des droits fondamentaux des assurés et bénéficiaires. » (Traduction libre de l'espagnol).

proportionnalité, tel que celui réalisé dans l'arrêt C-738/02[2572], afin de s'assurer que les restrictions imposées à l'autonomie poursuivent un objectif légitime, qu'elles sont adaptées à cet objectif et que le sacrifice imposé n'est pas excessif par rapport à la finalité constitutionnelle recherchée. Bien que ces arrêts portent sur des contrats internes, la doctrine nationale les utilise aussi pour illustrer les limites de l'autonomie de la volonté en droit international privé[2573].

Dans le même sens, le professeur Espinosa Quintero, en commentant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, affirme que la Cour considère en général la limite de l'ordre public, comme un concept large, incluant « non seulement les lois impératives (parmi lesquelles figurent les normes constitutionnelles), mais aussi d'autres éléments, tels que les fondements politico-économiques de la société (la protection de la partie faible, la famille comme noyau essentiel de la société, la personne et son intégrité comme intérêt fondamental, la répression des comportements illicites) ; les valeurs morales de la communauté (les bonnes mœurs, la bonne foi, le non-abus du droit, le caractère raisonnable des actes, etc.), entre autres »[2574].

435. De même, au *Costa Rica*, aucune norme conflictuelle n'existe à ce sujet. Toutefois, le Code civil contient certaines normes relatives à « l'efficacité générale des normes juridiques » (Chapitre III). Par exemple, l'exclusion volontaire de la loi applicable est autorisée, dès lors qu'elle n'est pas contraire à « l'intérêt ou à l'ordre public » (art. 18)[2575]. D'autre part, il est aussi prévu que « Les actes contraires aux règles impératives et prohibitives sont nuls de plein droit, à moins qu'un effet différent ne soit établi dans la loi pour le cas de contravention » (art. 19)[2576]. La fraude à la loi est également mentionnée à l'article 20, selon lequel « Les actes accomplis sous la protection du texte d'une norme, qui tendent à un résultat prohibé par l'ordre juridique ou contraire à celui-ci, sont

[2572] Colombie, Const. C—738/ 02. Le litige portait sur les droits de copropriété et les limites du principe de la liberté individuelle en droit interne. Selon l'arrêt : « Le droit au libre développement de la personnalité, tout comme l'autonomie de la volonté qui régit les relations contractuelles privées, ne sont pas des concepts absolus. En ce qui concerne le premier, bien qu'il constitue l'un des droits personnels les plus importants de l'individu, cela ne signifie pas que son étendue et son effectivité ne puissent être pondérées afin d'assurer la réalisation d'autres principes ou droits constitutionnels, ni qu'il n'existe des domaines dans lesquels ce droit fondamental soit d'une portée moindre. En d'autres termes, l'autonomie de la volonté et le droit au libre développement de la personnalité admettent des limites, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte à leur noyau essentiel et qu'elles soient fondées sur la Constitution. Par conséquent, les règles qui, comme celles maintenant examinées, introduisent des limites à l'autonomie de la volonté des individus, doivent faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité destiné à vérifier si elles poursuivent un objectif conforme aux normes supérieures, si elles sont appropriées à cet objectif, et si elles n'imposent pas un sacrifice disproportionné au regard du bien constitutionnel recherché. » (Traduction libre de l'espagnol).

[2573] Pour une analyse de la jurisprudence colombienne à ce sujet, v. D.M. Rojas Tamayo, thèse, *op. cit.*, p. 245-247.

[2574] L. Espinosa Quintero, « ¿Cuál es la eficacia que le ha reconocido la corte constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrado en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano? », *op. cit.,* p. 515 (traduction libre de l'espagnol).

[2575] Costa Rica, Loi n° 63, *Code civil*, 28 septembre 1887 (traduction libre de l'espagnol).

[2576] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

considérés comme accomplis en fraude de la loi et ne font pas obstacle à l'application régulière de la norme qu'ils tendent à éluder »[2577].

436. De façon similaire, au *Honduras*, dans une disposition qui ne s'applique pas spécialement au droit international privé, le Code civil fait référence à l'ordre public et aux bonnes mœurs, établissant que : « Les lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ne peuvent être contournées ou modifiées par des conventions privées » (art. 11). Toutefois, selon ce même article, « Il peut être dérogé aux droits conférés par la loi, à condition qu'ils ne concernent que l'intérêt individuel de celui qui y renonce et que cette dérogation ne soit pas interdite »[2578].

437. Enfin, en *Bolivie*, l'article 454, II, du Code civil, qui prévoit des limitations à la liberté contractuelle dans l'ordre interne, a été également utilisé pour délimiter l'application d'une loi étrangère également sur le plan international[2579]. Selon cet article : « La liberté contractuelle est subordonnée aux *limites imposées par la loi* et à la réalisation *d'intérêts dignes de protection légale* »[2580]. En ce sens, la doctrine nationale a estimé que constituaient des limites à la volonté des parties : la capacité des parties, régie par la loi personnelle ; la forme des actes, régie par la règle du *locus regit actum* ; ainsi que les dispositions d'ordre public et la fraude à la loi[2581].

De manière générale, l'absence de réglementation spécifique de l'ordre public en tant que véritable clause d'exception en droit international privé dans les pays latino-américains confère aux juridictions nationales une large marge d'appréciation quant aux circonstances et modalités d'éviction des lois étrangères. En effet, dans ces pays, les juges disposent de concepts largement vagues et peu encadrés, tels que la souveraineté, les bonnes mœurs, la morale, ou encore l'esprit de la législation, les intérêts dignes de protection légale, l'intérêt public, le bien commun, etc., pour écarter l'application de la loi étrangère et imposer celle de la loi interne, voire pour annuler des contrats conclus en violation de valeurs considérées comme fondamentales en droit interne. En effet, toute référence générale à des concepts vagues et indéterminés, tels que les bonnes mœurs ou la morale, comporte le risque que, dans le contexte du droit international privé, l'application de lois étrangères soit entravée par des obstacles imposés par de simples règles impératives propres au système juridique interne. Ainsi, cette grande latitude judiciaire, si elle reflète une certaine souplesse dans l'application du droit permettant aux États de protéger des valeurs jugées fondamentales, soulève néanmoins des défis majeurs pour la sécurité juridique et la prévisibilité nécessaires au bon fonctionnement des relations contractuelles internationales en Amérique latine.

[2577] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2578] Honduras, Décret n° 76/1906 du 8 février 1906, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[2579] F. Salazar Paredes, *Derecho internacional privado boliviano*, *op. cit.*, p. 417.

[2580] Bolivie, Décret-Loi n° 12 760 du 4 août 1975, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2581] F. Salazar Paredes, *Derecho internacional privado boliviano*, *op. cit.*, p. 407.

§2 — Les lois de police dans les sources internes

438. Comme nous l'avons déjà noté, peu d'États latino-américains ont intégré dans leur législation des références explicites aux mécanismes des lois de police. Chez les pays qui recourent à une telle méthodologie, la terminologie varie selon les systèmes juridiques, même si la portée pratique des notions demeure fondamentalement similaire. Par exemple, en Argentine, on utilise l'expression « normes internationalement impératives », tandis qu'au Guatemala, on préfère celle de « lois prohibitives expresses ». Au Paraguay, au Pérou et au Venezuela, on parle de « normes ou règles impératives », en République dominicaine de « dispositions impératives », et en Uruguay de « règles d'application nécessaires »[2582]. En général, les législations de ces pays opèrent une distinction entre les règles impératives en fonction de leur origine, désignant ainsi des régimes juridiques distincts pour chacune d'elles. De telles règles sont, ainsi, souvent distinguées entre : les dispositions impératives du for (A) et les dispositions impératives d'un État tiers (B).

A. Lois de police du for

439. En dépit de variations terminologiques et rédactionnelles propres à chaque ordre juridique, plusieurs États d'Amérique latine ont incorporé dans leur législation interne des dispositions visant à assurer l'application nécessaire des normes que le for qualifie de lois de police.

440. Au *Guatemala*, l'article 31 de la Loi sur le pouvoir judiciaire limite l'autonomie des parties au respect de l'ordre public et « aux lois prohibitives expresses », tout en laissant penser que cela se réfère aux lois prohibitives du for. Selon l'article : « Les actes juridiques et les contrats sont régis par la loi à laquelle les parties se sont soumises, à moins que cette soumission ne soit contraire à des *lois prohibitives expresses* ou à l'ordre

[2582] Comme l'ont noté les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, les expressions telles que « lois de police » ou encore « lois d'application immédiate ou nécessaire » sont généralement employées indifféremment. Selon les auteurs : « Si l'on veut les distinguer, la première *(lois d'application nécessaire ou immédiate)* désignerait plutôt un mécanisme, susceptible d'appliquer à n'importe quelle disposition que l'on juge à propos d'appliquer indépendamment d'une règle de conflit ; la seconde *(lois de police)* se référerait plutôt à un contenu ». Le point commun entre elles, soulignent les auteurs « est qu'il s'agit d'assurer l'application des dispositions en question alors même que le critère retenu par la règle de conflit bilatérale dans le domaine considéré ne conduirait pas à cette application ». Cf. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 179. Pour la doctrine latino-américaine à ce sujet, v. R.B. Santos Belandro, « Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo », *op. cit.*, p. 35, spéc. note de bas de page n° 12. Le professeur uruguayen souligne la distinction faite par la doctrine entre les règles d'application immédiate en tant que catégorie générale, et les lois de police. Selon lui : « Bien que toutes les lois de police soient des lois à application immédiate, la proposition inverse n'est pas toujours vérifiée. » (Traduction libre de l'espagnol) ; V. aussi S.J. Battello Calderón, *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2012, p. 67-69, spéc. p. 69, pour qui les lois de police et les normes impératives sont deux « expressions d'une même réalité ». V. également C.D. Iud, « Una aproximación al tratamiento de las normas internacionalmente imperativas en el Código Civil y Comercial de la Nación », *Revista Jurídica de Buenos Aires,* Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2016, nº 93, p. 57-83, p. 59-63.

public »[2583]. D'autre part, l'article 4 dispose que « les actes contraires aux normes impératives et expressément prohibitives sont nuls de plein droit, à moins que lesdites normes ne prévoient une sanction différente »[2584]. L'article précise dans son unique paragraphe que « les actes accomplis sous la protection du texte d'une règle qui tendent à un résultat interdit par l'ordre juridique, ou contraire à celui-ci, sont considérés comme accomplis en fraude de la loi et ne font pas obstacle à l'application conforme de la règle que l'on a cherchée à contourner »[2585]. Même si l'article 4 n'est pas une norme de droit international privé, la doctrine nationale fait généralement une interprétation extensive de cet article et le considère comme également applicable aux contrats internationaux[2586].

441. Au *Venezuela*, l'article 10 de la LDIP de 1998, qui constitue la première loi de droit international privé dans la région, impose, de manière unilatérale, l'application des lois de police vénézuéliennes : « Nonobstant les dispositions de la présente loi, seront *nécessairement* applicables les *dispositions impératives* de la loi vénézuélienne qui ont été adoptées pour régir les circonstances de fait liées à plusieurs systèmes juridiques »[2587].

442. En *Argentine*, le Code civil et commercial traite des lois de police dans deux articles. L'article 2599, premier alinéa, règle générale de droit international privé, dispose : « Les *normes internationalement impératives* ou *d'application immédiate* du droit argentin prévalent sur l'exercice de l'autonomie de la volonté et excluent l'application du droit étranger choisi par les règles de conflit ou par les parties »[2588]. Et, l'article 2651, qui encadre le choix de la loi applicable, dispose, de manière plus succincte, à son alinéa e, que « les *normes internationalement impératives* du droit argentin s'appliquent au rapport juridique, quelle que soit la loi régissant le contrat »[2589]. Selon la doctrine argentine, de telles normes s'appliquent quelle que soit la loi régissant le contrat, en écartant toute autre solution pouvant résulter aussi bien de l'exercice de l'autonomie de la volonté conflictuelle que de celle matérielle[2590].

443. Au *Paraguay*, l'article 17.1 de la Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux reprend les termes de l'article 11 des Principes de La Haye. Selon l'article : « Le choix par les parties du droit applicable n'empêche pas le juge d'appliquer les *normes*

[2583] Guatemala, Décret 2-89 du 10 janvier 1989, *Loi sur le pouvoir judiciaire* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2584] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

[2585] Guatemala, Décret 2-89 du 10 janvier 1989, *Loi sur le pouvoir judiciaire* (traduction libre de l'espagnol).

[2586] V., en particulier, C. Larios Ochaita, *op. cit.*, p. 45.

[2587] Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2588] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2589] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2590] Cf. A. Boggiano, *Tratado de Derecho Internacional Privado, t. 2, op. cit.,* p. 284 ; V. aussi, C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit.,* p. 365.

impératives du droit paraguayen qui, selon ce droit, doivent prévaloir même en présence du choix d'un droit étranger »[2591].

444. De manière similaire, mais plus précise, en *République dominicaine*, la Loi sur le droit international privé de 2014 prévoit une norme d'application spéciale aux obligations contractuelles à l'article 66, intitulé « Dispositions impératives ». Cet article présente une définition de « disposition impérative », qui se rapproche de la conception européenne des lois de police, intégrées dans le Règlement Rome I, en imposant leur application en toute hypothèse. Selon cet article, « Nonobstant les dispositions de l'article 58 », qui détermine la loi applicable au contrat, « sont applicables aux contrats les dispositions dont la République dominicaine estime que *l'observation est essentielle pour la sauvegarde de ses intérêts publics*, tels que son *organisation politique, sociale ou économique* »[2592]. Même si l'article ne fait pas expressément mention des lois de police ou des normes impératives, la définition qu'il en donne, en suivant l'approche du Règlement Rome I, permet clairement de conclure qu'il vise effectivement ce type de norme.

445. En suivant cette approche, en *Uruguay*, l'article 6 de la Loi générale de droit international privé de 2020, la plus récente dans la région, dispose : « Les relations juridiques internationales privées qui sont régies ou couvertes par des *règles impératives d'application nécessaire* que la République a adoptées pour *la mise en œuvre de politiques sociales et économiques,* ne seront pas soumises aux règles de conflit de lois »[2593]. Interprétant cette disposition, le professeur uruguayen Ruben B. Santos Belandro, souligne que « leur objectif essentiel est de satisfaire les intérêts fondamentaux de l'ordre juridique du for, notamment en matière de politique économique ou commerciale — d'où leur influence particulière sur le régime des contrats, mais également sur le domaine social, lorsqu'elles visent à protéger certains groupes, tels que les consommateurs ou les travailleurs »[2594]. Selon cette interprétation, les lois de police auraient également vocation à protéger les intérêts de personnes privées, dès lors que leur application s'inscrit dans la mise en œuvre de politiques sociales et économiques déterminées.

B. Lois de police étrangères

446. En Amérique latine, il est généralement admis que les juges peuvent (par conséquent, en tant que simple pouvoir) « appliquer » (ou, dans le cas du Paraguay, « prendre en considération ») les normes impératives d'un autre État sous certaines

[2591] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2592] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2593] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2594] R.B. Santos Belandro, *Ley General Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020*, *op. cit.*, p. 192 (traduction libre de l'espagnol).

conditions, telles que le fait que le droit de cet autre État ait des « liens étroits » avec l'« affaire » (Uruguay, art. 6, alinéa 2, de la Loi générale de droit international privé ; Argentine, arts. 2599 et 2651, e, du Code civil et commercial ; et Paraguay, art. 17.2 de la Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux) ; ou de manière plus restrictive, avec le « contrat » (République dominicaine, art. 66 de la Loi sur le droit international privé)[2595].

447. L'article 66, paragraphe unique, de la Loi sur le droit international privé de la *République dominicaine* dispose que : « Les tribunaux dominicains peuvent, s'ils l'estiment opportun, appliquer les dispositions concernant la même matière de la loi qu'un autre État avec lequel le contrat a des liens étroits »[2596]. L'expression « dispositions concernant la même matière » se rattache directement à l'alinéa introductif de l'article qui circonscrit la notion de « dispositions impératives », lesquelles se définissent comme celles dont l'observation est considérée par le pays comme « essentielle pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique »[2597].

448. De même, en *Uruguay*, l'article 6 de la Loi générale sur le droit international privé autorise le juge à appliquer des règles impératives étrangères lorsqu'elles sont étroitement liées non pas au « contrat », mais à l'ensemble de « l'affaire » (*caso,* en espagnol), laissant, ainsi, entendre une référence à l'idée de « question litigieuse », ce qui peut donner lieu à une ambiguïté. Selon l'alinéa 2 du même article : « Le tribunal peut, s'il l'estime approprié, appliquer les dispositions impératives du droit d'un autre État avec lequel l'affaire présente des liens étroits »[2598]. Cette disposition a été introduite pour la première fois dans l'ordre juridique uruguayen à l'occasion de l'adoption de la nouvelle législation, et a été saluée par la doctrine nationale comme constituant « une avancée manifeste pour le développement du droit international privé […] en conformité avec le niveau international »[2599].

449. En *Argentine*, la réglementation relative aux lois de police étrangères se retrouve dans deux textes distincts du Code civil et commercial. D'une part, l'article 2599, norme générale de droit international privé, prévoit à son second alinéa, que :

> « Lorsqu'un droit étranger est applicable, sont également applicables ses dispositions internationalement impératives et, lorsque des intérêts légitimes l'exigent, peuvent être

---

[2595] Dans le cadre de la Convention de Rome, la proposition selon laquelle les liens requis devraient être ceux liés au « contrat » a été rejetée, le groupe ayant préféré substituer le terme par « situation ». Sur les discussions à ce propos, v. M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 26 et s.

[2596] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

[2597] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2598] Uruguay, Loi n° 19 920, du 27 novembre 2020, *Loi générale de droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

[2599] C. Fresnedo de Aguirre, « Private International Law in Uruguay: Present and Future », *op. cit.*, p. 99 (traduction libre de l'espagnol).

reconnus les effets des dispositions internationalement impératives d'États tiers qui présentent des liens étroits et manifestement prépondérants avec l'affaire »[2600].

D'autre part, l'article 2651, e, qui régit le choix de la loi applicable, exige quant à lui des liens « prépondérants » avec l'« affaire », précisant que la nature de ces liens doit être « économique ». L'article est ainsi formulé : « s'imposent au contrat, en principe, les normes internationalement impératives des États qui présentent des liens économiques prépondérants avec l'affaire »[2601].

Pour concilier ces deux articles, il convient d'abord de distinguer deux situations distinctes qu'ils traitent : l'application des dispositions impératives de la *lex causae* d'une part ; et celle des règles impératives des États tiers d'autre part.

En ce qui concerne l'application des *dispositions impératives de la lex causae,* il convient de souligner que l'Argentine est à ce jour la seule juridiction de la région à prévoir expressément une règle à ce sujet. L'article 2599 du Code civil et commercial argentin, première partie, prévoit en effet que les dispositions impératives de la *lex causae* « sont applicables », lorsque ce droit étranger est applicable. L'application des lois de police de la *lex causae* ne semble pas soulever de difficulté particulière. Or, la relation étant par hypothèse rattachée à un ordre juridique étranger, il paraît cohérent d'appliquer toutes les dispositions de celui-ci, qui se veulent applicables, y compris celles qualifiées de lois de police[2602]. Cet article a par ailleurs été considéré comme superflu par la doctrine nationale, dans la mesure où, en vertu des règles de conflit, « lorsqu'un droit étranger devient applicable, il l'est dans son intégralité »[2603]. Néanmoins, la doctrine argentine a précisé que l'application d'une norme impérative, même celle de la *lex causae,* sera toujours écartée au profit d'une norme impérative internationale argentine « qui, à proprement parler, s'impose selon une logique d'application aprioristique »[2604].

Le problème se pose notamment lors de la considération des *lois de police étrangères ne relevant pas de la lex causae*. Les articles 2599 et 2651, alinéa e, du Code civil et commercial abordent différemment cette question.

Le premier, soit l'article 2599, est une disposition d'application générale. Il semble viser les situations dans lesquelles une loi étrangère a été désignée par la règle de conflit subsidiaire (le choix de parties étant traité par l'article 2651) et s'applique « lorsque des intérêts légitimes l'exigent ». En outre, il exige que ces lois étrangères présentent des liens

[2600] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[2601] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2602] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 187.

[2603] C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit.,* p. 368-369 (traduction libre de l'espagnol).

[2604] *Ibid,* p. 368 (traduction libre de l'espagnol).

avec l'« affaire », qui soient non seulement « étroits », mais aussi manifestement « prépondérants ». Par ailleurs, le verbe employé diffère : le juge ne doit pas rendre la loi « applicable », mais se limiter à lui « reconnaître des effets ». En revanche, le second — l'article 2651, e — s'applique uniquement lorsque la loi étrangère a été choisie par les parties (il est intitulé « autonomie de la volonté ») et impose une véritable « application » des règles internationalement impératives des États présentant des liens prépondérants avec l'affaire, sans toutefois exiger que ces liens soient également étroits et manifestes, mais en imposant qu'ils soient de nature « économique ».

En outre, à partir du verbe et de la forme impérative choisis par l'article 2651, e, « s'imposent » (*se imponen*, en espagnol), on peut en déduire, au premier abord, qu'il s'agit d'une obligation, c'est-à-dire une « imposition » pour le juge. Celui-ci serait ainsi tenu d'appliquer les lois de police étrangères, dès lors qu'elles entretiennent des liens économiques prépondérants avec l'affaire. Cependant, par la suite, l'article ajoute, de manière étonnante, l'expression « en principe », qui signifie généralement « théoriquement » ou « en général ». Cela implique que, dans des conditions normales ou idéales, quelque chose devrait se passer ou être vrai, mais qu'il peut exister des exceptions. Par conséquent, cette formulation peut aussi faire penser à un simple *pouvoir* et, de ce fait, ne pas obliger le juge à appliquer les dispositions impératives d'une loi ayant des liens économiques prépondérants avec l'affaire.

Le véritable impact de ces différences terminologiques et rédactionnelles soulève plusieurs interrogations quant à la portée de la force obligatoire conférée aux lois de police étrangères en Argentine. L'article 2599, qui s'applique en l'absence de choix des parties, semble accorder au juge un pouvoir plus large de « prise en considération » des lois de police étrangères qui entretiennent avec l'affaire des liens véritablement « réels », c'est-à-dire à la fois étroits et manifestes, sans qu'il soit précisé la nature de ces liens. En revanche, l'article 2651, qui s'applique lorsque la loi étrangère est expressément choisie par les parties, paraît instituer une « imposition » de l'« application » des lois de police étrangères, mais dans un cadre plus restrictif, puisqu'il exige des liens prépondérants de nature purement économique, sans que le juge ait à justifier leur caractère étroit ou manifeste.

Premièrement, il convient de noter que cette exigence de liens économiques peut s'expliquer par le fait que l'article 2651 concerne exclusivement la matière contractuelle, tandis que l'article 2599 s'applique à l'ensemble des autres domaines du droit international privé. Ce qui semble plus problématique, ce sont les deux autres ambiguïtés présentées par le système argentin. D'abord, la différence entre les verbes « reconnaître les effets » (art. 2599, pour la loi désignée en l'absence de choix) et « application » (art. 2651, e, pour la loi choisie par les parties). Ensuite, la force contraignante des lois de police étrangères, c'est-à-dire si le juge a un simple pouvoir (art. 2599, pour la loi désignée en l'absence de choix) ou un devoir (art. 2651, e, pour la loi choisie par les parties) d'appliquer ou de prendre en considération ces règles.

Pour ce qui est de la différence entre « appliquer » et « reconnaître les effets », il convient de rappeler les discussions en Europe à propos de la Convention de Rome et du Règlement Rome I et de l'expression « donner effet »[2605]. Malgré les incertitudes liées aux variations terminologiques, il a été généralement admis que l'expression « donner effet », qui renvoie à la notion de « prendre en considération », confère au juge un pouvoir plus élargi que l'application à titre autonome, lui permettant notamment de ne pas appliquer intégralement toutes les conséquences prévues par loi étrangère[2606].

La doctrine argentine a souligné que le fait que l'article mentionné ait opté pour le terme au pluriel « les effets », et non simplement pour l'expression « donner effet », « semblerait aller en sens inverse puisque cela ne permettrait pas, par exemple, d'en reconnaître quelques-uns et pas tous » les effets. De ce fait, il n'y aurait pas de différence pratique entre « reconnaître tous les effets » et « appliquer » la norme[2607]. Toutefois, comme il a été aussi soulevé, « si le législateur a mentionné la reconnaissance des effets et non l'application des normes internationalement impératives dans l'article 2599 du Code civil et commercial, c'est parce qu'il a voulu marquer une différence »[2608]. Et, si « l'on y ajoute l'accent mis sur le caractère facultatif, renforcé par la présence d'intérêts légitimes et par l'exigence de liens étroits et prépondérants avec l'affaire, l'on peut estimer que le juge, en appliquant cette disposition, peut reconnaître totalement ou partiellement les effets des normes internationalement impératives étrangères […] »[2609]. Inversement, pour ce qui est de l'article 2651, e, « il n'y aurait pas lieu à modulation puisque ces normes internationalement impératives "s'imposent" en principe, autrement dit, elles "s'appliquent" en principe », signifiant pourtant, une *application autonome* avec tous ses effets[2610].

En outre, en ce qui concerne la *force contraignante* de ces articles, la doctrine argentine a signalé que « la rédaction donnée à la norme spécifique en matière d'autonomie de la volonté semble indiquer une force ou un rôle plus affirmé de ces normes, puisque l'expression "elles s'imposent en principe" suggère que le point de départ est leur application obligatoire »[2611]. Ainsi, comme la professeure argentine Carolina Iud conclut, « face à l'exercice de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, la non-application de ces normes constituerait une exception »[2612]. En revanche, il a été aussi reconnu qu'en

[2605] V. *infra* n° 584.

[2606] V. *infra* n° 584.

[2607] C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit.,* p. 370-371 (traduction libre de l'espagnol).

[2608] *Ibid*, p. 371 (traduction libre de l'espagnol).

[2609] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2610] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2611] *Ibid*, p. 370 (traduction libre de l'espagnol).

[2612] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

l'absence d'une telle volonté, l'article 2599 « paraît davantage pencher en faveur d'une application facultative et d'un simple mécanisme de reconnaissance des effets »[2613].

Le professeur Diego P. Fernández Arroyo a commenté l'article 2651, e, en soulignant son caractère spécifique. Selon lui, « l'on peut penser que l'intention était que, de manière générale, ces normes étrangères particulières restent à l'appréciation du juge, qui les traitera avec prudence, mais qu'en matière de contrats en particulier, le juge soit tenu de les appliquer, sauf exceptions justifiées (ce que signifie "en principe") »[2614]. D'après le professeur Fernández Arroyo, « Le juge ferait bien, en tout cas, d'analyser soigneusement les conséquences de l'acceptation d'une telle imposition avant de statuer »[2615].

À notre avis, une interprétation strictement littérale de cet article ne paraît pas être la plus appropriée. À dire vrai, imposer un *devoir* d'application des lois de police étrangères apparaît pour le moins paradoxal, d'autant que la tradition du droit international privé vise précisément à encadrer strictement l'application des lois de police étrangères, en réservant au juge le pouvoir de les appliquer uniquement dans des situations véritablement exceptionnelles, afin d'éviter toute « perturbation » des règles de conflit et à garantir une plus grande prévisibilité dans les cas concrets[2616]. Par conséquent, il nous semble que l'application des lois de police étrangères, autres que celles de la *lex causae*, ne devrait pas constituer une obligation pour le juge, mais plutôt un simple pouvoir discrétionnaire, toutefois, encadré par les conditions prévues par le même article. Cela est également l'avis de la professeure Carolina Iud, selon laquelle : « en ce qui concerne l'article 2651, alinéa e, il aurait été plus approprié de retenir le critère facultatif de reconnaissance des effets pour les normes impératives internationales des États tiers, et uniquement pour celles de ces États dans lesquels se trouvent le ou les lieux d'exécution du contrat »[2617].

De plus, la position rigide argentine concernant l'application des lois étrangères se renforce par l'alinéa f de l'article 2651. En effet, cet article dispose que : « les contrats faits dans la République pour violer des normes internationalement impératives d'une nation étrangère, de nécessaire application au cas, n'ont aucun effet »[2618].

La compréhension de cet article s'avère délicate. D'abord, le texte limite la sanction aux contrats « faits » en Argentine, terme qui, comme expliqué par le professeur Diego P.

[2613] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2614] D.P. Fernández Arroyo, « Comentario Tít. IV, arts. 2601—2612 y 2650-2655 », *in* J.C. Rivera, G. Medina, C.N. Armella (dir.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 1005 (traduction libre de l'espagnol).

[2615] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2616] Sur le caractère exceptionnel des lois de police étrangères, v. R.B. Santos Belandro, « Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo », *op. cit.*, p. 38-39.

[2617] C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit.,* p. 372 (traduction libre de l'espagnol).

[2618] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

Fernández Arroyo, « est généralement lié à la conclusion ou à la perfection du contrat et qui, tout au plus, pourrait s'étendre à la négociation »[2619]. Si l'on adopte une interprétation littérale de cet article, le juge doit, d'une part, vérifier l'existence d'une intention frauduleuse des parties visant à se soustraire à une loi de police quelconque (l'article n'exige pas que cette loi ait un lien avec l'affaire) en concluant le contrat en Argentine[2620]. D'autre part, l'article ne semble pas exiger que le juge établisse la violation effective de la loi de police étrangère ; l'intention frauduleuse seule suffirait à justifier l'annulation du contrat. En réalité, cette disposition peut être rapprochée, dans une certaine mesure, de la notion de fraude à la loi ; ici, toutefois, une « fraude » à la loi de police étrangère. En raison de sa formulation jugée trop générale, la doctrine argentine a souligné que cette règle est « rigide et inflexible en termes de cohérence systématique », ce qui la rend difficile à appliquer en pratique[2621].

En fait, comme la professeure María Elsa Uzal l'explique, cette norme constait déjà dans l'ancien Code civil de Vélez Sarsfield. Elle exprimait, selon l'auteure, « l'intuition géniale » de celui-ci sur la nécessité de respecter les règles de police ou les lois internationalement impératives du droit étranger applicable au cas, à une époque où il n'existait pas de développement doctrinal, ni de caractérisation de ce type légal[2622]. Aujourd'hui, la professeure argentine estime — à juste titre — que la loi confère une signification précise à cette norme prémonitoire, désormais intégrée dans le cadre juridique explicite des règles internationalement impératives. Elle souligne clairement que l'inefficacité du contrat constitue la conséquence directe du non-respect des limites imposées à l'application des normes étrangères de caractère impératif[2623].

450. Au *Paraguay*, le traitement des lois de police étrangères évolue davantage. L'article 17.2 de la Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux dispose que « Le juge peut prendre en considération les normes impératives d'autres États ayant un lien étroit avec l'affaire, en tenant compte des conséquences de leur application ou de leur non-application »[2624]. Tout d'abord, le verbe employé diffère de celui de la majorité des législations antérieures. Selon la loi paraguayenne, le juge peut « prendre en considération » — et non simplement « appliquer » — une loi étrangère, en suivant, ainsi, la tendance européenne et celle de la rédaction de l'article 2599 du Code civil et commercial argentin mentionné plus haut. Elle semble donc permettre au juge de ne pas

[2619] D.P. Fernández Arroyo, « Comentario Tít. IV, arts. 2601—2612 y 2650-2655 », *op. cit.,* p. 1006 (traduction libre de l'espagnol).

[2620] Ou, selon le professeur Diego P. Fernández Arroyo, en choisissant la loi argentine comme applicable dans une même finalité frauduleuse. V. *Ibidem.*

[2621] C. Iud, *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación, op. cit*., p. 374 (traduction libre de l'espagnol).

[2622] M.E. Uzal, « Los contratos internacionales en la Argentina », *op. cit.*, p. 314-315 (traduction libre de l'espagnol).

[2623] *Ibid*, p. 315.

[2624] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

appliquer intégralement toutes les conséquences prévues par la loi étrangère[2625]. Par ailleurs, toujours à l'instar du Règlement Rome I, la loi paraguayenne impose au juge d'apprécier les conséquences résultant de l'éventuelle application ou non-application de la loi de police étrangère, sans toutefois faire explicitement référence à la « nature » ni à l'« objet » de cette loi, notions pourtant mises en avant par le Règlement[2626].

451. Enfin, au *Pérou***,** l'article 2096 concernant l'autonomie de la volonté dispose, de façon singulière, que « La loi compétente, conformément à l'article 2095, détermine les normes impératives applicables et les limites de l'autonomie de la volonté »[2627]. Selon une lecture stricte de cet article, seules les lois de police de la *lex causae* s'appliqueraient, excluant l'application des lois de police du for. Cependant, face à cette rédaction limitée, la doctrine nationale s'est déjà prononcée pour une modification de cet article, afin d'inclure une référence expresse aux normes impératives du for, qui devraient être obligatoirement respectées, incluant également la possibilité d'application facultative des normes impératives étrangères qui présentent des liens étroits avec le contrat[2628].

452. En outre, il convient de mentionner qu'au *Venezuela*, comme l'a noté le professeur Hernández-Bretón, en dépit du fait que l'article 10 de la Loi sur le droit international privé ne fasse pas mention des règles impératives des États tiers, mais uniquement de celles du for, « il n'y a pas de raison pour que la rédaction [de l'art. 10] ait établi une différence avec le régime de la Convention de Mexico »[2629]. Ainsi, dans la mesure où la Convention de Mexico, en vigueur au Venezuela, autorise les juges à appliquer des lois de police étrangères, il devrait en découler qu'une telle possibilité est également envisageable en droit interne[2630].

Section 5 — La protection des parties vulnérables dans le droit international privé de source interne

453. Bien que l'on puisse observer, en Amérique latine, une amélioration tangible de la protection des consommateurs sur le plan du droit matériel, il n'en va pas de même en ce qui concerne la protection spécifique par le droit international privé[2631]. Par conséquent, les règles générales conçues pour régir les contrats conclus entre parties égales, c'est-à-dire entre professionnels du commerce international, sont appliquées aux contrats qui lient

[2625] Pour les discussions entre l'application et la prise en considération d'une loi de police étrangère, V. *infra* n° 584 et s.

[2626] Pour des éclaircissements concernant ces critères dans le cadre du Règlement Rome I, v. *infra* n° 582 et s.

[2627] Pérou, Décret législatif n° 295, *Code civil*, 24 juillet 1984 (traduction libre de l'espagnol).

[2628] C. Delgado Barreto, M.A. Delgado Menendez, C.L. Candela Sánchez, *Introducción al derecho internacional privado, Conflicto de leyes*, Parte general, *op. cit.*, p. 130-131.

[2629] E. Hernández-Bretón, « Venezuela », *op. cit.,* p. 804.

[2630] *Ibidem*.

[2631] V. C. Lima Marques, « A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral », *Cursos de Derecho internacional*, parte 2, *op. cit.*, p. 1520.

également des parties réputées inégales : un professionnel fournisseur et un consommateur, par exemple, ou encore, un professionnel et un travailleur.

À l'instar des conventions régionales, on pourrait penser que, dans la mesure où les normes nationales de protection des consommateurs et travailleurs sont généralement considérées dans les pays interaméricains comme relevant de l'ordre public ou comme constituant des lois de police, ces parties domiciliées ou ressortissantes d'un État de la région, bénéficieraient toujours de leur application[2632]. Toutefois, ainsi que le souligne la professeure Claudia Lima Marques, une telle conclusion demeure « insuffisante »[2633], n'étant pas capable d'offrir une protection adéquate à ces parties jugées vulnérables dans une relation contractuelle internationale.

En effet, bien que la question soulève un débat intense en Amérique latine, seuls quelques États de la région ont intégré des dispositions spécifiques dans leurs législations nationales pour régir la loi applicable aux contrats conclus avec des parties faibles. Ces États incluent précisément l'Argentine (2014), le Panama (2015), la République dominicaine (2014) et, plus récemment, l'Uruguay (2020). Cependant, malgré cette prise de conscience progressive de la nécessité d'assurer un encadrement juridique renforcé des situations impliquant des parties en position de faiblesse dans les rapports contractuels internationaux dans la région, ces États n'adoptent pas la même approche.

Il convient de préciser que la présente analyse portera principalement sur les contrats de consommation (§1) et de travail (§2), qui représentent les catégories les plus largement encadrées par les législations des États d'Amérique latine. Toutefois, certaines législations prévoient également des mécanismes de protection en faveur des parties réputées faibles dans d'autres types de contrats, tels que les contrats d'assurance ou de franchise[2634].

[2632] Pour une analyse du droit matériel de protection des consommateurs dans les sources internes des pays du Mercosur et leur qualité d'ordre public, v. L. Klein Vieira, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 210 et s.

[2633] *Ibidem*.

[2634] Cela est le cas au Panama, où le Code de droit international privé prévoit également des règles spéciales pour les contrats d'assurance (art. 78) et pour les contrats de franchise et de représentation (art. 82), établissant une certaine protection aux assureurs et franchisés. Selon ces articles : « Art. 78 — La loi applicable aux contrats d'assurance est celle du siège social de la compagnie d'assurance, sauf stipulation contraire. Les assurés nationaux ou domiciliés dans la République du Panama peuvent introduire leur réclamation devant les tribunaux panaméens ou devant les tribunaux du siège social de la compagnie d'assurance » ; « Art. 82. Les contrats de représentation et de franchise internationale sont régis par l'autonomie des parties, mais, en ce qui concerne l'indemnisation pour rupture ou non-respect du contrat, par la loi d'exécution du contrat ou celle qui offre la plus grande protection au concessionnaire ou au franchisé, au choix de ce dernier » (Cf. Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama*. Traduction libre de l'espagnol). En outre, en République dominicaine, de manière simplificatrice et ambiguë, l'article 64 de la Loi sur le droit international privé prévoit que les règles applicables aux contrats de travail et de consommation s'étendent également aux contrats d'assurance. Selon cet article : « Les règles contenues dans les articles 62 et 63 s'appliquent aux contrats d'assurance » (Cf. République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine*. Traduction libre de l'espagnol). Il semble que l'objectif sous-jacent soit de protéger l'assuré, à l'instar des travailleurs et des consommateurs, sans que les modalités précises de mise en œuvre de ce régime protecteur soient toutefois clairement définies.

§1 — Contrats de consommation

454. Alors qu'une minorité de pays latino-américains (Panama, République dominicaine, Uruguay et Argentine) se sont dotés d'un régime spécifique de droit international privé destiné à la protection des consommateurs (A), d'autres États de la région ont progressivement renforcé cette protection par des mécanismes alternatifs, en conférant à certaines normes internes de protection du consommateur, soit la qualification de règles d'ordre public international, soit celle de lois de police (B).

A. Régime spécial de protection

455. Définition. Premièrement, il convient de noter que la législation *panaméenne* est la seule à offrir une définition des « contrats de consommation » dans le contexte du droit international privé. Selon l'article 90 du Code de droit international privé panaméen, les contrats de consommation sont « ceux dans lesquels l'une des parties est une personne physique ou morale qui acquiert auprès d'un fournisseur des biens ou services finaux de toute nature »[2635]. Cette définition adopte ainsi une acception large du consommateur, conformément à celle retenue par l'Accord du Mercosur[2636], en incluant, outre les personnes physiques, les personnes morales qui agissent en qualité d'acquéreurs finaux, c'est-à-dire ne procédant pas à la revente ou à l'intégration des biens ou services à leur activité professionnelle principale.

En *Uruguay*, bien que la nouvelle loi générale sur le droit international privé ne contienne pas de définition explicite, la doctrine a soutenu qu'en vertu de l'article 44 de cette loi, qui dispose qu'elle sera interprétée de la manière la plus large possible, il peut être pertinent de se référer aux concepts de « consommateur » et de « relation de consommation », tels que définis par la Loi n° 17 250 du 11 août 2000 (Loi sur les relations de consommation et la protection des consommateurs)[2637]. Cette définition du consommateur englobe également les entités juridiques. L'article 2 de cette loi le définit comme « toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise des produits ou des services en tant que destinataire final dans une relation de consommation ou en relation avec celle-ci ». L'article exclut, cependant, « ceux qui, sans être destinataires finaux, acquièrent, stockent, utilisent ou consomment des produits ou services dans le but de les intégrer dans des processus de production, de transformation ou de commercialisation ». En outre, l'article 4

[2635] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

[2636] V. *supra* n° 240.

[2637] C. González Pedrouzo, « Protección de la parte más débil en la Ley general de derecho internacional privado », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020*, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 195-217, p. 213. Cependant, il a également été souligné par la doctrine que l'utilisation de cette définition de droit interne ne résout pas la situation, largement discutée, d'une société consommatrice. Cf. M. Fariña, « El nuevo régimen en materia de relaciones de consumo internacionales: ¿una solución suficiente para los reclamos de los cyberconsumidores? », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020*, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 367-390, p. 378.

de la même loi définit la relation de consommation comme « le lien qui s'établit entre le fournisseur qui, à titre onéreux, fournit un produit ou rend un service et celui qui l'acquiert ou l'utilise comme destinataire final »[2638].

456. Loi applicable. En ce qui concerne les solutions adoptées en matière de loi applicable aux contrats de consommation, les législations qui apportent des solutions spéciales en matière de contrats internationaux de consommation — l'Argentine, le Panama, la République dominicaine et l'Uruguay — adoptent des critères de rattachement contrastés, traduisant un équilibre incertain entre autonomie de la volonté et protection de la partie faible[2639]. Au Panama et en République dominicaine, le choix de la loi applicable dans les contrats de consommation demeure possible, contrairement à l'Argentine et à l'Uruguay, où il est interdit. En outre, contrairement à ces deux derniers, les législations du Panama et de la République dominicaine ne font aucune distinction entre les consommateurs passifs et actifs. En l'absence de choix, au Panama, la loi désigne l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat (art. 90 du Code de droit international privé) ; en République dominicaine, c'est la loi de la résidence habituelle du consommateur qui prévaut (art. 63 de la Loi de droit international privé).

457. Au *Panama*, le choix est strictement limité aux lois du domicile, du lieu de conclusion du contrat ou à celle qui est *la plus favorable au consommateur* (art. 90 du Code de droit international privé). L'alinéa 3 de l'article définit, dans un sens large, ce que l'on entend par loi la plus favorable : « On entend par loi la plus favorable la loi de la réparation et de la protection la plus appropriée à l'intérêt du consommateur ». L'esprit de la législation, comme l'a souligné la doctrine nationale, « est de pouvoir tempérer les excès des ventes sans scrupules à l'égard du consommateur, victime de sa condition transitoire ou de l'absence totale d'information concernant la personne avec qui il négocie ou contracte »[2640].

458. En *République dominicaine*, les parties jouissent d'une plus grande latitude dans leur choix de la loi applicable. Cependant, cette autonomie est encadrée de manière plus rigoureuse qu'au Panama, car, même si les parties peuvent désigner librement la loi régissant leur contrat, ce choix ne peut « amoindrir les standards de protection du consommateur prévus par la loi de sa résidence habituelle, dans les cas où le cocontractant possède un établissement commercial dans ce pays ou a, de quelque manière que ce soit, dirigé son activité commerciale vers ce pays » (art. 63 de la Loi de droit international privé)[2641]. À l'inverse, la législation panaméenne, en limitant le choix à une loi dite « la plus favorable », ne précise pas clairement la loi de référence servant à évaluer ce critère,

[2638] Loi n° 17 250, Loi sur les relations de consommation et la défense du consommateur, du 11 août 2000 (traduction libre de l'espagnol).

[2639] Pour un comparatif littéral des dispositions de chaque pays, v. l'Annexe 2.

[2640] G.I. Boutin, « El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño », *op. cit.*, p. 223-224.

[2641] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

notamment si cette loi est celle du domicile ou une autre. De plus, la législation dominicaine impose que le cocontractant ait un établissement commercial sur le territoire national ou qu'il ait dirigé son activité vers celui-ci. Par conséquent, en l'absence de ces conditions, le consommateur ne bénéficie plus de la protection prévue à l'article 63 et est soumis aux règles habituelles concernant la loi régissant les contrats internationaux.

459. En *Argentine*, l'article 2655 du Code civil et commercial a trouvé sa source d'inspiration dans la règle européenne de la Convention de Rome de 1980[2642]. Ainsi, à l'instar du modèle de la Convention européenne, la loi applicable est, en principe, celle du *domicile du consommateur*. Plus précisément, la loi du domicile du consommateur s'appliquera dans quatre cas spécifiquement énumérés par l'article 2655 : « a) si la conclusion du contrat a été précédée d'une offre, d'une publicité ou d'une activité réalisée dans l'État du domicile du consommateur et que celui-ci y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat ; b) si le fournisseur a reçu la commande dans l'État du domicile du consommateur ; c) si le consommateur a été incité par son fournisseur à se déplacer dans un État étranger afin d'y effectuer sa commande ; d) si les contrats de voyage, pour un prix global, comprennent des prestations combinées de transport et d'hébergement »[2643]. L'article unifie ainsi les règles applicables à certains consommateurs passifs (correspondant aux deux premières situations décrites à l'article, a et b), ainsi qu'à certains consommateurs actifs, notamment dans l'hypothèse c, qui intègre la notion de direction de l'activité par le fournisseur vers le pays du consommateur. Il régit également les contrats de voyages forfaitaires, sans opérer de distinction entre ceux qui sont conclus de manière passive ou active. À titre subsidiaire, en dehors de situations listées au premier alinéa, l'alinéa second de l'article 2655 dispose que les contrats de consommation seront régis par le droit du pays du lieu d'exécution et, « en cas d'impossibilité de déterminer le lieu d'exécution, le contrat est régi par le droit du lieu de conclusion »[2644].

La législation argentine exclut ainsi de sa protection les consommateurs touristes et ne prévoit pas de disposition spécifique pour les contrats conclus par voie électronique. S'agissant de ces derniers, la doctrine soutient que, bien que les règles de l'article 2655 aient été conçues pour régir les contrats conclus entre personnes présentes, elles peuvent néanmoins s'appliquer aux contrats électroniques de consommation[2645].

460. De manière novatrice pour le pays, la nouvelle Loi générale *uruguayenne* de droit international privé de 2020 a introduit une réglementation spécifique applicable aux contrats de consommation tenant compte de leurs particularités. Comme il ressort de l'exposé des motifs, il a été estimé que, malgré leur spécificité, les relations de

[2642] C. Lima Marques, « La protección del consumidor en el derecho internacional privado uruguayo: Una comparación con los proyectos brasileños », *op. cit.*, p. 355.

[2643] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[2644] *Ibidem*.

[2645] L. Klein Vieira, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 248.

consommation devaient comporter un statut minimal pour déterminer la loi applicable, en raison de leur importance pour le pays, notamment dans les zones touristiques[2646].

L'article 50, alinéa E de la nouvelle loi, distingue trois hypothèses assorties de rattachements juridiques distincts. Les deux premières hypothèses concernent la figure du consommateur actif, ou touriste consommateur, tandis que la troisième vise le consommateur passif, bien que ces « catégories » de consommateurs ne soit pas explicitement mentionnées par le texte de l'article[2647].

La première situation est celle de biens ou de services acquis ou utilisés par le consommateur dans un seul État. Dans de tels cas, le contrat sera régi par la loi de cet État (art. 50, E.1). Cela est l'exemple classique du consommateur actif, qui se déplace pour acheter un bien ou un service. Un exemple illustrant cette situation est celui d'un consommateur domicilié en Uruguay qui, en voyage en France, décide de louer une chambre d'hôtel dans ce pays et y achète des souvenirs. Dans tous ces contrats, la loi française s'appliquera, car les biens sont acquis en France et les services y sont rendus[2648].

La seconde hypothèse est celle des biens acquis ou des services utilisés dans plus d'un pays, ou encore lorsque la loi applicable ne peut pas être déterminée pour d'autres raisons. Dans de tels cas, la loi du lieu de domicile du consommateur s'appliquera (art. 50, E.2). Cette situation apparaît d'autant plus complexe, comme l'illustre l'exemple proposé par la professeure Fresnedo de Aguirre : un touriste domicilié en Uruguay, en déplacement professionnel à Madrid, conclut, une fois ses activités professionnelles achevées, un contrat avec une agence de voyages établie à Madrid en vue d'organiser un circuit touristique à travers plusieurs pays européens. Dans ce cas, la dispersion géographique des prestations empêche la détermination d'une loi unique fondée sur le lieu d'exécution, conduisant le juge uruguayen à appliquer la loi du domicile du consommateur, à savoir la loi uruguayenne[2649].

Enfin, une troisième situation est celle des contrats conclus avec des consommateurs passifs, y compris les « contrats conclus à distance », ainsi que ceux dont « la conclusion a été précédée d'offres ou de publicités spécifiques dans le lieu de domicile du

---

[2646] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.*, p. 203.

[2647] A. de Llano, « Relaciones de consumo en la Ley general de derecho internacional privado », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020*, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 391-399, p. 391 et s.

[2648] En critiquant cet article, la professeure de Llano a soutenu qu'il serait préférable d'adopter une rédaction unifiée pour les biens et les services, prenant en considération à la fois la loi applicable à leur acquisition et celle applicable à leur utilisation dans les deux cas, afin d'offrir une protection plus étendue au consommateur. Cf. *Ibid*, p. 394-395.

[2649] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.,* p. 203.

consommateur ». Dans de tels cas, la loi du domicile du consommateur s'appliquera aussi « à condition que le consommateur y ait donné son consentement » (art. 50, E.3)[2650].

La loi uruguayenne ne prévoit pas expressément le cas où le consommateur n'aurait pas donné son consentement dans son lieu de domicile (par exemple, lorsque le lieu du consentement peut être contesté en raison de l'identification d'une adresse IP située dans un autre pays, de la banque émettrice de la carte de paiement située à l'étranger, etc.). Dans de telles situations, la doctrine a proposé plusieurs solutions possibles. Il a notamment été soutenu que le magistrat pourrait bilatéraliser la norme, ce qui impliquerait que la législation applicable soit celle de l'État où le consentement a été exprimé[2651]. Mais, il a été aussi suggéré que l'alinéa 3 pourrait être considéré comme une « solution résiduelle ou exceptionnelle »[2652], donnant alors priorité aux alinéas 1 ou 2. Ces derniers, bien qu'abordant des hypothèses différentes, paraissent « mieux adaptés aux particularités de la relation de consommation que les solutions subsidiaires prévues aux articles 48 et 49 de la loi »[2653], constituant, ainsi, l'approche considérée comme préférable par la doctrine.

B. Protection des parties faibles en dehors d'un régime spécial de droit international privé

461. Bien que la majorité des pays latino-américains ne disposent pas de dispositions explicites de droit international privé régissant la loi applicable aux contrats conclus avec des parties réputées faibles, la doctrine et la jurisprudence ont progressivement développé des mécanismes visant à renforcer leur protection. Cette évolution s'est traduite par la qualification de certaines normes internes protectrices tantôt comme relevant de l'ordre public international, tantôt comme constituant des lois de police.

462. Au *Venezuela*, par exemple, bien qu'il n'y ait pas de norme expresse pour désigner la loi applicable aux contrats internationaux de consommation, l'article 2 de ladite Loi de protection du consommateur de 2004 établit que ses normes « sont d'ordre public et ne peuvent pas être écartées par les parties »[2654]. Par conséquent, la doctrine majoritaire au Venezuela a attaché aux normes de consommation un caractère de « dispositions impératives », conformément à l'article 10 de la Loi sur le droit international privé. Ainsi, la loi choisie par les parties sera écartée, dès lors qu'elle heurte les dispositions impératives de la loi de protection du consommateur. Cette législation énonce, aux articles 81 et suivants, des règles concernant les contrats d'adhésion. Elle considère certaines clauses

[2650] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre e l'espagnol).

[2651] M. Fariña, « El nuevo régimen en materia de relaciones de consumo internacionales: ¿una solución suficiente para los reclamos de los cyberconsumidores? », *op. cit.* p. 382.

[2652] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2653] C. González Pedrouzo, « Protección de la parte más débil en la Ley general de derecho internacional privado », *op. cit.*, p. 214 (traduction libre de l'espagnol).

[2654] Venzuela, Loi n° 37 930, *Loi de protection du consommateur*, 4 mai 2004.

comme nulles de plein droit, par exemple celles qui impliquent la renonciation ou la limitation des droits que la loi reconnaît aux consommateurs[2655].

463. En outre, au *Brésil*, bien que la LINDB ne traite pas explicitement de la protection des parties vulnérables, la doctrine est claire sur ce point. Elle se fonde sur l'article 5, section XXXII, de la Constitution brésilienne [2656] ainsi que sur les dispositions du Code de protection du consommateur (Loi n° 8078, du 11 septembre 1990[2657]) pour soutenir que la protection des personnes vulnérables, en tant que droit fondamental, doit primer sur les règles conflictuelles. En ce sens, la professeure Claudia Lima Marques affirme que :

> « En fait, le droit des consommateurs a une vocation internationale, et, dans aucun autre secteur du droit privé, les modèles et les inspirations étrangères et supranationales ne sont aussi présents. En théorie, les consommateurs ne devraient pas être lésés, en termes de sécurité, de qualité, de garantie ou de l'accès à la justice, seulement parce qu'ils ont acheté des produits ou des services provenant d'autre pays ou fournis par une société dont le siège est à l'étranger. Il y a eu, enfin, un changement substantiel dans la structure du marché global. La mondialisation des relations avec les consommateurs privés nous montre les défaillances du marché et les limites de la notion de "souveraineté" du consommateur dans le marché actuel. Sa position est de plus en plus faible ou vulnérable et le déséquilibre des relations avec les consommateurs est intrinsèque, ce qui nécessite une orientation efficace et l'intervention positive des États et des organismes internationaux légitimes de le faire. »[2658]

La jurisprudence brésilienne a suivi cette approche[2659]. Dans des arrêts de tribunaux équivalents à des cours d'appel, le Code de la consommation a été appliqué à des contrats internationaux en tant que loi la plus favorable au consommateur, en confirmant que la protection des parties faibles, comme les consommateurs, fait partie de la notion d'ordre public, en tant que valeur fondamentale de l'ordre juridique brésilien[2660].

[2655] E. Hernández-Bretón, « Venezuela », *op. cit.,* p. 809.

[2656] « Art. 5 — Tous sont égaux devant la loi, sans distinction d'aucune sorte, en garantissant aux Brésiliens et aux étrangers résidant dans le pays l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sécurité et à la propriété, dans les termes suivants : […] XXXII — l'État promeut, sous forme de loi, la protection des consommateurs ». Cf. Brésil, *Constitution de la République Fédérative du Brésil*, 5 octobre 1988 (traduction libre du portugais).

[2657] Brésil, Loi nº 8 078 du 11 septembre 1990, Prévoit des mesures de protection des consommateurs et d'autres mesures.

[2658] C. Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 6ᵉ éd., São Paulo, RT, 2011, p. 134-135.

[2659] La jurisprudence brésilienne appliquant le Code Bustamante a adopté une approche contraire, en ne considérant pas applicable la loi brésilienne à un contrat conclu à l'étranger même lorsque les sociétés « exercent leurs activités sur le marché international ». Cf. Brésil, TJDFT, 8ª Câmara Cível, Processo n° 07128711720218070001-1625186, 4 octobre 2022. Sur ce sujet, v. *supra* n° 241.

[2660] P. ex., le TJSP a statué que : « Il n'est pas question de nier la validité de la LINDB, mais juste de l'appliquer de la meilleure façon : devant la lacune législative existante, en raison de l'absence de loi qui, dans le contexte actuel des relations avec les consommateurs, détermine la loi applicable dans les cas d'élément international, il faut chercher la situation analogue qui réglemente le mieux la question (art. 4 de la LINDB), et, la meilleure réglementation en ce sens, parce qu'elle apporte le plus de protection et parce qu'elle est conçue spécifiquement pour répondre aux intérêts des consommateurs, et qui constitue le Code de protection des consommateurs ». (Brésil, TJSP, 25ª Câmara CI,

Toutefois, comme le souligne Mme P. Serra Freire, la jurisprudence brésilienne semble utiliser la notion de règles impératives, plutôt que celle de l'exception d'ordre public pour appliquer la loi brésilienne aux contrats internationaux de consommation, même si l'application du Code de la consommation brésilien se fait souvent sans justification correcte du point de vue des règles d'application immédiate, servant ainsi de méthode alternative aux règles de conflit[2661].

Cette tendance peut être observée notamment dans l'arrêt *Panasonic* du Tribunal supérieur de justice du 11 avril 2000, où les dispositions du Code de la consommation brésilien ont été appliquées comme une véritable « loi de police » (sans mention expresse de cette méthode), sans considération des règles de conflit, même lorsque le consommateur a conclu un contrat à l'étranger (aux États-Unis) avec un professionnel qui n'avait pas nécessairement dirigé son activité vers le marché brésilien[2662]. Dans cet arrêt, la filiale brésilienne de Panasonic a été tenue pour responsable du défaut du produit acheté dans une filiale nord-américaine de la même marque. Cette décision a été justifiée par le fait que

Apelação Cível nº 1005434-77.2015.8.26.0114, 31 juin 2016). D'autre part, le TJRS a adopté une approche similaire dans un arrêt du 12 décembre 2017, démontrant une interprétation restrictive de l'autonomie de la volonté et en limitant son champ d'application. Il a été décidé de ne pas appliquer la méthode de conflit de lois classique aux contrats de consommation internationaux « résolvant le conflit de lois dans ce cas précis, simplement par le choix de la loi la plus favorable au consommateur ». Cette décision a été motivée par l'exception d'ordre public prévue à l'article 17 de la LINDB, qui, selon l'arrêt, « assure le rejet du droit étranger, dont les critères protecteurs du consommateur ne sont pas conformes à ceux énoncés dans le Code de la consommation ». Dans cette affaire, le Tribunal a rejeté la loi de la République dominicaine choisie par les parties dans un contrat international de consommation, la considérant nulle de plein droit en raison de son « non-alignement » avec le Code brésilien de la consommation, reconnu comme d'ordre public. Il est à noter que le Tribunal a souligné que cela ne signifie pas que « toutes les normes contenues dans le Code de la consommation sont automatiquement qualifiées d'ordre public aux fins de l'application de l'institution du DIPriv ». Au contraire, le Tribunal a affirmé que « la protection du consommateur en tant que partie contractante plus vulnérable — incarnée dans notre système juridique, principalement à travers le CDC — représente une valeur fondamentale de l'ordre juridique brésilien, justifiant ainsi, dans ce cas spécifique, le rejet de l'application d'une loi étrangère préjudiciable aux droits du consommateur ». (Brésil, TJRS, Apelação Civil n° 70073732927, 12 décembre 2017) (traduction libre du portugais).

[2661] P. Serra Freire, thèse, *op. cit.*, p. 394.

[2662] Brésil, STJ, 4ª Turma, REsp n° 63.981-SP, 11 avril 2000. L'arrêt a été ainsi résumé : « Droit du consommateur — Caméscope acheté à l'étranger — Défaut du produit — Responsabilité de l'entreprise nationale de la même marque ("Panasonic") — Économie mondialisée — Publicité — Protection du consommateur — Particularités du cas — Situations à examiner dans les cas concrets — Nullité de l'arrêt de la cour d'État rejetée, car suffisamment motivée — Recours connu et accueilli sur le fond, à la majorité. I — Si l'économie mondialisée n'a plus de frontières rigides et favorise la libre concurrence, il est indispensable que les lois de protection du consommateur prennent une plus grande importance dans leur interprétation, recherchant l'équilibre qui doit régir les relations juridiques, y compris en dimensionnant le facteur risque inhérent à la compétitivité du commerce et des affaires, surtout à l'échelle internationale, lorsque sont présentes de puissantes entreprises multinationales avec des filiales dans plusieurs pays, sans parler des ventes effectuées aujourd'hui par voie informatique et du fort marché de consommation que représente notre pays. II — Le marché de consommation, il n'y a pas à le nier, est aujourd'hui quotidiennement "bombardé" par une publicité intense et habile, incitant à l'acquisition de produits, notamment ceux sophistiqués d'origine étrangère, en prenant en compte divers facteurs, notamment et surtout la respectabilité de la marque. III — Si les entreprises nationales bénéficient de marques mondialement connues, il leur incombe également de répondre des défauts des produits qu'elles annoncent et commercialisent, n'étant pas raisonnable de placer sur le consommateur les conséquences négatives des transactions impliquant des objets défectueux. […] ». (Traduction libre du portugais).

l'entreprise est une « multinationale soumise aux règles de l'économie mondialisée et du Code de la consommation »[2663].

Dans le vote vainqueur, la Cour a reconnu que, même si ces sociétés ont une personnalité juridique distincte, « elles sont unies par la même stratégie et partagent la soumission à un même commandement »[2664]. Et, même si l'arrêt n'analyse pas la question de savoir si la société avait dirigé ses activités vers le pays de résidence du consommateur, il a été affirmé que « la publicité, bien qu'elle puisse respecter certaines particularités locales, est la même partout, surtout en ce qui concerne la consolidation de leur marque »[2665]. L'arrêt se termine par cette conclusion : « Quiconque achète un caméscope Panasonic, quel que soit le pays, est motivé par la publicité qui le pousse à croire en la qualité de la marque et en la fiabilité de la fabrication de ses produits, et il est convaincu que, où qu'il se trouve, il pourra faire réparer son caméscope en cas de vice ou de défaut »[2666]. L'arrêt condamna, ainsi, en application des lois brésiliennes de la consommation, la filiale de Panasonic au Brésil à réparer les défauts du produit acheté par le consommateur aux États-Unis.

Selon les propos de la professeure Claudia Lima Marques, si le Code de la consommation a été appliqué dans une affaire impliquant un touriste brésilien dont le seul lien avec le Brésil est le domicile du consommateur, il est probable que le Tribunal supérieur de justice considère également le Code cité comme une « loi d'application immédiate » en droit international privé dans d'autres situations, en particulier lorsqu'un consommateur passif conclut un contrat dans le commerce électronique en appliquant le Code de la consommation sans prendre en compte la règle bilatérale de la LINDB[2667].

Une telle application systématique de la *lex fori* a d'ailleurs été critiquée par une partie de la doctrine, et notamment par Mme P. Serra Freire, qui considère que l'application des lois d'application immédiate devrait être exceptionnelle et doit être limitée aux situations « où la disposition est indispensable à la cohérence du système »[2668]. Selon l'auteure, dont nous partageons l'avis, « ce territorialisme exacerbé et l'application systématique des règles de protection de droit brésilien ne contribuent pas à l'harmonie des solutions, par le manque de prévisibilité qui résulte de ce procédé et de l'écartement constant des règles de conflit », ce qui peut encore s'avérer « très préjudiciable au commerce international »[2669].

[2663] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2664] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2665] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2666] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2667] C. Lima Marques, « Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico », *Revista da Faculdade de Direito-UFRGS*, 2017, vol. 23, nº 23, p. 47-84, p. 65-66, en ligne https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73065 (consulté le 24 septembre 2025. Traduction libre du portugais).

[2668] V. P. Serra Freire, thèse, *op. cit.*, p. 383.

[2669] *Ibidem*.

La protection du consommateur par le recours systématique à la loi du for considérée en tant que lois de police pourrait prochainement être dépassée grâce à l'adoption de l'Avant-projet de loi générale de droit international privé actuellement en discussion au Brésil. Ce projet prévoit un régime spécifique pour les contrats de consommation, notamment à son article 31. Le chapeau de l'article 31 de l'Avant-projet définit les contrats internationaux de consommation, comme « ceux conclus entre un consommateur, personne physique, et un fournisseur de produits et services, dont le domicile ou l'établissement impliqué dans la conclusion du contrat est situé dans un État différent du domicile du consommateur », et prévoit que ces contrats « seront régis par le droit du domicile du consommateur ou du lieu où ils sont conclus, dès lors que ce droit est plus favorable au consommateur »[2670].

Ainsi, l'article limite fortement l'autonomie de la volonté des parties, qui ne peuvent choisir que deux lois applicables : celle du domicile du consommateur ou celle du lieu de conclusion du contrat, ce dernier critère étant le rattachement objectif général adopté par la tradition brésilienne et consacrée dans l'actuelle LINDB (art. 9). La dernière partie de la disposition (« dès lors que ce droit est plus favorable au consommateur ») prête toutefois à confusion. Le niveau minimal de protection serait-il toujours celui de la loi du domicile, ou le juge devrait-il systématiquement comparer laquelle des deux lois, celle du domicile ou celle du lieu de conclusion, est la plus favorable ? Dans les deux cas, si les parties optent pour la loi du lieu de conclusion, la comparaison à opérer serait alors uniquement avec la loi du domicile du consommateur, et la loi du lieu de conclusion ne s'appliquerait que si elle est plus favorable. En revanche, si le choix se porte sur la loi du domicile, une lecture littérale de l'article suggère que le juge devrait également comparer cette loi avec celle du lieu de conclusion, et appliquer finalement celle qui est la plus favorable. Par ailleurs, l'article ne se limite pas aux seules « dispositions impératives » de la loi du domicile, ce qui semble indiquer que le juge doit mener une analyse « globale » de cette loi.

Le premier paragraphe de l'article 31 apporte une précision relative aux contrats électroniques : « Dans les contrats à distance conclus par des moyens électroniques ou similaires, par des consommateurs domiciliés dans le pays sans quitter le territoire national, le droit brésilien ou, le cas échéant, la loi choisie par les parties dans le contrat s'applique, à condition que cette dernière soit plus favorable au consommateur »[2671]. Curieusement, dans ce cas, il semble qu'aucune limite ne soit imposée quant au choix de la loi applicable, qui pourrait ainsi être n'importe quelle loi étrangère, ayant ou non un lien avec le contrat. Quoi qu'il en soit, la loi choisie ne pourra s'appliquer que si elle assure une protection plus favorable que celle offerte par le droit brésilien, ce dernier constituant ainsi le seuil minimal de protection.

Le deuxième paragraphe de l'article 31 ajoute une précision pour certains types de contrats conclus avec des consommateurs actifs : « Dans les contrats de fourniture de produits et

[2670] Portaria CDESS/SRI/PR nº 1, de 16.12.2024, *DOU* 18.12.2024, Edição 243, Seção 2, p. 3 (traduction libre du portugais).

[2671] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

de services conclus par le consommateur qui se trouve hors de son État de domicile ou de résidence habituelle, et qui sont exécutés intégralement à l'étranger, le droit du lieu où le contrat est conclu, ou le droit choisi par les parties parmi le droit du lieu d'exécution ou du domicile du consommateur, s'applique »[2672]. Pour ces cas particuliers de contrats conclus avec des consommateurs actifs, le choix de la loi demeure limité ; néanmoins, il est désormais possible d'opter également pour la loi du lieu d'exécution du contrat, sans qu'il soit nécessaire pour le juge de procéder au test de la loi la plus favorable.

Le troisième paragraphe prévoit une règle spéciale applicable aux contrats de forfaits de voyages internationaux exécutés hors du pays et conclus avec des agences de voyages ou des organisateurs situés dans le pays, incluant ceux « conclus avec des groupes touristiques, des services d'hôtellerie et de tourisme, ou des voyages combinés comprenant le transport et plusieurs services »[2673]. Ces contrats devront, selon ce paragraphe, être nécessairement soumis au droit brésilien, excluant ainsi l'autonomie de la volonté pour ces types de contrats.

Enfin, le quatrième paragraphe introduit une règle hybride, mêlant les solutions de la Convention de Rome (qui exige une action du professionnel ainsi que l'application obligatoire des dispositions impératives de la loi du domicile du consommateur lorsqu'elles sont plus favorables), sans que le lien avec la règle générale de l'article 31 soit clairement établi (par exemple, s'il s'applique seulement en l'absence de choix ou si c'est une norme d'application unilatérale). Ce paragraphe établit que : « Pour les contrats conclus dans le pays, en particulier lorsqu'ils ont été précédés de toute activité commerciale ou publicitaire du fournisseur ou de ses représentants, dirigée vers ou réalisée sur le territoire brésilien, notamment l'envoi de publicités, de correspondance, de courriels, de messages commerciaux, d'invitations, de prix ou d'offres, seront appliquées les dispositions du droit brésilien présentant un caractère impératif, chaque fois qu'elles seront plus favorables au consommateur »[2674].

§2 — Contrats de travail

464. À l'instar des contrats de consommation, les contrats de travail bénéficient d'un régime de protection particulier dans certains États latino-américains, notamment au Panama, en République dominicaine et en Uruguay (A). Dans les autres pays de l'Amérique latine, la protection des travailleurs est garantie par le recours aux mécanismes traditionnels du droit international privé, tels que l'exception d'ordre public ou l'application des lois de police (B).

[2672] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2673] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[2674] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

A. Régime spécial de protection

465. Les législations du Panama, de la République dominicaine et de l'Uruguay sont les seules à prévoir un régime spécial pour les contrats internationaux de travail. Comme nous allons l'observer, ces trois législations partagent une préoccupation commune pour la protection de la partie faible au contrat de travail, en limitant ou en encadrant strictement l'autonomie de la volonté des parties. Elles adoptent également des critères de rattachement objectifs privilégiant le lieu d'exécution du contrat, tout en prévoyant des mécanismes correcteurs destinés à garantir l'application des normes les plus protectrices pour le travailleur. Toutefois, les divergences sont tout aussi marquées : le droit panaméen se distingue par une approche casuistique détaillée, établissant des règles différenciées selon la nature et la durée de l'affectation du travailleur, tandis que le droit dominicain adopte une solution plus synthétique, proche du modèle européen, en permettant le choix de la loi applicable sous réserve du respect des normes protectrices. Quant au droit uruguayen, il innove en conférant au travailleur un pouvoir de choix limité entre trois lois déterminées, mais soulève des interrogations importantes concernant les situations non expressément réglementées, notamment l'absence de choix par le travailleur.

466. Au *Panama,* l'article 89 du Code de droit international prévoit différentes normes qui peuvent varier selon la situation du travailleur. Les critères objectifs choisis par la loi panaméenne sont similaires à ceux du modèle européen. Ainsi, lorsque la relation de travail individuelle « se développe de manière fixe », elle sera « soumise à la loi du lieu d'exécution du contrat de travail » (§1). Si la relation de travail individuelle « se développe temporairement à l'étranger », « la loi d'origine de la relation de travail s'appliquera » (§2). En cas « d'affectation de longue durée à l'étranger », « la loi du nouveau lieu d'exécution du contrat de travail s'appliquera, sauf s'il s'agit de cadres techniques ou dirigeants, auquel cas la loi d'origine, ou celle convenue par les parties, continuera de s'appliquer » (§3). Toutefois, à la différence du règlement européen (v. considérant 36), la législation panaméenne ne définit pas ce qui doit être entendu par « longue durée », ni le caractère « temporaire » du travail exercé à l'étranger. Enfin, en cas « d'affectations multiples à l'étranger », « la loi du domicile principal de l'entreprise contractante ou de la succursale où le travailleur est embauché et dirigé, s'appliquera, au choix de ce dernier » (§4)[2675].

Ainsi, le droit panaméen autorise expressément l'autonomie de la volonté des parties uniquement dans deux hypothèses : d'une part, pour les cadres ou dirigeants transférés à l'étranger pour une longue durée ; d'autre part, pour les contrats d'affectations multiples à l'étranger, où cette autonomie est toutefois limitée au choix de la loi du siège social de la société ou de la succursale qui recrute et dirige le travailleur. Cependant, selon les propos du professeur Boutin, la jurisprudence a établi que, dans toutes les situations, l'employé pourra se prévaloir du principe de la loi la plus avantageuse, également connu sous le nom

[2675] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

de « principe *indubio pro operario* ». En ce sens, le travailleur pourra choisir la loi offrant la plus grande protection, pourvu que cela n'entraîne pas la renonciation à ses droits acquis[2676].

Le droit panaméen peut également s'appliquer en vertu de l'espace international panaméen. Comme l'explique le professeur Boutin, le droit panaméen s'applique à un navire battant pavillon panaméen, même si le contrat de travail des marins respectifs est soumis à une loi étrangère. Les lois maritimes panaméennes prévalent, s'appliquant « directement », sauf si une clause contractuelle plus favorable bénéficie au marin. Selon le professeur, cela s'applique en vertu de l'article 2 du Code du travail panaméen, qui consacre la territorialité et l'application des normes de travail panaméennes en toute circonstance[2677].

Enfin, l'article 89 du Code panaméen fait intervenir les lois de police et d'ordre public du for pour protéger les travailleurs. Selon cet article : « Dans tous les cas où une loi étrangère est applicable à la relation de travail, le tribunal pourra déclarer applicables des normes substantielles de l'ordre juridique national, s'il considère que ces normes sont *d'ordre public*, ou *de protection* pour des *groupes de travailleurs plus vulnérables*, *à condition qu'il soit démontré que cela servira l'intérêt de la justice* »[2678]. La condition posée — consistant à servir l'intérêt de la justice — introduit un critère supplémentaire, encadrant davantage ces mécanismes. Lorsqu'il s'agit d'appliquer une norme d'ordre public ou une loi de police destinée à protéger les travailleurs, le juge doit ainsi vérifier si son application répond effectivement à l'exigence de justice.

À notre sens, une telle exigence peut être interprétée en ce sens que le contrôle juridictionnel ne se limite pas à l'identification de règles contraires aux principes fondamentaux du for, mais tend également à assurer une justice matérielle dans le cas concret, en exigeant une violation *in concreto* de ces normes impératives. Cependant, cette condition supplémentaire peut aussi signifier un renforcement du caractère exceptionnel de l'application de ces normes protectrices, risquant aussi d'imposer aux juges une charge de justification plus exigeante, ce qui pourrait, *in fine*, affaiblir la protection des travailleurs. En outre, la mention expresse de « groupes de travailleurs plus vulnérables » soulève la question de savoir si certaines catégories de travailleurs considérés comme moins vulnérables, telles que les dirigeants ou les cadres, pourraient être exclues de cette protection. Malgré ces incertitudes, la doctrine panaméenne a considéré que la

[2676] G.I. Boutin, « El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño », *op. cit.*, p. 225.

[2677] *Ibid*, p. 225-226. L'art. 2 du Code de travail panaméen dispose le suivant : « Les dispositions du présent Code sont d'ordre public et obligent toutes les personnes, physiques ou morales, entreprises, exploitations et établissements qui se trouvent ou s'établissent sur le territoire national. » (Traduction libre de l'espagnol)

[2678] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

réglementation de protection « est étendue et garantit l'application des normes les plus favorables à tout type de relation de travail, qu'elle soit individuelle ou collective »[2679].

467. En *République dominicaine*, l'article 62 de la loi sur le droit international privé prévoit que les contrats de travail « sont régis par la loi du pays où le travail est habituellement effectué et, si cela ne peut être déterminé, par la loi du pays qui présente les liens les plus étroits »[2680]. À la différence du droit panaméen, le paragraphe de l'article 62 de la loi dominicaine permet de choisir la loi applicable pour les contrats de travail, mais seulement « dans la mesure où il ne réduit pas les normes de protection du droit du travail établies par la loi applicable précédemment »[2681], suivant ainsi l'approche du droit européen (art. 8.1, du Règlement Rome I).

468. En Uruguay, l'adoption d'une réglementation spécifique aux contrats individuels de travail constitue une innovation majeure qui rompt avec le cadre normatif antérieur. Cette évolution législative trouve son origine dans les difficultés rencontrées lors de l'application de l'article 2399 de l'ancien Code civil et des dispositions analogues du Traité de Montevideo de 1889 aux spécificités propres aux relations de travail[2682]. Le projet initial prévoyait simplement l'exclusion des contrats de travail de la réglementation de la loi. Cela signifiait qu'ils n'étaient pas régis par l'autonomie de la volonté des parties ni par des règles supplétives. Toutefois, le texte adopté a permis au travailleur de choisir la loi applicable parmi celles qui ont traditionnellement été retenues par la jurisprudence comme pertinentes[2683]. À cet égard, l'article 50, alinéa F, prévoit que, pour les contrats de travail individuels « liés par un lien de subordination », les parties peuvent choisir la loi applicable, ce choix étant toutefois limité aux lois suivantes : la loi du lieu d'*exécution du travail*, celle du *domicile du travailleur*, ou celle du *domicile de l'employeur*, selon le choix du travailleur[2684].

Deux situations ne sont pas abordées par la nouvelle loi uruguayenne : d'une part, la loi applicable en l'absence de choix exercé par le travailleur ; d'autre part, la détermination de la loi applicable aux contrats de « travail à distance », exclus expressément à l'alinéa E

[2679] G.I. Boutin, « El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño », *op. cit.*, p. 226 (traduction libre de l'espagnol).

[2680] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

[2681] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2682] Comme le rappellent les professeurs Fresnedo de Aguire et Idiarte, « d'un côté, la tendance naturelle du droit du travail à appliquer la norme la plus favorable au travailleur a amené les tribunaux à choisir la loi applicable selon ce critère, interprétant le point de rattachement « lieu d'exécution » de manière « *ad hoc* ». D'un autre côté, il a souvent été difficile de déterminer le lieu d'exécution des contrats de travail lorsque les entreprises exercent des activités dans de nombreux États et que les travailleurs doivent se déplacer d'un pays à l'autre (par exemple, des entreprises multinationales ou de navigation). Cf. C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 204.

[2683] *Ibidem.*

[2684] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

de l'article 50. Dans l'un ou l'autre de ces cas, sans oublier qu'il s'agit toujours de contrats de travail où les parties sont dans des situations d'inégalité, la doctrine souligna qu'il « ne paraît pas approprié de recourir à la règle générale de l'autonomie de la volonté », mais il conviendrait de recourir aux solutions subsidiaires, prévues aux articles 48 et 49 de la nouvelle loi générale[2685].

Cette position a été soutenue par les professeurs Cecilia Fresnedo de Aguirre et Gonzalo Lorenzo Idiarte qui, s'agissant de la détermination de la loi applicable aux contrats de travail en l'absence de choix des parties, ont relevé que :

> « L'exclusion des contrats visés à l'art. 50 de la réglementation prévue par les articles précédents de ce même chapitre part du principe que ces contrats font l'objet d'une autre solution, énoncée dans ce même art. 50. Cela s'explique par le fait que les rédacteurs ont expressément évité d'exclure purement et simplement ces contrats des normes antérieures — comme on l'a dit — et ont décidé de fixer expressément la loi qui leur est applicable. Ils n'ont pas voulu les laisser sans réglementation. L'exclusion intervient dans la mesure où une autre réglementation est posée. En l'absence d'une autre réglementation, et en l'absence de libre choix de la loi par le travailleur, s'appliquent les règles subsidiaires des articles 47, 48, lettre C, numéros 2 et 3, et 49 de la LGDIPr, lesquelles, bien que non exemptes de difficultés d'application aux relations de travail — comme cela a été le cas jusqu'à présent — n'en constituent pas moins essentiellement une solution *a priori*. »[2686]

Mais d'autres ont relevé qu'une telle interprétation se heurte à la lettre même de l'article 50, qui exclut expressément l'application du régime général aux contrats spéciaux, au nombre desquels figurent les contrats de travail[2687]. Selon cet avis, ce dispositif a précisément été introduit pour corriger les insuffisances reconnues des critères subsidiaires traditionnels, insuffisances qui profiteraient exclusivement à l'employeur si l'on revenait à la solution générale[2688]. Dès lors, en l'absence de choix, il existerait une lacune juridique que le juge devrait combler en appliquant les méthodes prévues à l'article 16 du Code civil, en ayant recours aux lois analogues, aux principes généraux du droit et à la doctrine la plus autorisée. Dans cette logique, le magistrat devrait opter, en l'absence de choix, parmi les lois que le travailleur aurait pu désigner (lieu d'exécution du travail, domicile de

---

[2685] C. González Pedrouzo, « Protección de la parte más débil en la Ley general de derecho internacional privado », *op. cit.*, p. 215 (traduction libre e l'espagnol).

[2686] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.,* p. 205 (traduction libre de l'espagnol).

[2687] En ce sens s'est manifesté Bruno J. Rivero. V. B.J. Rivero, « El contrato de trabajo en la Ley general de derecho internacional privado ley aplicable y juez competente », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado*: n° 19.920 del 17 de noviembre de 2020, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 401-414, spéc. p. 407-410. Selon l'art. 50 de la nouvelle loi générale, intitulé « Solutions spéciales » : « Les dispositions précédentes du présent chapitre ne sont pas applicables aux contrats suivants, même lorsqu'ils présentent un caractère international, lesquels seront régis par les règles indiquées ci-après ». Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[2688] B.J. Rivero, « El contrato de trabajo en la Ley general de derecho internacional privado ley aplicable y juez competente », *op. cit.*, p. 408.

l'employeur ou domicile du travailleur), pour celle qui, dans le cas concret, s'avère la plus favorable au salarié[2689].

Bien que cette interprétation renforce la protection des travailleurs, elle engendre une complexité accrue sur le plan pratique, alourdissant considérablement la tâche des juges qui devront, dans chaque cas concret, comparer à chaque fois trois systèmes juridiques afin de déterminer la loi la plus protectrice. En ce sens, nous rejoignons la doctrine des professeurs Fresnedo de Aguirre et Idiarte cités plus haut, lesquels rappellent que les critères subsidiaires devraient également s'appliquer aux contrats de travail en l'absence de choix des parties. Dans un tel cas, le juge pourrait toujours, en dernier recours, recourir aux mécanismes des lois de police ou à l'exception d'ordre public pour garantir la protection des travailleurs dans chaque situation particulière.

En ce qui concerne les contrats de travail « à distance », la loi ne définit pas ce que recouvre précisément cette notion, terme qui, comme l'a souligné la doctrine, « n'a pas été des plus heureux »[2690]. Il a, ainsi, été souligné que cette norme ne se réfère pas « aux contrats conclus à distance », mais plutôt « aux contrats dont l'exécution se fait à distance »[2691]. Plus précisément, les professeurs Cecilia Fresnedo de Aguirre et Gonzalo Lorenzo Idiarte ont souligné qu'« il ne s'agit pas de réglementer les contrats dans lesquels l'employeur a son domicile dans un État et le travailleur dans un autre, ou lorsque le travail s'effectue en dehors des domiciles ou résidences habituelles des parties, qui pourraient aussi être considérés comme des contrats "à distance" ». Il est question plutôt « des cas où le lieu d'exécution du travail importe peu, ou ne peut être identifié de quelque manière que ce soit, ou bien les effets ne se produisent pas en un seul lieu »[2692]. Ils citent comme exemple des travaux éditoriaux, des travaux de développement de logiciels réalisés dans le cloud, etc. Bien que les raisons de ne pas admettre dans ces cas le choix de la loi par les parties, soient inconnues, voire discutables, selon les professeurs cités, il faut également recourir aux rattachements subsidiaires des articles 48 et 49, pour les mêmes raisons que dans les autres cas où le travailleur ne choisit pas la loi applicable[2693].

[2689] V. B.J. Rivero, « El contrato de trabajo en la Ley general de derecho internacional privado ley aplicable y juez competente », *op. cit.*, p. 407-410. Selon l'auteur : « Je comprends donc que, dans le cas où le travailleur n'a pas eu la possibilité de choisir la loi applicable à son contrat de travail, c'est au juge qu'il revient de déterminer laquelle des trois lois, parmi celles que le travailleur aurait pu choisir, est la plus favorable pour lui et de pallier l'absence de choix en l'appliquant au cas concret. Ce n'est qu'ainsi que le précepte légal pourra être respecté et que l'application de la loi ne sera pas laissée à la décision de l'employeur d'autoriser ou non le travailleur à choisir la législation applicable ». (*Ibid*, p. 410, traduction libre de l'espagnol).

[2690] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.*, p. 206 (traduction libre de l'espagnol).

[2691] B.J. Rivero, « El contrato de trabajo en la Ley general de derecho internacional privado ley aplicable y juez competente », *op. cit.*, p. 410.

[2692] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.,* p. 206 (traduction libre de l'espagnol).

[2693] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol) ; dans le même sens, v. B.J. Rivero, « El contrato de trabajo en la Ley general de derecho internacional privado ley aplicable y juez competente », *op. cit.*, p. 410-411.

B. Protection des parties faibles en dehors d'un régime spécial de droit international privé

469. Certains pays latino-américains, même en l'absence de législation explicite, excluent les contrats internationaux de travail du champ de l'autonomie de la volonté. Tel est notamment le cas de la Bolivie, de Cuba, et de l'Équateur, où la protection des travailleurs est soumise à des régimes protecteurs de source interne[2694].

470. Au *Brésil*, la législation nationale ne comporte aucune disposition expresse concernant la loi applicable aux contrats internationaux de travail. Toutefois, la jurisprudence, comme nous l'avons déjà analysé lors de l'étude du Code Bustamante[2695], adopte une application systématique de la loi brésilienne, jugée plus favorable au travailleur dans le cadre de contrats de travail internationaux. Cette tendance s'appuie non seulement sur des critères de proximité, mais surtout sur des principes relatifs aux droits de l'homme, notamment le principe *pro homine*, afin d'assurer une protection renforcée des travailleurs. L'article 30 du nouvel Avant-projet de loi générale de droit international privé (2025), actuellement en discussion dans le pays, introduit une disposition spécifique aux contrats de travail. Selon l'article 30 de ce projet, « *Sauf en cas d'abus*, les contrats individuels de travail sont régis par le droit choisi par les parties ». Le projet accepte ainsi l'autonomie de la volonté, tout en la limitant à des cas « d'abus », sans qu'il soit précisé, toutefois, ce qui peut être considéré comme un abus.

Malgré cette limitation générale aux hypothèses d'« abus », dont la détermination n'est pas précise, l'Avant-projet ne prévoit aucune autre restriction au choix de la loi applicable. Ainsi, il n'impose pas, par exemple, le respect des lois impératives qui seraient objectivement applicables au rapport de droit. Cette absence de contraintes supplémentaires contraste avec le régime applicable en l'absence de choix, où l'Avant-projet semble accorder une protection plus étendue aux parties. En effet, le paragraphe 1 de l'article 30 énonce que le droit le plus favorable au travailleur parmi une liste de lois prédéterminées s'applique. Il peut s'agir du lieu d'exécution de son activité professionnelle, du domicile du travailleur, du domicile ou de l'établissement de l'employeur « selon le cas » ou du lieu de conclusion du précontrat. Le juge devra ainsi procéder, dans chaque cas d'espèce, à une analyse comparative des quatre lois énumérées afin d'identifier celle qui présente le caractère le plus favorable au travailleur.

Le projet accepte un choix postérieur, établissant, au paragraphe 2, que : « Il appartiendra au travailleur d'indiquer *[caberá ao trabalhador indicar]*, dans la requête introductive de l'action portée devant la juridiction brésilienne, l'ordre juridique qu'il souhaite voir appliquer par le tribunal », indiquant encore une présomption d'application de la loi

---

[2694] Cf. réponse de ces pays au questionnaire envoyé par l'OEA, *in* OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil, op. cit.*, p. 44 et s., spéc. p. 49 (Bolivie), p. 51 (Cuba) et p. 51-52 (Équateur).

[2695] V. *supra* n° 244.

brésilienne en cas de silence : « en cas d'omission, le juge pourra présumer que la législation brésilienne est la plus favorable ». Enfin, le paragraphe 3 de l'article 30 interdit le dépeçage stipulant que : « En toutes hypothèses, le droit applicable régira tous les aspects du contrat de travail »[2696].

Le paragraphe 2 de l'article 30 nous paraît quelque peu contradictoire avec le paragraphe 1, qui indique que le juge devra, dans chaque cas concret, appliquer la loi la plus favorable au travailleur. En effet, alors même que l'Avant-projet confie au juge la tâche de rechercher la loi la plus favorable parmi les quatre lois indiquées, il exige simultanément que le travailleur désigne lui-même la loi qu'il souhaite voir appliquée lors de la procédure. Cette exigence transfère ainsi la responsabilité du choix à la partie réputée la plus faible. Malgré l'ambiguïté de la formule, l'expression « *caberá ao trabalhador indicar* » (« il appartiendra au travailleur d'indiquer »), elle paraît plutôt imposer au travailleur une charge procédurale. Le verbe « appartiendra », conjugué au futur de l'indicatif, revêt donc une valeur prescriptive : il exprime une obligation légale qui incombe au travailleur. Or, si l'objectif poursuivi est bien d'assurer l'application de la loi la plus favorable et de garantir la protection du travailleur — comme le suggère le paragraphe 1 —, confier à ce dernier le soin d'opérer ce choix présente un risque manifeste : rien ne garantit qu'il désignera effectivement la loi qui lui est la plus avantageuse.

Quelle serait l'attitude du juge s'il choisit une loi plus stricte entre celles possibles d'être choisies ? Respectera-t-il son choix ? Par ailleurs, si cette partie mérite protection en raison de sa faiblesse structurelle, il nous paraît excessif de lui imposer cette charge de comparer les lois afin de choisir la plus favorable. Une telle exigence ne se justifierait que si l'on abandonnait l'objectif protecteur au profit d'une logique fondée uniquement sur l'autonomie de la volonté, la partie demeurant alors libre de choisir la loi qu'elle estime, à tort ou à raison, la plus appropriée.

Enfin, la présomption selon laquelle la loi brésilienne serait toujours la plus favorable en l'absence de manifestation du travailleur nous paraît également problématique. Cette présomption repose uniquement sur la proximité géographique du juge, et non sur celle des parties ou du contrat. Dans une telle hypothèse, ne conviendrait-il pas que le juge revienne simplement au paragraphe 1 et procède à une comparaison des lois en présence afin de déterminer la plus favorable, sans qu'aucune présomption n'intervienne ? Bien que cette démarche comparative soit exigeante (et ne nous paraît la meilleure solution à retenir), elle correspond davantage à l'objectif affiché du projet, à savoir garantir la meilleure protection possible au travailleur. Par ailleurs, il n'est pas exclu que la loi brésilienne présente peu de liens avec la relation contractuelle considérée, n'étant ni la plus favorable matériellement ni la plus étroitement liée au contrat sur le plan géographique. Dans ce cas, ni la justice matérielle ni la justice conflictuelle ne seraient satisfaites. Certes, l'Avant-projet présente cette solution comme une simple *présomption*. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence révèle que les juges partent fréquemment du

[2696] Avant-projet de loi générale de droit international privé (2025) (traduction libre du portugais).

postulat selon lequel la loi brésilienne, en tant que *lex fori*, est la plus favorable. Il existe donc un risque que, en pratique, la loi brésilienne du for soit systématiquement appliquée par un souci de commodité.

471. Au *Mexique*, conformément à l'article premier de la Loi fédérale du travail, cette législation « est d'application générale sur tout le territoire de la République […] »[2697]. La doctrine nationale interprète ainsi que « le champ territorial d'application du droit du travail couvre la superficie géographique correspondant à notre pays […] et, par conséquent, *a contrario*, elle ne serait pas obligatoire en dehors de cette zone »[2698]. Cette conception a été confirmée par un arrêt du troisième Tribunal collégial du travail du quatrième circuit, rendu le 18 octobre 2006, qui a jugé, à la majorité, que la législation mexicaine du travail ne s'appliquait pas à un salarié travaillant et résidant à l'étranger. Au contraire, « celle-ci s'applique sur le territoire national » et « elle est donc inapplicable en dehors de celui-ci, afin de ne pas porter atteinte au principe de territorialité, selon lequel la réglementation applicable est celle du territoire dans lequel les actes sont accomplis »[2699].

Toutefois, il est également admis que certaines dispositions du droit du travail mexicain revêtent un caractère impératif et doivent s'appliquer même lorsque le travail est exécuté à l'étranger. Tel est par exemple le cas de l'article 197 de la Loi fédérale du travail, selon lequel, pour les services fournis par des travailleurs mexicains à bord de navires étrangers, on doit se référer à l'article 28 de la même loi. Ce dernier énonce diverses règles matérielles applicables à l'exécution de prestations par des travailleurs mexicains à l'extérieur de la République, à la condition que ceux-ci aient été recrutés sur le territoire national et que leur contrat de travail soit soumis au droit du travail mexicain. D'autre part, s'agissant des membres d'équipage travaillant à bord d'aéronefs civils immatriculés au Mexique, la doctrine relève qu'en raison des particularités du service, fréquemment assuré en dehors du territoire national dans le cadre de vols internationaux, le droit applicable serait « un statut personnel et non territorial »[2700]. En fait, l'article 217 de la Loi fédérale du travail précise que les relations de travail des équipages d'aéronefs « sont régies par la législation mexicaine, indépendamment du lieu où les services sont fournis »[2701]. Ainsi, il existe des situations prévues par la Loi fédérale du travail qui donnent lieu à « l'application

[2697] Mexique, Loi fédérale du travail, nouvelle loi publiée au Journal officiel de la Fédération le 1er avril 1970, dernière réforme publiée le 12 juin 2015 (traduction libre de l'espagnol).

[2698] C.A. Puig Hernandez, « Las normas internacionales de la Ley Federal del Trabajo », in P. Kurczyn Villalobos, R. Tena Suck (coords.), *Tema selectos de derecho laboral*, Liber amicorum: homenaje a Hugo Ítalo Morales Saldaña, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, p. 425-462, p. 425-426 (traduction libre de l'espagnol).

[2699] Tesis IV.3o.T.239 L., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, décembre 2006, p. 1269, cité par *Ibid*, p. 426 (traduction libre de l'espagnol).

[2700] C.A. Puig Hernandez, « Las normas internacionales de la Ley Federal del Trabajo », *op. cit.*, p. 445 (traduction libre de l'espagnol).

[2701] Mexique, Loi fédérale du travail, nouvelle loi publiée au Journal officiel de la Fédération le 1er avril 1970, dernière réforme publiée le 12 juin 2015 (traduction libre de l'espagnol).

extraterritoriale du droit du travail mexicain, illustrant une dérogation au principe de territorialité »[2702].

472. En *Colombie*, bien qu'il n'existe pas, à proprement parler, une exclusion de l'autonomie de la volonté en matière de contrats de travail, il convient de noter que l'article 2 du Code du travail dispose que « Le présent Code s'applique sur tout le territoire de la République à tous ses habitants, sans distinction de nationalité »[2703]. Cette disposition a été considérée comme une manifestation du principe de « territorialité absolue » (principe *lex loci solutionis*), selon lequel la loi applicable est celle du lieu où s'exécute le contrat de travail[2704]. Cependant, il a aussi été affirmé que « ce principe n'exclurait pas la possibilité pour les parties de choisir le droit applicable au contrat de travail dans des cas spécifiques, comme indiqué par la jurisprudence »[2705].

En ce sens, la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour suprême de justice colombienne a jugé, à plusieurs reprises, que, malgré le principe de la *lex loci executionis* énoncé à l'article 2 du Code du travail, la loi colombienne continue de s'appliquer lorsque le travailleur exécute son activité en Colombie, mais accomplit des prestations temporaires à l'étranger, c'est-à-dire « dans le cas où l'employé est contraint de quitter accidentellement le pays pour des raisons liées au service promis et pendant des périodes plus ou moins longues et fréquentes, sans cesser d'être résident du territoire national, et sans que soit modifié le lieu où s'exerce l'activité patronale nécessitant le service du travailleur »[2706]. En revanche, la Cour précisa également que, lorsque ce transfert devient définitif, c'est-à-dire que le travailleur « se voit contraint d'établir sa résidence dans ce nouveau lieu », la loi colombienne cesse alors de s'appliquer[2707].

[2702] C.A. Puig Hernandez, « Las normas internacionales de la Ley Federal del Trabajo », *op. cit.*, p. 446 (traduction libre de l'espagnol).

[2703] Colombie, Code substantif du travail (*Código Sustantivo del Trabajo*), du 7 juin 1951 (traduction libre de l'espagnol).

[2704] V., en particulier, Colombie, CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia n° 9003, 15 avril 1997, occasion où la Cour a posé comme principe général le principe de territorialité absolue de l'article 2 du Code de travail colombien : « La Cour a soutenu à plusieurs reprises, comme le rappelle le moyen, la thèse de la territorialité absolue selon le principe dénommé *lex loci solutionis*. Selon ce principe, la loi applicable est celle du territoire où le contrat est exécuté ». V., aussi, Colombie, CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia n° 10661, 28 mai 1998, où la Cour a confirmé ce raisonnement, précisant : « cette Chambre a confirmé dans ses récentes décisions l'application de la loi colombienne aux contrats exécutés sur le territoire national, ce qui correspond non seulement à ce que dispose clairement l'article 2 du Code Substantiel du Travail, mais obéit également à un principe d'ordre et de respect entre les législations des différents pays, qui s'oppose à la possibilité d'application simultanée de lois différentes à l'intérieur du territoire d'une même république. » (Traduction libre de l'espagnol).

[2705] Cf. réponse de la Colombie au questionnaire envoyé par l'OEA, *in* OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil*, *op. cit.*, p. 50-51.

[2706] Colombie, CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia n° 9003, 15 avril 1997 ; CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia n° 10661, 28 mai 1998 ; et CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia n° 10461, 22 novembre 1998 (traduction libre de l'espagnol).

[2707] Selon la Cour, « dès lors que le travail du salarié est requis pour une activité, un commerce, un établissement ou une entreprise qui se développe en dehors du territoire national et que, de surcroît, il se voit contraint de fixer sa résidence dans ce même lieu, l'application de la loi du travail colombienne devient, sans le moindre doute,

Par ailleurs, la Cour a déjà considéré, à plusieurs reprises, qu'« en principe, la volonté des parties ne détermine pas, à elle seule, la norme applicable, cette dernière relevant d'une question de souveraineté définie par la loi elle-même », de sorte que les contractants « n'ont pas la compétence pour convenir qu'ils sont inclus ou exclus du champ d'application du statut du travail colombien »[2708].

Toutefois, dans un arrêt du 28 mai 1998, la Cour a aussi reconnu que le principe de la territorialité absolue inscrit à l'article 2 du Code substantiel du travail « n'exclut pas la possibilité d'examiner des situations particulières dans lesquelles la prise en compte des accords convenus par les parties au contrat de travail ne constitue pas une contradiction, ni une transgression, des normes en vigueur dans le pays » ; et que le choix de la loi applicable est ainsi admissible pour autant qu'il ne porte pas atteinte « aux principes et préceptes propres à notre droit »[2709]. La Cour souligna aussi que les règles relatives au contrat de travail « sont d'ordre public et lient les contractants au-delà de ce qu'ils ont convenu », de sorte qu'il est « impossible de méconnaître les droits prévus par la loi en faveur du salarié, et sont seulement admissibles les accords entre les parties qui respectent les principes de cette loi ou améliorent les conditions qu'elle prévoit comme seuil minimum de protection de l'employé »[2710]. En définitive, ces principes ont conduit la Cour à considérer la loi colombienne comme applicable au contrat conclu à Houston (État du Texas, États-Unis) pour fournir des services de direction de la succursale d'une société nord-américaine à Bogotá (Colombie), malgré le choix contesté des parties de la loi du Texas. Selon la Cour, « la croyance que la loi colombienne n'était pas applicable au cas ne démontre pas une conduite de bonne foi, puisque cela relève d'une méconnaissance flagrante de *dispositions d'ordre public* qui, en tant que telles, *priment sur la volonté des parties*, y compris la *disposition impérative* contenue à l'article 2 du Code du travail, qui impose que les contrats de travail exécutés en Colombie soient régis par la loi colombienne »[2711]. En bref, nous pouvons conclure de cet arrêt que, lorsque le contrat est entièrement exécuté en Colombie, le choix de la loi applicable est admissible uniquement s'il ne contrevient pas aux principes d'ordre public du for et s'il est plus favorable que la loi colombienne du lieu d'exécution du contrat, considérée comme le seuil minimum de protection.

En revanche, dans un arrêt du 22 novembre 1998, la Cour considéra que la volonté des parties peut, selon la Cour, « s'avérer décisive *dans la résolution des cas douteux*, notamment lorsque demeure incertaine la véritable résidence du salarié, le siège de l'activité de l'entreprise à laquelle il doit fournir sa force de travail, ou toute autre

---

inopérante ». Cf. Colombie, CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia n° 10461, 22 novembre 1998 (traduction libre de l'espagnol).

[2708] V., p. ex., Colombie, CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia n° 10661, 28 mai 1998 ; et CSJ Sala de Casación Laboral, Sentencia n° 10461, 22 novembre 1998 (traduction libre de l'espagnol).

[2709] CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia n° 10661, 28 mai 1998 (traduction libre de l'espagnol).

[2710] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2711] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol. Orignal sans italiques).

circonstance de fait permettant de déterminer la loi applicable »[2712]. À cette occasion, la Cour décida que la loi colombienne ne s'appliquait pas aux travaux effectués à l'étranger par un salarié initialement embauché en Colombie, où il avait exercé ses fonctions pendant plus de vingt ans, avant d'être transféré à San Juan de Porto Rico, lieu où il s'était établi avec sa famille pour occuper, au sein d'une succursale étrangère de la même société, le poste de gérant régional, qu'il a exercé pendant plus de deux ans. La Cour a ainsi estimé, en application de l'article 2 du Code substantiel du travail, « qu'il n'y avait donc pas lieu d'appliquer la loi du travail colombienne à cette relation de travail », décision qui, comme l'a souligné la Cour, a également été corroborée par la manifestation de la volonté des parties lors d'une audience de conciliation judiciaire[2713]. Ainsi, dès lors que le travailleur a été transféré de manière « définitive », la loi du lieu où il a été transféré s'appliquerait au contrat, d'autant plus que le travailleur avait manifesté sa volonté en ce sens. Dans ce cas, il ne serait procédé à aucune comparaison pour déterminer si cette loi est plus favorable au travailleur.

En outre, dans un arrêt du 28 juin 2001, la même Cour confirma le principe général de l'application de la loi du lieu où le travail a été exécuté, tout en acceptant expressément que les parties puissent en décider autrement. Selon l'arrêt, « conformément à la jurisprudence majoritaire de la Cour concernant l'application de la loi dans l'espace, le principe général est que, selon l'article 2 du Code substantiel du travail, la législation colombienne ne s'applique pas aux services rendus à l'étranger, sauf si la continuité de la subordination depuis la Colombie est évidente ou si les parties elles-mêmes décident expressément la soumission à la législation colombienne pendant cette période. Dans ce dernier cas, l'employeur contracte une obligation dont la source est sa propre volonté, sans qu'aucun obstacle ne l'empêche de s'y engager. Il préserve ainsi les principes d'autonomie de la volonté, de bonne foi et de loyauté ». Les parties ne peuvent donc pas « s'y opposer ni la méconnaître »[2714]. Ainsi, pour les services rendus à l'étranger, la loi colombienne s'appliquera uniquement dans deux hypothèses : premièrement, lorsque le salarié, embauché en Colombie, continue d'être soumis à une relation de subordination depuis ce pays, sans que ne soit précisée la durée des services effectués à l'étranger (mais ce qui suggère une notion de temporalité implicite) ; deuxièmement, lorsque les parties choisissent la loi colombienne comme applicable, cette fois sans qu'il soit exigé que celle-ci soit plus favorable que la loi du lieu d'exécution. Ainsi, la loi colombienne pourra s'appliquer pour les cas de travailleurs transférés à l'étranger, même si elle est moins favorable que celle du lieu d'exécution effectif du travail.

473. Au *Venezuela*, la Loi organique du travail, des travailleurs et des travailleuses dispose à son article 3 (ancien article 10 de la Loi organique du travail) que ses dispositions

[2712] Colombie, CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia n° 10461, 22 novembre 1998 (traduction libre de l'espagnol ; orignal sans italiques).

[2713] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2714] Colombie, CSJ, Sala de Casación Laboral, Sentencia n° 15468, 28 juin 2001 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

s'appliquent à « des situations et des relations de travail développées à l'intérieur du territoire national », régissant « les Vénézuéliens, Vénézuéliennes, étrangers et étrangères en ce qui concerne le travail exécuté ou convenu dans le pays et, en aucun cas, elles ne peuvent être renoncées, ni atténuées, par des conventions particulières »[2715]. L'article précise encore, au second alinéa, que « Sont également applicables les dispositions de cette loi aux travailleurs et travailleuses embauchés au Venezuela pour fournir des services à l'étranger »[2716]. Cette disposition est considérée comme une norme impérative, ce qui signifie que, lorsque le travail est exécuté ou convenu au Venezuela, le droit vénézuélien s'applique impérativement, et ce, même si le travailleur est ultérieurement transféré à l'étranger. En revanche, en dehors de ces situations, le contrat de travail serait soumis aux règles générales applicables aux contrats, parmi lesquelles le principe fondamental de l'autonomie conflictuelle[2717].

Cette interprétation trouve son fondement dans la jurisprudence du Tribunal suprême de justice du Venezuela, plus précisément au niveau de sa Chambre de cassation sociale[2718]. Ainsi, dans une affaire concernant un travailleur argentin employé par une société américaine dont le siège social se trouvait dans l'État de l'Illinois, et exerçant son activité en Argentine dans l'une des sociétés du groupe nord-américain, puis, transféré successivement au Guatemala et au Venezuela, la Chambre de cassation sociale a reconnu la portée territoriale de la loi du travail. Elle a ainsi confirmé que la loi vénézuélienne s'applique, conformément à l'ancien article 10 de la Loi organique du travail (actuel art. 3), « uniquement au travail exécuté sur le territoire vénézuélien »[2719]. Elle a néanmoins admis que, pour le travail exécuté à l'étranger, les parties pouvaient choisir la loi applicable

---

[2715] Venezuela, Loi organique du travail, des travailleurs et des travailleuses, publié dans la Gazette officielle n° 6 076 en date du 7 mai 2012 (traduction libre de l'espagnol).

[2716] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2717] Cf. réponse de ce pays au questionnaire envoyé par l'OEA, *in* OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil*, *op. cit.*, p. 61. À ce sujet, v. aussi N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 211.

[2718] Pour une analyse de la jurisprudence vénézuélienne antérieure à 2010 à ce sujet v. N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 211-212. L'auteure affirme que « La jurisprudence nationale est assez confuse sur cette question, mais, en général, l'applicabilité des lois étrangères est exclue pour la réglementation des contrats ou des relations de travail développés, même partiellement, sur le territoire national ». Elle mentionne cependant, la doctrine nationale (C.A. Felce) qui soutient au contraire que les parties devraient être libres de choisir la loi applicable à leur contrat de travail et que celle-ci devrait même prévaloir sur les règles impératives du droit vénézuélien, sur la base de l'art. 89, para. 3, de la Constitution (traduction libre de l'italien).

[2719] En mentionnant la jurisprudence antérieure, la Cour constate que : « La loi vénézuélienne est d'application territoriale pour les services convenus ou rendus au Venezuela. Le critère mentionné comprend deux hypothèses : travail convenu au Venezuela, ce qui rend applicable le droit vénézuélien pour toute la durée du contrat de travail, même si le service est rendu en dehors du territoire vénézuélien (arrêt n° 377 du 26 avril 2004, affaire : Frederick Plata c. General Motors Venezolana C.A.) ; et travail rendu au Venezuela, où le droit vénézuélien s'applique uniquement pour la période travaillée au Venezuela, lorsque le service est convenu hors du pays (arrêt n° 223 du 19 septembre 2001, affaire : Robert Cameron Reagor c. Compañía Occidental de Hidrocarburos, Inc. ou Compañía Occidental de Hidrocarburos OXY). Cf. Venezuela, TSJ, Sala de Casación Social, Aclaratoria y Ampliación, Caracas, 9 août 2005 (Enrique Emilio Álvarez Centeno c. Sociedades Mercantiles Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A.) (traduction libre de l'espagnol).

au contrat de travail. En l'occurrence, la Cour, en constatant l'inexistence d'un choix de loi fait par les parties, a procédé à un découpage et a soumis les différentes phases du contrat à la loi de leur lieu d'exécution habituelle. Ainsi, la loi argentine s'appliquerait au travail effectué en Argentine, tandis que la législation guatémaltèque régirait les tâches accomplies au Guatemala. Toutefois, cette application distributive serait soumise à la condition que ces lois étrangères ne contreviennent pas à l'ordre public vénézuélien. Selon l'arrêt :

> « Conformément à l'article 10 de la Loi organique du travail, la loi vénézuélienne s'applique à la période travaillée au Venezuela ; en application de la Loi de droit international privé, et en l'absence de définition par la volonté des parties du droit applicable à la relation de travail, conformément à la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé — signée et ratifiée par le Venezuela, l'Argentine et le Guatemala — ainsi qu'à la Loi de droit international privé, la Chambre examina le droit du travail argentin et guatémaltèque et a conclu que ces législations n'étaient pas contraires aux principes constitutionnels, ni à l'ordre public régissant le système juridique vénézuélien. C'est pourquoi elle déclara applicable le droit argentin pour la période travaillée en Argentine et le droit guatémaltèque pour la période travaillée au Guatemala. »[2720]

Des arrêts ultérieurs ont également confirmé le critère constant, adopté par la chambre sociale, selon lequel, dans les cas où la relation de travail a été « exécutée » ou « convenue » au Venezuela (ce dernier cas incluant la situation où le travailleur est ensuite transféré à l'étranger), la législation vénézuélienne demeure applicable[2721].

[2720] Venezuela, TSJ, Sala de Casación Social, Aclaratoria y Ampliación, Caracas, 9 août 2005 (Enrique Emilio Álvarez Centeno c. Sociedades Mercantiles Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A.). Cet arrêt a été rendu après une demande des parties de clarification et d'élargissement d'un jugement rendu par la même Chambre le 14 décembre 2004. Dans ce premier arrêt, la Chambre de cassation sociale a cité l'article 7 de la Convention interaméricaine sur les règles générales de droit international privé, signée et ratifiée par le Venezuela, l'Argentine et le Guatemala, qui prévoit que « les situations juridiques valablement créées dans un État partie, conformément à toutes les lois auxquelles elles sont liées au moment de leur création, seront reconnues dans les autres États parties, à condition qu'elles ne soient pas contraires aux principes de leur ordre public ». Elle en a déduit que, « conformément à cet article de la Convention interaméricaine, le Venezuela peut reconnaître les droits du travailleur pour les services rendus à l'étranger, dès lors qu'ils ne contreviennent pas aux principes d'ordre public ». À cet égard, la Chambre a jugé que les législations du travail argentine et guatémaltèque applicables dans l'espèce « n'étaient pas contraires à l'ordre public et correspondent aux principes constitutionnels consacrés relatifs au droit du travail ». Elle en a conclu que « les droits acquis par le travailleur pour la période de service effectuée en Argentine et au Guatemala sont ainsi reconnus. » (Traduction libre de l'espagnol).

[2721] V., en particulier, les arrêts du TSJ de la Chambre de cassation sociale n° 1513 du 17 décembre 2012, affaire *Gustavo Enrique Pérez Nation c. société commerciale Procter & Gamble de Venezuela, S.C.A.*, où il a été décidé d'appliquer la loi vénézuélienne à une relation de travail conclue au Venezuela, où le travailleur avait initialement travaillé, ce dernier ayant par la suite été transféré à l'étranger pour continuer à fournir ses services. Selon l'arrêt : « Conformément à l'article 10 de la Loi Organique du Travail (1997) applicable *ratione temporis*, les dispositions de la loi en question sont d'ordre public et d'application territoriale ; en conséquence, elles régissent les Vénézuéliens et étrangers à l'occasion du travail exécuté ou convenu dans le pays, et ne peuvent en aucun cas être renoncées ni atténuées par des conventions particulières, sauf celles qui, par leur propre contexte, révèleraient l'intention du législateur de ne pas leur conférer un caractère impératif » ; et n° 1202 du 23 novembre 2016, affaire « Hugo Fernando Silva Parada c. Autodesk, Inc. », selon lequel : « conformément à la Constitution de la République bolivarienne du Venezuela, à la Loi organique du travail et à son Règlement, ainsi qu'à l'article 10 de la Loi organique du travail de 1997 — applicable *ratione temporis* —, qui établit que les dispositions de cette loi sont

Ce raisonnement a également été adopté dans un arrêt récent de la Chambre de cassation sociale du Tribunal suprême de justice, rendu le 6 juin 2023, dans l'affaire *Roberto José Lares Lleras c. Sociedades Mercantiles Mitsubishi Heavy Industries, Ltd. et autres*[2722]. Dans cet arrêt, la Cour confirma que, « conformément au critère réitéré de cette Chambre, dans les cas où la relation de travail a été exécutée ou convenue au Venezuela, la législation du travail vénézuélienne s'appliquera »[2723]. Toutefois, cet arrêt apporte une précision importante par rapport à la jurisprudence antérieure, notamment en ce qui concerne l'autonomie de la volonté des parties et l'application conditionnelle des lois étrangères.

L'affaire concernait un contrat de travail conclu et initialement exécuté au Venezuela pendant près de dix-sept ans, puis poursuivi en Colombie pour une période d'environ trois ans. La Chambre de cassation sociale entama son analyse par la détermination du droit applicable à la relation de travail, ce qui nécessite, d'après elle, préalablement d'identifier s'il s'agit d'une seule relation de travail exercée dans plusieurs pays ou de plusieurs relations distinctes. La Chambre a admis qu'il s'agissait d'une unique relation de travail, exercée à la fois au Venezuela et en Colombie, laquelle s'est achevée par un licenciement sans juste cause. Pour déterminer quelle est la loi applicable à cette relation de travail, la Chambre a consulté la disposition de l'article 3 de la Loi organique du travail, des travailleurs et des travailleuses, et a conclu qu'elle :

> « […] La disposition en matière de travail transcrite ci-dessus délimite le champ d'application de la loi au travail effectivement exécuté ou convenu au Venezuela pour être accompli par des Vénézuéliens à l'étranger, c'est-à-dire, elle établit l'application de deux principes juridiques — *lex loci executionis* et *lex loci celebrationis* — pour régir les situations juridiques découlant d'une relation de travail. Le premier régit celles qui naissent à l'occasion du travail accomplit au Venezuela ; en d'autres termes, la détermination de la Loi dépendra du lieu où le contrat de travail est exécuté, c'est-à-dire sur le territoire national. Le second principe régit la situation juridique du travail convenu au Venezuela pour être exécuté hors du territoire national, à condition qu'il s'agisse d'un salarié vénézuélien. »[2724]

---

d'ordre public et d'application territoriale et régissent les Vénézuéliens et les étrangers à l'occasion du travail exécuté ou convenu dans le pays, qui en aucun cas ne peuvent être renoncées ni atténuées par des conventions particulières, sauf celles qui, par leur propre contexte, révèlent l'intention du législateur de ne pas leur conférer un caractère impératif, la législation du travail vénézuélienne doit s'appliquer à toute relation comprise dans ces hypothèses, à savoir, "[…] aux Vénézuéliens et aux étrangers à l'occasion du travail exécuté ou convenu dans le pays […]". Ainsi, dans la présente affaire, la législation du travail vénézuélienne est applicable uniquement pour la période pendant laquelle le travailleur a exercé ses fonctions pour l'entreprise demanderesse sur le territoire national, c'est-à-dire pour le service exécuté au Venezuela, même si le travailleur est étranger ; elle s'applique aussi pour la période où le travailleur a exécuté ses services aux États-Unis, puisque l'exécution de ses fonctions dans ce pays a été convenue au Venezuela, où il se trouvait avant son transfert. Elle n'est pas applicable pour la période où il a travaillé à Mexico, puisque ses tâches n'ont été ni exécutées ni convenues au Venezuela. » (Traduction libre de l'espagnol).

[2722] Venezuela, TSJ, Sala de Casación Social, Recurso de casación, Caracas, 6 juin 2023 (*Roberto José Lares Lleras c. Sociedades Mercantiles Mitsubishi Heavy Industries, Ltd. et autre*s).

[2723] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2724] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

Toutefois, la Chambre sociale assouplit cette règle en autorisant l'application d'une loi étrangère lorsque le contrat est exécuté à l'étranger, sous réserve que celle-ci s'avère plus favorable au travailleur. Selon l'arrêt :

> « Toutefois, selon la position de cette Chambre et sur la base de la liberté des parties de fixer les stipulations et le contenu du contrat de travail, pourvu que ne soit pas méconnu le caractère impératif et protecteur de la législation du travail, les parties peuvent bien convenir au Venezuela de la prestation d'un service à l'étranger ; ce service sera alors régi par la loi vénézuélienne, et ce n'est que lorsque la loi étrangère serait plus favorable que ce qui a été convenu qu'elle, la loi du travail nationale, céderait devant l'application casuistique de la loi étrangère. »[2725]

La Chambre expliqua que ce critère se justifie par le principe de l'autonomie des parties, dans un raisonnement s'apparentant davantage à la doctrine argentine du professeur Boggiano sur l'autonomie matérielle de droit international privé qu'à une véritable autonomie conflictuelle[2726]. Selon l'arrêt, ce critère s'appuie sur l'idée que « le contrat de travail conclu au Venezuela comme loi entre les parties est d'abord régi par les stipulations convenues entre les parties, puis par les dispositions de la législation du travail vénézuélienne, considérée comme supplétive de ce qui n'est pas expressément prévu par les contractants, ou substitutif de ce qui est stipulé si l'accord viole les règles d'ordre public »[2727]. Enfin, le cas échéant, « les dispositions des lois en vigueur dans le pays étranger où le travail a été effectivement exécuté s'appliquent, *à condition qu'elles soient plus favorables au travailleur* »[2728].

Enfin, citant le professeur Rafael Alfonzo Guzmán, la Chambre affirma que l'article 3 précité « prévoit deux cas de figure entraînant l'application de la législation du travail vénézuélienne, à savoir le travail exécuté et le travail convenu au Venezuela, et, comme le cas concret relève de ces deux hypothèses, il est régi par les lois vénézuéliennes »[2729]. Par conséquent, la Cour en conclut que la protection assurée par la loi vénézuélienne s'étend aux services rendus à l'étranger « du fait de cette continuité du lien de travail », et que cette loi doit être appliquée « pendant toute la durée du contrat de travail »[2730].

[2725] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2726] Sur la doctrine du professeur Boggiano au sujet de l'autonomie matérielle de droit international privé, v. *supra* n° 116.

[2727] Venezuela, TSJ, Sala de Casación Social, Recurso de casación, Caracas, 6 juin 2023 (Roberto José Lares Lleras c. Sociedades Mercantiles Mitsubishi Heavy Industries, Ltd. et autres) (traduction libre de l'espagnol).

[2728] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2729] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2730] Il est intéressant de relever que l'arrêt cita littéralement la doctrine de cet auteur, qui admet l'application de législations différentes à un même contrat, selon le principe que la loi applicable est celle de chaque lieu d'exécution pour la partie du travail réalisée dans le pays respectif. Selon l'auteur cité : « Conformément à l'article 10 de la Loi Organique du Travail, les dispositions de cette loi sont d'ordre public et d'application territoriale ; elles régissent les Vénézuéliens et étrangers à l'occasion du travail exécuté ou convenu dans le pays […] Cela signifie que, selon cette norme, une double notion territoriale délimite désormais clairement la portée des dispositions de cette loi : premièrement, parce qu'elle fait référence au territoire comme lieu matériel limité de l'État, où sa souveraineté

Ainsi, l'arrêt reconnaît une autonomie matérielle aux parties leur permettant d'inclure dans le contrat des dispositions dès qu'elles ne sont pas contraires aux normes impératives du droit vénézuélien. Et, dans les contrats conclus au Venezuela, mais exécutés à l'étranger, il confirme l'application de la loi étrangère du lieu d'exécution du travail, mais laisse la porte ouverte à l'application des lois étrangères, sous réserve qu'elle assure une meilleure protection au travailleur. Toutefois, la Cour ne précise pas si cette condition s'applique lorsque le transfert est temporaire ou définitif. En l'espèce, outre la durée d'exécution du travail moins longue à l'étranger, cette décision s'avère justifiée, puisqu'il existait principalement un « lien de continuité » avec le travail qui avait été convenu et exécuté d'abord au Venezuela.

474. En *Argentine*, l'article 3 de la Loi relative au contrat de travail (LCT) soumet à la loi argentine les contrats de travail conclus en Argentine ou à l'étranger lorsqu'ils sont exécutés en Argentine[2731]. Bien que cette disposition soit unilatérale, elle a été bilatéralisée par la doctrine et la jurisprudence argentines, qui considèrent que, en règle générale, la loi du lieu d'exécution des travaux devrait s'appliquer pour régir un contrat international de travail[2732].

En outre, cette disposition n'a pas empêché la doctrine et la jurisprudence de reconnaître la possibilité pour les parties de déroger à cette application obligatoire en choisissant une autre loi applicable au contrat. Selon le professeur Boggiano, en matière de contrats internationaux, la doctrine et la jurisprudence argentines s'accordent à admettre le choix du droit applicable, mais la divergence apparaît quant aux limites de son exercice : « Tandis que certains appliquent par analogie les restrictions posées en matière contractuelle, la majorité exprime sa préoccupation à l'égard de la protection du

---

s'exerce en dictant et en faisant respecter les dispositions de la loi ; deuxièmement, parce que selon cette même norme, le territoire est le lieu où surviennent, ou se produisent, les situations et relations juridiques que cette loi régule ; c'est-à-dire celles qui découlent du travail effectué (*lex loci executionis*) ou convenu (*lex loci celebrationis*) sur le territoire national vénézuélien. […] L'application casuistique de la loi étrangère (uniquement lorsque celle-ci est plus favorable que ce qui a été convenu) et temporaire (concernant seulement les faits et situations intervenant durant la présence du travailleur sur le territoire étranger), loin de signifier la dissolution du contrat en fragments indépendants dans le temps, le mode et le lieu, exprime l'unité indissociable de ce contrat et la véritable intention des contractants ».

[2731] « Art. 3 — Loi applicable. Cette loi régira tout ce qui concerne la validité, les droits et obligations des parties, que le contrat de travail ait été conclu dans le pays ou en dehors de celui-ci, dans la mesure où il est exécuté sur son territoire ». Cf. Loi n° 20 744 sur le régime du contrat de travail, modifiée par la Loi n° 21 297, du 13 mai 1976 (traduction libre de l'espagnol). Avec la réforme on revient au principe de l'application de la loi du lieu d'exécution du contrat de travail, écartant ainsi l'application de la loi étrangère plus favorable au travailleur (art. 3 de la Loi n° 20 744). Par exemple, un travailleur argentin, embauché en Argentine pour travailler au Brésil, pouvait, selon la rédaction initiale, demander l'application de la loi argentine dans la mesure où elle lui était plus favorable que la loi brésilienne. Désormais, c'est la loi du lieu d'exécution du contrat qui doit s'appliquer, en l'occurrence la loi brésilienne.

[2732] F. Vieira da Costa Cerqueira, Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur, Thèse dact., Université de Strasbourg, 2010, p. 77. Pour la jurisprudence bilatéralisant cette disposition, v., p. ex., Argentine, CNTrab., sala 2, *Galvan, Nestor y otro c. Altamiranda, Nelson y Asociados S.A.*, 31 mai 1999, Id SAIJ FA99040037, selon lequel : « Sauf stipulation spécifique, la norme du lieu d'exécution du travail est celle qui régit le rapport juridique dans son développement et son extinction, ainsi qu'en ce qui concerne les droits et obligations des parties et la qualification du lien. » (Traduction libre de l'espagnol).

travailleur »[2733]. Selon l'auteur, bien que la législation argentine ne contienne pas de disposition expresse en la matière, l'autonomie en matière de contrat de travail se déduit « de ses principes généraux, tels que l'in *dubio pro operario*, et plus particulièrement des articles 7, 8 et 9 de la LCT, qui consacrent l'application de la loi la plus favorable »[2734]. Selon le professeur argentin, une fois le choix opéré, il appartient au juge d'en contrôler la validité, comparant le droit choisi avec le droit applicable à titre subsidiaire, afin de déterminer lequel est le plus favorable au travailleur[2735]. L'auteur souligne également que le texte de l'article 3 n'exclut ni l'autonomie conflictuelle ni l'autonomie matérielle. De ce fait : « les parties peuvent choisir le droit applicable (autonomie conflictuelle), tout comme elles peuvent convenir du *favor operarii,* et d'autres solutions normatives matérielles instituant des avantages réciproques (autonomie matérielle) »[2736].

Plusieurs arrêts illustrent ce principe. Par exemple, dans une célèbre affaire du 9 décembre 1970, *Eiras Pérez, Leonardo c. Techint Engineering Company*, le *Tribunal de Trabajo* de Zárate a validé une clause de choix de la loi vénézuélienne pour un contrat exécuté à l'étranger[2737]. Cela dit, dans cette affaire, le choix de la loi semble encadré, puisque la Cour s'est expressément référée à une doctrine limitant ce choix à certaines lois spécifiques, notamment la « loi nationale des parties », la loi « du *locus contractus* et la loi du *locus destinatae solutionis* »[2738]. Elle a également justifié l'application de la loi vénézuélienne choisie par les parties en évoquant expressément que cette loi coïncidait avec le lieu d'exécution du contrat, qui était au Venezuela.

[2733] A. Boggiano, *Tratado de derecho internacional privado*, *t. 2, op. cit.,* para. XI (traduction libre de l'espagnol).

[2734] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2735] Selon le professeur Boggiano, l'art. 9 de la loi du travail argentine impose au juge de procéder à une comparaison « par institutions » et non une comparaison globale, comme le fait la Cour de justice de l'Union européenne. Cf. *Ibidem*. Selon l'article cité par l'auteur : « Art. 9 — Le principe de la norme la plus favorable au travailleur. En cas de doute quant à l'application de normes légales ou conventionnelles, prévaudra celle qui est la plus favorable au travailleur, en prenant en considération la norme ou l'ensemble de normes qui régit chacune des institutions du droit du travail ; Si le doute porte sur l'interprétation ou la portée de la loi, les juges ou autorités chargées de son application devront statuer dans le sens le plus favorable au travailleur ». Cf. Loi n° 20 744 sur le régime du contrat de travail, modifiée par la Loi n° 21 297, du 13 mai 1976 (traduction libre de l'espagnol). Pour la méthode de comparaison dans le système européen, v. *infra* n° 599.

[2736] A. Boggiano, *Tratado de derecho internacional privado*, *t. 2*, *op. cit.*, para. XI (traduction libre de l'espagnol).

[2737] Argentine, Trib. del Trabajo, Zárate, *Eiras Pérez, Leonardo C. c. Techint Engineering Company S.A*., 9 décembre 1970 ».

[2738] Selon l'arrêt : « L'autonomie de la volonté, dont on traite ici et qui se reflète dans le présent cas particulier du contrat, aboutit en définitive à une solution que résout expressément l'article 1210 du Code civil, c'est-à-dire celui de la "*lex loci executionis*". Deveali, dans son commentaire exposé dans le Droit du Travail, 1952, p. 63 ("La relation de travail en droit international privé"), indique que "[…] l'autonomie de la volonté existe également dans le cas des contrats de travail destinés à être exécutés à l'étranger […]". Il ajoute que de même que "[…] les parties peuvent, dans leur contrat individuel de travail, reproduire intégralement les règles qui régissent les effets d'un contrat déterminé dans un pays étranger, elles peuvent également éviter cette transcription en se contentant de manifester dans le contrat leur volonté d'appliquer à celui-ci les règles contenues dans une législation étrangère déterminée". Deveali termine son opinion en affirmant que "le principe de l'autonomie de la volonté, généralement accepté pour toutes les affaires du droit international privé, régit également le cas du contrat de travail. Cela signifie que, dans tous les cas de conflit entre la loi nationale des parties, celle du *locus contractus* et celle du *locus destinatae solutionis*, les parties peuvent indiquer auquel de ces régimes elles entendent soumettre leurs relations". Ce qui précède suffirait pour résoudre le litige. Par leur contrat, les parties se sont soumises à l'application d'une loi étrangère (celle du Venezuela) […] » Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

La *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo* a confirmé que la loi du lieu d'exécution constitue le principe général de rattachement applicable aux contrats de travail, et, dès lors, la bilatéralisation de l'article 3 de la LCT. Toutefois, elle souligna, à plusieurs reprises, que ce principe ne s'applique qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire uniquement en l'absence d'un choix exprès de la loi applicable par les parties. Par cette position, la Chambre affirme la primauté du principe d'autonomie de la volonté, sans restreindre ce choix à un éventail limité ou spécifique de lois applicables.

Dans un arrêt du 30 novembre 2009, la Cour a reconnu, à la majorité, l'existence d'une relation de travail au regard du droit argentin, en concluant que l'employé, qui avait travaillé en Argentine de 1997 à 2002 pour une société française sous l'apparence d'une relation autonome, était en réalité lié par un rapport de dépendance salariale régi par la législation argentine. La Cour releva que ses fonctions consistaient à représenter et défendre les intérêts de la société mère au sein de sa filiale locale, où il exerçait en qualité de directeur et de président[2739].

Afin d'établir l'applicabilité de la loi argentine à la relation de travail, l'opinion majoritaire a considéré que, s'agissant d'un contrat de travail exécuté sur le territoire argentin, « il importe peu de déterminer le lieu de conclusion du contrat ». Ainsi, l'éventualité que le contrat ait été conclu en France était indifférente et la législation argentine du travail devait régir « tout ce qui concerne la validité, les droits et obligations des parties »[2740]. Cette position s'appuie sur l'article 3 de la Loi relative au contrat de travail, qui « établit le principe de territorialité, en cohérence avec l'article 1209 du Code civil, l'article 34 du Traité de Montevideo de 1889 et l'article 38 du Traité de Montevideo de 1940 ». Selon la Cour, « la directive de l'article 3 de la loi 20 744 repose sur la protection du travailleur ainsi que sur la mise en œuvre des politiques publiques du lieu d'exécution du travail, qui visent des intérêts généraux d'ordre social et économique »[2741].

En outre, la Cour a rappelé que l'exercice de fonctions de direction par le travailleur ne fait pas obstacle à la protection due par le droit du travail : « la finalité protectrice qui caractérise le droit du travail argentin et dont le principe protecteur constitue la pierre angulaire, ayant valeur constitutionnelle (art. 14 bis de la Constitution nationale), ne se réduit ni ne s'affaiblit pour les travailleurs qui, en raison de leur statut personnel (culture, diplômes universitaires, qualifications professionnelles, situation socio-économique, etc.) ou en raison de la nature, de l'importance ou du rang des fonctions qu'ils exercent, appartiennent à la catégorie de ceux qui perçoivent des rémunérations supérieures aux niveaux moyens de l'ensemble des travailleurs »[2742].

[2739] Argentine, CNTrab., sala VIII, *Dupont Bertrand, Yves Louis Marcel c. Constantin Associes*, 30 novembre 2009.

[2740] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol)

[2741] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol)

[2742] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol)

De plus, dans un arrêt du 17 août 2000, la Cour a clarifié que l'article 3 mentionné est une « règle générale » qui « établit la *lex loci executionis* comme critère unique pour résoudre tout litige présentant un élément d'extranéité, et ce, en écartant automatiquement la *lex loci celebrationis*, même si elle pourrait être plus favorable au demandeur »[2743]. Ainsi, peu importe que la loi du lieu de conclusion du contrat soit plus favorable au travailleur, c'est nécessairement la loi du lieu d'exécution qui doit s'appliquer.

En ce qui concerne la possibilité des parties de choisir la loi applicable à leur relation de travail, il convient de mentionner un arrêt du 27 juillet 1988 concernant le cas d'un travailleur engagé à Buenos Aires et envoyé dès l'origine de leur relation pour travailler en Espagne (affaire *Sarmiento, César Manuel c. Editorial Perfil S.A.*). Dans cet arrêt, la *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo* a statué que le principe de la *lex loci executionis* s'applique aux contrats de travail en l'absence de choix des parties et uniquement si la loi étrangère du lieu d'exécution n'est pas contraire à l'ordre public argentin. Conformément à l'arrêt :

> « En résumé, l'art. 3 de la LCT est une norme qui détermine la vigueur de l'ordre juridique argentin ou sa mise à l'écart au profit du droit étranger, en érigeant en principe normatif celui de la *lex loci executionis*. Il en découle que, si le contrat de travail devait s'exécuter à l'étranger et qu'aucune des exceptions prévues par la norme applicable (choix des parties ou obstacle d'ordre public international) ne se vérifie, l'application du droit argentin devient inappropriée. »[2744]

Dans un arrêt du 18 avril 1991, affaire *Savignon Belgrano, Carlos H. c. Editorial Abril S.A.*, la Cour d'appel confirma aussi la bilatéralisation de l'article 3 de la Loi sur le contrat de travail, considérant que celui-ci est une « norme de conflit international dans ce domaine, destiné à déterminer la vigueur de l'ordre juridique argentin ou sa mise à l'écart au profit du droit étranger », tout en précisant que « […] sauf lorsqu'intervient le choix des parties ou un obstacle d'ordre public international, le droit du lieu d'exécution du travail ne peut pas être écarté […] »[2745].

De plus, dans un arrêt du 31 mai 1999, *Galvan, Nestor y otro c. Altamiranda, Nelson y Asociados S.A.*, la Cour a statué que : « Sauf stipulation spécifique, la norme du lieu d'exécution du travail est celle qui régit le rapport juridique dans son développement et son extinction, ainsi qu'en ce qui concerne les droits et obligations des parties et la qualification du lien »[2746]. Cet arrêt a été interprété dans le sens que l'expression « sauf

---

[2743] Argentine, CNTrab., sala II, *Sánchez, Raúl c. Lichtenstein, Mario,* 17 août 2000 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques). Dans cet arrêt, la Cour fait expressément référence à l'arrêt CNTrab., Sala X, *Díaz, Jorge c. Altamiranda, Nelson y Asociados S.A. s. ley 22 250*, 26 juin 1998.

[2744] Argentine, CNTrab., sala V, *Sarmiento, César Manuel c. Editorial Perfil S.A.*, 27 juillet 1988 (traduction libre de l'espagnol).

[2745] Argentine, CNTrab., sala VIII, *Savignon Belgrano, Carlos H. c. Editorial Abril S.A.*, 18 avril 1991 (traduction libre de l'espagnol).

[2746] Argentine, CNTrab., sala II, *Galvan, Nestor y otro c. Altamiranda, Nelson y Asociados S.A.*, 31 mai 1999 (traduction libre de l'espagnol).

stipulation spécifique » « inclut les cas où les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur contrat, et que cela implique que c'est la loi du lieu d'exécution de celui-ci que l'on doit appliquer »[2747].

Cependant, dans un arrêt du 29 juin 2001, *Krautmann de Portaro, Berta c. Instituto Goethe Buenos Aires*, dont l'objet était un contrat de travail conclu au Brésil et exécuté dans ce pays et en Argentine, la Cour affirma expressément que la loi du lieu d'exécution, en raison de son caractère impératif, ne peut être écartée par les parties que si la loi étrangère choisie est plus favorable au travailleur. Selon l'arrêt, « l'ordre juridique qui structure le droit du travail a un caractère impératif, de sorte que la volonté individuelle qui contredit cet ordre est dépourvue de force obligatoire, *sauf lorsque de tels accords améliorent les bénéfices minimaux d'ordre public* »[2748]. En conséquence, affirma la Cour : « la hiérarchie normative cède devant le principe du régime le plus favorable, de sorte que, pour résoudre le conflit entre les sources du droit du travail applicable, il faut partir du caractère impératif de la LCT et de son aptitude à fixer les conditions minimales de travail au-delà de la volonté individuelle des parties, dans la mesure où cette dernière n'est pas plus favorable »[2749]. De plus, la Cour précisa la manière de comparer les lois en question : « Le conflit entre normes et application du principe de la norme la plus favorable se résout conformément aux prévisions de l'art. 9 de la LCT, premier paragraphe, en ce qu'il établit comme critère de comparaison, pour déterminer la prévalence des normes, le système de la comparaison « par institutions », c'est-à-dire « que les normes sont comparées en fonction de chaque institution du droit du travail »[2750].

L'exigence du caractère plus favorable de la loi choisie a été aussi affirmée par un arrêt plus récent, rendu par la même Cour d'appel le 27 juin 2016. Dans cet arrêt, la Cour a appliqué la loi argentine à un contrat de travail conclu entre un employé et l'ambassade du Paraguay en Argentine pour l'exercice de fonctions administratives au sein de l'ambassade. Le contrat faisait référence à des dispositions légales du Code civil paraguayen et à la loi paraguayenne sur la fonction publique. Dans ce contexte, la Cour rappela que « dès lors que les fonctions s'exerçaient en Argentine », il convient d'appliquer la législation nationale, conformément à l'article 3 de la LCT et à l'article 1210 du Code civil. Selon la Cour, cette décision se justifie par le fait que « la partie défenderesse n'a pas démontré que la législation qu'elle invoquait […] était plus favorable au demandeur ni que les parties avaient convenu de l'application de ladite législation (art. 3 LCT),

---

[2747] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 79. Dans le même sens, v., plus récemment, Argentine, CNTrab., sala VII, *De Pablos Suoza, Tomás Manuel c. Hope Funds S.A. y otros s. despido*, 24 avril 2019. Selon cet arrêt, « il résulte de ce qui précède que doit s'appliquer la loi du travail du lieu d'exécution du contrat, en l'espèce l'Indonésie, *sans que n'apparaisse l'existence d'aucun élément permettant de faire exception à la réglementation régissant la matière en débat* ; en conséquence, le demandeur n'a pas droit aux sommes réclamées. » (Traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2748] Argentine, CNTrab., sala II, *Krautmann de Portaro, Berta c. Instituto Goethe Buenos Aires*, 20 juin 2001 (traduction libre de l'espagnol).

[2749] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2750] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

hypothèses selon lesquelles il serait possible d'écarter la loi interne »[2751]. Par conséquent, cette décision énonce deux exigences pour que la loi étrangère soit appliquée à des contrats exécutés en Argentine : il faut d'abord prouver le choix effectué, puis démontrer que la loi choisie est plus favorable au travailleur que la loi argentine du lieu d'exécution. Cela impose une lourde charge probatoire à la partie souhaitant faire valoir cette loi étrangère.

Toutefois, dans un arrêt rendu le 6 novembre 2002, la même Cour d'appel avait appliqué d'office la loi espagnole du lieu d'exécution du contrat, en affirmant qu'il ne fait « aucun doute que, compte tenu de la nature alimentaire du crédit en cause, ainsi que de l'importance des intérêts en jeu (créances dérivées d'une relation de nature salariale), ces deux éléments étant conjugués à la lumière du principe de primauté de la réalité et conformément aux particularités du lien contractuel maintenu entre les parties au litige, il existe des éléments d'appréciation suffisants pour justifier l'exercice, par le tribunal saisi, du pouvoir d'enquête conféré par la disposition légale mentionnée, en vue d'élucider la question relative au régime normatif applicable à la présente affaire »[2752].

Il convient de mentionner encore que, bien que l'article 3 de la Loi sur le contrat de travail soit explicite en soumettant les contrats de travail exécutés en Argentine au droit argentin, il demeure incertain si cette règle s'applique lorsque l'exécution du contrat s'effectue dans plusieurs lieux distincts. À ce sujet, le professeur Boggiano explique que, lorsque l'exécution d'un contrat de travail s'étale sur plusieurs pays, il convient de déterminer le lieu d'exécution « le plus significatif », en appliquant par analogie les normes des Traités de Montevideo (arts. 34 et 38 des Traités de Montevideo de 1889 et 1940) ou en s'appuyant sur la notion de « centre de gravité » de la relation de travail. Ce concept, qui n'est pas, selon lui, une règle stricte, mais un principe directeur, inclut notamment le siège social de l'employeur, surtout pour les salariés en poste de direction ou exécutant leur activité dans divers lieux sans un lieu principal. En outre, selon le professeur argentin, les lieux temporaires ou occasionnels d'exécution du travail ne devraient pas modifier le rattachement principal, qui est généralement la loi du pays où se trouve l'établissement

[2751] Argentine, CNTrab., sala I, *A.V.Y.M. c. Embajada de la República del Paraguay*, 27 juin 2016 (traduction libre de l'espagnol).

[2752] Argentine, CNTrab., sala II, *Benítez, María del Carmen c. Editorial Atlántida s. despido*, 6 novembre 2002 (traduction libre de l'espagnol). Selon l'arrêt : « Bien que, comme le soutient la partie défenderesse, conformément à l'article 13 du Code civil, l'application de lois étrangères ne doive avoir lieu qu'à la demande de la partie intéressée, à laquelle incombe la charge de la preuve de leur existence, il ne faut pas perdre de vue que, paradoxalement, c'est la défenderesse elle-même — et non la demanderesse — qui a introduit la question dans le débat en affirmant, à plusieurs reprises dans son mémoire en défense, que la loi applicable à l'espèce ne saurait être autre que celle du territoire espagnol, étant donné que tant la conclusion que l'exécution du contrat ont eu lieu dans cette juridiction (art. 3 de la LCT). […] À cet égard, la Cour suprême de justice de la Nation affirma, en relation avec l'application des dispositions émanant de la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé (CIDIP II, Montevideo, 1979), laquelle, dans son article 2, consacre la théorie de "l'uso jurídico" de Werner Goldschmidt, selon laquelle "les juges et autorités des États parties sont tenus d'appliquer le droit étranger comme le feraient les juges de l'État dont le droit est applicable, sans préjudice du fait que les parties puissent alléguer et prouver l'existence et le contenu de la loi étrangère invoquée" (CS, "Z.T., M.M.G. c. C.J.F.", arrêt du 3.11.1988, publié in ED 133-589). Cette théorie, nonobstant les spécificités du cas examiné alors, se révèle pleinement applicable à la présente controverse. » (Traduction libre de l'espagnol).

ayant engagé le salarié, sauf si un autre droit est manifestement plus proche ou favorable au travailleur[2753].

La jurisprudence argentine n'est pas uniforme sur cette question. Par exemple, dans un arrêt de 1983, la *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo* a adopté une interprétation proche du critère du centre de gravité pour un contrat de travail conclu en Argentine et exécuté dans divers pays, notamment en Argentine, au Venezuela, en Algérie, en Tunisie et en Norvège. La demanderesse invoquait l'application du droit britannique, soutenant que ce droit était appliqué au contrat depuis le milieu de l'année 1978. La majorité des votes, tout en reconnaissant la possibilité pour les parties de convenir d'un régime juridique déterminé, a toutefois conclu que « les faits invoqués — application de ce droit — n'ont pas été prouvés, de sorte que l'analyse de la validité de cet accord n'a pas lieu d'être et ne peut être prise en considération »[2754]. Par conséquent, la Cour a décidé d'appliquer les principes généraux du droit international privé, dans la mesure où les règles spécifiques ne prévoyaient pas le cas d'espèce et aucun accord valide à ce titre n'avait été démontré.

En réalité, la Cour a décidé d'appliquer le droit du travail argentin dans cette affaire pour les raisons suivantes : « 1) il s'agit d'un contrat conclu sur le territoire argentin ; 2) exécuté pour environ deux tiers de son exécution sur ce même territoire ; 3) conclu dans le cadre du droit argentin, qui est devenu une partie intégrante du contrat sans manifestation de volonté ni accord portant sur une modification ultérieure ; et 4) bénéficiant du caractère protecteur incontournable de ce droit, il est justifié d'appliquer le droit argentin correspondant au lieu de conclusion et au principal lieu d'exécution (arts. 1209 et 1210 du Code civil) »[2755]. Ainsi, il a été implicitement considéré que le centre de gravité du contrat se situait en Argentine, incluant le lieu de conclusion et le principal lieu d'exécution, et ce, malgré un accord tacite des parties désignant une autre loi[2756].

[2753] V. A. Boggiano, *Tratado de derecho internacional privado, t. 2, op. cit.,* para. XI.

[2754] Argentine, CNTrab., sala III, *Adano, Juan O. c. Dresser Atlas Argentina SA.*, 21 février 1983 (traduction libre de l'espagnol).

[2755] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2756] Il convient de noter la position de certains juges ayant exprimé un vote divergent (bien que partiel) par rapport à la majorité. Le docteur Guibourg a déclaré qu'il partageait les conclusions du vote précédent, mais n'était pas d'accord avec les motifs ayant conduit à l'application du droit argentin au cas d'espèce. Selon lui : « Les contrats de travail à exécution internationale peuvent présenter diverses modalités. L'une d'elles concerne les relations de travail qui s'exécutent successivement dans différents pays, avec une certaine stabilité dans chacun d'eux, même si cela n'est pas nécessairement prévu (comme dans le cas en examen) ». Selon lui, le contrat d'espèce rentre dans cette catégorie. Selon lui : « […] dans de telles situations — où le travailleur est plus ou moins établi dans chaque pays où il offre ses services — les effets du contrat de travail sont toujours soumis au droit du lieu d'exécution de la prestation, même si celle-ci varie. Je comprends que ce principe découle des articles 1209 et 1210 du Code civil, qui prévoient que les contrats ayant leur lieu d'exécution en République seront régis par les lois de celle-ci, quel que soit le lieu de conclusion, et que les contrats conclus ici pour être exécutés à l'étranger seront soumis aux lois et usages du pays d'exécution. À mon avis, il ne convient pas de limiter l'application à des cas où l'exécution a lieu en un seul endroit. Ce principe ne fait cependant pas obstacle à ce que les parties soumettent conventionnellement la relation à un droit déterminé, dès lors que cet accord est plus favorable au travailleur. Cette condition est essentielle, puisque le principe protecteur du droit du travail a une portée internationale ». En l'espèce il concorde que les parties n'ayant pas prouvé l'accord tacite de l'application du droit britannique, « l'existence d'un accord à cet égard ne peut être prise en compte ». Dans ces conditions, il conclut que le droit applicable à la résiliation du contrat de travail devrait être celui

En outre, dans un arrêt du 23 septembre 2008, concernant un contrat de travail exécuté à la fois en Argentine et aux États-Unis, la Cour a décidé d'appliquer le droit argentin considéré comme le lieu principal d'exécution du contrat. La Cour a relevé que, dans les cas des salariés mobiles, « lorsqu'il en existe un principal, Justo López estime qu'il convient d'appliquer la loi du lieu principal d'exécution et, en cas de doute, celle qui reconnaît le droit le plus favorable, conformément au principe in *dubio pro operario* ». En analysant les faits, l'arrêt a constaté que « l'engagement a débuté en Argentine, d'où la salariée effectuait constamment des déplacements pour le compte et aux frais de l'employeur » ; et que « les tâches accomplies par Mme Cernadas trouvent leur origine en Argentine et y ont également été exécutées, puisqu'il s'agit d'un produit fabriqué en Argentine par une entreprise locale et vendu à l'étranger par son intermédiaire […] ». Sur cette base, la Cour a conclu que, malgré les déplacements de l'employée, « il n'y avait aucun doute sur l'applicabilité de la Loi sur le contrat de travail en l'espèce »[2757].

Enfin, dans un arrêt rendu par la Cour suprême d'Argentine le 13 septembre 2011 (affaire *Willard, Michael c. Banco de la Nación Argentina*), la Cour suprême a jugé que la relation de travail en cause ne pouvait être qualifiée, comme le soutenait le demandeur, de « mobile » ou « itinérante », c'est-à-dire « une modalité caractérisée par la prestation de travail dans des lieux géographiques successifs soumis à des législations différentes »[2758]. La Cour considéra que, dans ce cas, « il convient d'appliquer la loi du lieu *où les prestations se sont principalement exécutées* ainsi que celle du lieu où se sont produits les faits pertinents »[2759]. Toutefois, en l'espèce, la Cour a considéré que les modalités concrètes de la relation de travail, objet du litige, conduisaient à qualifier celle-ci

---

du dernier pays où le travailleur a exercé ses fonctions, en l'espèce le droit tunisien, et « étant donné que le licenciement est un acte unilatéral réceptif, même si la notification est partie de Londres, elle s'est réalisée au moment où elle a été reçue par le salarié ». Mais, dès lors que ce « régime n'a même pas été invoqué », « la faculté conférée par le dernier paragraphe de l'article 377 du Code de procédure dans sa rédaction actuelle ne peut s'appliquer. En conséquence, en l'absence de preuve d'un autre droit, il considère « qu'il convient de statuer en application du droit argentin ». En outre, le docteur Vázquez Vialard s'est montré en désaccord avec l'avis du docteur Guibourg. Pour lui, l'article 377 du Code de procédure, « maintient le principe de l'application d'office "lorsque la règle de conflit y renvoie" » ; et « il ressort du dossier que la loi applicable au litige est bien celle en question ; je ne vois donc aucun inconvénient à ce que, pour résoudre le conflit, soient appliquées les dispositions de la norme pertinente, à laquelle le juge peut se référer sans que soit altéré le principe d'égalité des parties (d'autant plus que, comme je l'ai déjà indiqué, la lecture de la demande révèle que la question, faute d'avoir démontré l'applicabilité du droit anglais, devra être tranchée selon la loi du pays dans lequel le contrat a été exécuté au moment de sa résolution, celle-ci régissant les effets de la résolution) ». Il précise encore que : « Conformément à ce qu'établit la doctrine du droit international privé […] pour que puisse s'appliquer la "lex fori", il faut soit l'accord des parties — ce qui n'est pas le cas en l'espèce — soit que, face à l'impossibilité de connaître le droit applicable, le juge puisse présumer que son propre droit est similaire à celui-ci, hypothèse qui ne me paraît pas établie. En outre, une telle impossibilité ne se présente pas dans la présente affaire, puisqu'il n'existe aucun obstacle à déterminer le contenu du droit applicable, en l'occurrence le droit tunisien ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2757] Argentine, CNTrab., sala VII, *Cernadas de Bohtlingk, María Rocío c. Homero S.A. s. despido*, 23 septembre 2008 (traduction libre de l'espagnol).

[2758] Le demandeur affirmait que le contrat avait été conclu en Argentine et qu'il avait exercé ses activités tant à la succursale de la Banque nationale argentine à New York qu'au siège à Buenos Aires, tandis que la banque soutenait que toutes les activités avaient été réalisées à New York. Cf. Argentine, CSJN, *Willard, Michael c. Banco de la Nación Argentina*, 13 septembre 2011 (traduction libre de l'espagnol)

[2759] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

d'« emploi local », dans la mesure où toute l'activité s'est déroulée, sans interruption, au sein de la succursale new-yorkaise.

La Cour suprême argentine confirma, ainsi, la bilatéralisation de l'article 3 de la Loi sur le contrat de travail, affirmant que celui-ci « est une disposition qui détermine la vigueur de l'ordre juridique argentin ou sa mise à l'écart au profit du droit étranger, et érige comme fondement normatif le principe de la *lex loci executionis* »[2760]. En conséquence, la Cour a conclu que la loi applicable est celle du lieu d'exécution du contrat, soit celle de l'État de New York, « sans que n'apparaisse l'existence d'aucun élément permettant de faire exception à la législation qui régit la question en débat »[2761]. Cette formulation semble ainsi suggérer (bien qu'implicitement), la possibilité de l'éviction de cette loi par les parties, que ce soit par l'autonomie de la volonté des parties ou par l'exception d'ordre public.

Section 6 — Droit non étatique

475. Malgré les avancées au niveau conventionnel et dans le domaine de l'arbitrage, de manière générale, dans la région latino-américaine, les droits nationaux sont plus réticents à appliquer des règles de droit dans le cadre de litiges soumis aux tribunaux étatiques. En principe, les législations nationales imposent que les contrats soient régis exclusivement par une norme juridique issue d'une source étatique, même si certaines évolutions laissent entrevoir une ouverture ponctuelle à des règles d'origine non étatique.

L'analyse des droits latino-américains met en lumière une évolution contrastée : si certaines législations récentes marquent une ouverture en admettant l'application de règles de droit non étatiques, soit comme loi régissant directement le contrat, soit comme règles matérielles incorporées à celui-ci (§1), cette tendance demeure ponctuelle et fragmentaire. À dire vrai, la majorité des ordres juridiques de la région restent attachés à une conception étatiste de la *lex contractus*, se bornant à accepter, de manière résiduelle, l'utilisation de normes non étatiques à titre d'outil interprétatif ou de mécanisme subsidiaire de comblement des lacunes de la loi interne (§2).

§1 — L'ouverture progressive à l'application du droit non étatique

476. L'examen des droits latino-américains révèle que certaines législations récentes admettent désormais la possibilité de recourir à des règles de droit non étatiques, soit en les érigeant en véritable loi applicable au contrat (A), soit en les intégrant comme règles matérielles incorporées à la convention (B). En outre, des controverses existent dans

[2760] Cette disposition, selon la Cour « constitue une règle de droit international privé, dont le corollaire se trouve à l'art. 1210 du Code civil, qui applique le droit du lieu d'exécution aux contrats conclus en Argentine lorsqu'ils doivent être exécutés à l'étranger ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2761] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

certains pays sur l'utilisation du droit non étatique, traduisant la persistance des réticences doctrinales et jurisprudentielles sur ce sujet (C).

A. L'admission du droit non étatique comme véritable loi applicable au contrat

477. Si seuls le Paraguay et l'Uruguay consacrent expressément la faculté pour les parties de soumettre leur contrat à des règles de droit (1), la question de la désignation de telles règles par le juge se trouve néanmoins acceptée dans d'autres législations latino-américaines (2).

1. Possibilité du choix de règles de droit : Paraguay, Uruguay et Panama

478. La Convention de Mexico avait déjà permis l'application de règles de droit non étatiques. Les législations récentes du Paraguay (2015) et de l'Uruguay (2020) vont toutefois plus loin, en dissipant les incertitudes et en ouvrant la voie à l'utilisation de nouvelles sources dans le règlement des obligations contractuelles internationales.

479. La législation *paraguayenne* applicable aux contrats internationaux se distingue par sa grande souplesse et constitue la première en Amérique latine à permettre, expressément et sans ambiguïté, aux parties de choisir certaines règles anationales comme véritable droit applicable[2762]. Son article 5, intitulé « règles de droit », est repris de l'article 3 des Principes de La Haye et dispose : « Dans la présente Loi, la référence au droit inclut les règles de droit d'origine non étatique, généralement acceptées comme un ensemble de règles neutres et équilibrées »[2763]. Toutefois, la loi paraguayenne est plus souple que les Principes et ne contient pas l'exigence selon laquelle lesdites règles de droit doivent bénéficier d'une acceptation aux niveaux international, supranational ou régional[2764]. À ce propos, le rédacteur de la loi, le professeur Moreno Rodríguez, relève que, si cette formulation a été légèrement retouchée par la loi paraguayenne, « l'esprit demeure inchangé »[2765]. De ce fait, en opérant une lecture conjointe de cet article 5 avec l'article 4 de la loi paraguayenne (« Le contrat est régi par le droit élu par les parties »)[2766], il paraît

[2762] Bien que la loi paraguayenne ne se limite pas dans son intitulé aux contrats commerciaux, son article premier définit son champ d'application en le restreignant aux contrats internationaux conclus « […] lorsque chacune des parties agit dans l'exercice de son activité professionnelle », excluant expressément les « […] contrats de consommation, contrats de travail, contrats de franchise, de représentation, d'agence et de distribution ». Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

[2763] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2764] *Ibidem*.

[2765] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 153 (traduction libre de l'espagnol).

[2766] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

logique que les parties puissent choisir, en plus des lois étatiques, des règles de droit d'origine non étatique, à la seule condition qu'elles soient généralement acceptées comme un ensemble de règles neutres et équilibrées. Cela inclut, par exemple, comme admis par la doctrine nationale, la CVIM et les Principes d'Unidroit[2767].

Comme l'a noté le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, une telle règle a pour effet de « mettre sur un pied d'égalité » l'arbitrage et le contentieux étatique[2768]. En outre, il explique pourquoi l'article 11 de la loi paraguayenne, relatif à la loi applicable en l'absence d'élection de droit valable, n'a pas reproduit la mention des principes généraux du droit commercial international de l'article 9 de Convention de Mexico, qui est aussi sa source d'inspiration. Selon lui, cette exclusion est due au fait que la loi paraguayenne précise déjà, dans son article 5, que la référence au droit applicable inclut aussi les règles de droit. Comme il l'explique : « Si les juges estiment que les règles transnationales sont plus appropriées et donc plus étroitement liées à l'affaire que le droit national, ils les appliqueront directement, peu importe qu'elles émanent d'une organisation internationale, telle qu'Unidroit, ou non »[2769].

480. En *Uruguay*, la nouvelle Loi de droit international privé admet pour la première fois dans ce pays, de façon expresse, le choix des règles de droit dans les contrats commerciaux internationaux. Cette loi aborde la question des règles de droit dans trois dispositions distinctes : les articles 13, 45, alinéa 2, et l'article 51[2770].

S'agissant de la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable, c'est l'alinéa 2 de l'article 45 qui traite expressément de cette question, en consacrant le principe préconisé par les Principes de La Haye et en énonçant la règle suivante :

> « Conformément aux dispositions des articles 13 et 51 de la présente loi, les parties peuvent choisir des règles de droit généralement acceptées au niveau international comme un ensemble de règles neutres et équilibrées, à condition qu'elles émanent d'organismes internationaux auxquels la République orientale de l'Uruguay est partie. »[2771]

[2767] V. J.A. Moreno Rodríguez, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC) as Reference for the Uniform Interpretation of Paraguayan Law », *in* A. Garro, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law n° 51, 1re éd., 2021, p. 273-302.

[2768] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 152 (traduction libre de l'espagnol). L'auteur fait mention de l'expression de Pertegás et Brooke (M. Pertegás, B.A. Marshall, Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts, *Brookly Journal of International Law*, vol. 39, n°3, 2014, p. 979 (*level the playing field*).

[2769] V. J.A. Moreno Rodríguez, « The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past? », *op. cit.*, p. 1167 (traduction libre de l'espagnol).

[2770] Pour l'analyse des articles 13 et 51 cités, v. *infra* n° 484.

[2771] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

Les parties pourront ainsi, en plus de choisir une loi étatique applicable au contrat, se détacher de tout droit étatique pour se référer directement à des normes provenant d'organismes internationaux auxquels l'Uruguay est partie. Le cas type est celui des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats internationaux[2772]. La dernière partie de l'article semble limiter le choix des parties à des règles élaborées au sein des organismes internationaux à « caractère public », comme c'est le cas, par exemple, d'Unidroit, un organisme intergouvernemental, dont l'Uruguay est membre. Cela satisfait à l'exigence que l'Uruguay soit un État membre de l'organisation qui émet la règle de droit choisie. En revanche, l'article exclurait, par exemple, l'application des normes codifiées par des organismes privés, comme les Incoterms élaborés par la CCI[2773].

481. Au *Panama*, l'article 80 du Code de droit international privé dispose que les parties peuvent « convenir dans les contrats commerciaux des usages généraux, des coutumes dans l'activité commerciale et des pratiques réitératives de caractère international, connus par les parties en leur qualité d'opérateurs commerciaux ou d'agents économiques dans le cadre de leurs relations internationales »[2774].

La formule retenue — « convenir dans les contrats commerciaux » (*pactar dentro de los contratos de comercio*) — ne permet pas de déterminer la véritable portée normative de cette faculté. Elle peut, en réalité, être comprise soit comme une reconnaissance d'un droit non étatique en tant que *lex contractus* autonome, traduisant une autonomie de la volonté pleine et entière dans le choix du droit applicable, soit comme une faculté plus restreinte consistant uniquement à incorporer dans les contrats des usages ou principes, relevant alors d'une autonomie de la volonté matérielle et dépendante du cadre juridique de droit interne.

Cependant, le deuxième alinéa de l'article 80 reconnaît aux règles de droit le statut de véritable source de droit, ce qui suggère la possibilité effective de désigner ces normes comme loi régissant le contrat. Selon cet alinéa : « L'ensemble des usages, coutumes et pratiques du commerce international est une source de droit et a force obligatoire dès qu'il est convenu ou qu'il découle de l'activité naturelle du commerce »[2775]. Ainsi, contrairement à une vision strictement étatiste du droit applicable, le législateur panaméen paraît ainsi se distancier de la vision selon laquelle l'accord des parties se résumerait à une incorporation contractuelle. Ici, une fois « convenues », les règles de droit acquièrent une valeur juridique autonome.

Toutefois, on observe que le premier alinéa de l'article 80 adopte une approche résolument restrictive quant aux règles de droit qui peuvent être choisies par les parties. L'ouverture

[2772] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.,* p. 189.

[2773] En ce sens, v., R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.,* p. 575.

[2774] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

[2775] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

aux usages et pratiques commerciaux n'est pas générale : elle est strictement conditionnée à deux critères cumulatifs. D'une part, seuls sont visés les usages généraux, les pratiques réitératives de caractère international et les coutumes directement liées à l'activité commerciale des parties. D'autre part, les règles de droit qui peuvent s'appliquer au contrat ne sont admissibles que dans la mesure où elles sont connues des opérateurs concernés en leur qualité de professionnels, ou plus précisément « d'opérateurs commerciaux ou d'agents économiques ».

L'article 81 clarifie ce qu'il faut entendre par « opérateurs commerciaux » ou « agents économiques ». Selon cet article : « On entend par opérateurs commerciaux ou agents économiques tous les commerçants qui produisent dans le cadre de leur activité des services, des biens ou des capitaux sur le marché international ou national (*lex mercatoria*) ». La dernière phrase de l'article dispose encore que « l'égalité contractuelle est présumée entre les commerçants »[2776]. Elle écarte ainsi l'application de cette disposition aux contrats conclus avec des parties vulnérables.

Sans toutefois préciser s'il s'agit d'un véritable « choix de loi », le professeur Gilberto Boutin relève que le droit international privé positif panaméen opère une distinction, en tant que règles internationales, entre les Principes d'Unidroit et les usages ou coutumes internationaux. Les premiers constituent des sources transnationales, tandis que les seconds relèvent de sources spontanées à nature corporative, « toutes deux ayant force obligatoire par la volonté des parties »[2777]. Autour de la question discutée de savoir si les parties peuvent désigner comme loi applicable un traité non ratifié (clause *paramount*), le professeur panaméen note qu'il existe abondamment, dans le domaine des conflits de lois et de juridictions dans le secteur maritime panaméen, des raisons pratiques d'accepter comme valide la loi ainsi désignée par le tribunal. En ce sens, selon lui, « il demeure acquis que le choix d'une convention de droit privé est valide, même en l'absence de ratification, puisque ces sources conventionnelles relèvent du droit international privé »[2778].

2. Possibilité de désignation des règles de droit par le juge

482. Mais, en l'absence de choix de loi, le juge peut-il désigner comme applicables de simples règles de droit ? Les législations du Paraguay, de l'Uruguay, ainsi que du Panama et de l'Argentine apportent des éléments de réponse à cette question.

483. Au *Paraguay*, l'article 5 de la loi sur le droit applicable aux contrats internationaux ne délimite pas son champ d'application et ne répond pas à la question posée. Au contraire,

[2776] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2777] G.I. Boutin, « El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño », *op. cit.*, p. 219 (traduction libre de l'espagnol).

[2778] *Ibid*, p. 217-218 (traduction libre de l'espagnol).

l'article commence par l'expression « dans la présente Loi », ce qui est une référence à la loi entière, c'est-à-dire prise dans sa totalité. Il paraît logique, dès lors, que l'article jouisse d'une application générale, en s'appliquant tant aux situations dans lesquelles un choix est fait, qu'en l'absence d'un tel choix. Or, en l'absence de choix, l'article 11 de la loi paraguayenne établit que le droit ayant les liens les plus étroits avec le contrat doit s'appliquer. L'article ajoute ensuite que le juge doit prendre en compte tous les éléments objectifs et subjectifs du contrat pour déterminer ce droit. Cet article se réfère également au « droit », n'exigeant à aucun moment que ce droit soit une « loi » étatique. De ce fait, il semble possible que, en l'absence de choix, les juges puissent désigner des règles de droit comme applicables.

Pour le professeur Moreno Rodríguez, une telle solution s'avère plus adaptée au cas des contrats internationaux[2779]. Il rappelle que les juges sont généralement mal préparés à appliquer les lois étatiques étrangères, et souligne que les choses sont encore plus compliquées dans de nombreux pays où la corruption judiciaire est répandue, car il est difficile de prédire le résultat en raison de précédents d'origine douteuse. Selon lui, il serait plus prévisible d'appliquer des règles transnationales que les normes conflictuelles classiques, pour ne pas surprendre les parties qui n'ont pas pris la précaution de choisir le droit régissant leur contrat[2780].

Cette position se confirme avec l'article 12 de la loi paraguayenne, qui va encore plus loin que les Principes de La Haye, dont il s'est pourtant inspiré. Intitulé « Harmonisation équitable des intérêts », il prévoit : « Outre les dispositions des articles précédents, sont appliqués, le cas échéant, les normes, les usages du commerce et les principes contractuels prédominants en droit comparé, afin de satisfaire aux exigences imposées par l'équité dans le cas concret »[2781]. Cette règle, absente des Principes de La Haye en raison des controverses qui ont eu lieu au sein du groupe de travail[2782], est tirée de la Convention de Mexico (art. 10) et de la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé de 1979 (CIDIP-II, art. 9) — bien que les solutions de ces dispositions soient également controversées[2783].

Le rédacteur de ce texte, le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, dans ses commentaires sur la nouvelle loi, fait une large démonstration de la portée de ce principe et de la position de la doctrine — démontrant ses controverses et ses justifications, sa large

[2779] Le professeur Moreno Rodríguez note qu'en ce qui concerne l'arbitrage, il apparaît que l'article 28(2) de la Loi type de la CNUDCI de 1985 n'accepte l'application du droit non étatique que lorsqu'il est choisi par les parties et non en l'absence de choix. Cependant, la jurisprudence ultérieure et une partie de la doctrine arbitrale indiquent le contraire. V. J.A. Moreno Rodríguez, « The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past? », *op. cit.*, p. 1168.

[2780] V. *Ibidem*.

[2781] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

[2782] À ce sujet, v. *infra* n° 621.

[2783] À ce sujet, v. *supra* n° 284 et s.

acceptation dans l'arbitrage international, dans les systèmes de *common law* et plus particulièrement dans le système interaméricain, avec les instruments précités[2784]. Il considère, en définitive, que la formule duale de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial (CNUDCI, art. 28) constitue une solution « judicieuse », y compris pour le contentieux étatique, « car elle permet, le cas échéant, d'introduire de manière corrective des usages, principes et standards transnationaux »[2785].

Le professeur souligne, néanmoins, que des termes souvent utilisés pour désigner ces formules larges, tels que l'équité, les usages, les pratiques ou les coutumes, font l'objet de nombreuses disparités en droit comparé quant à leur terminologie. Il conclut que « cela doit être particulièrement pris en compte lors de l'interprétation de la portée de la formule corrective, conçue de façon étendue dans la loi paraguayenne, solution copiée de la Convention de Mexico »[2786].

484. En *Uruguay*, outre l'article 45 relatif au choix de règles de droit, déjà examiné[2787], deux autres dispositions — l'article 13 et l'article 51 — font également référence au droit non étatique.

Tout d'abord, l'article 13 de la nouvelle législation sur le droit commercial international établit que ce domaine juridique est unique et dispose que « Les questions relatives aux échanges commerciaux internationaux qui ne sont pas réglées par les traités internationaux, les lois spécifiques ou la présente loi sont résolues en consultant en priorité d'autres sources de droit commercial international grâce à l'utilisation des mécanismes de comblement des lacunes énoncés à l'article 1er, deuxième alinéa, de la présente loi »[2788]. Il établit, ainsi, un ordre des sources pour les contrats de commerce international, priorisant les sources contraignantes (conventions et lois), et, en l'absence de dispositions, les mécanismes d'intégration du Code civil sont utilisés (art. 16), notamment en se référant

---

[2784] Dans une position libérale, le professeur souligne qu'« il y a déjà longtemps que l'OEA a admis ouvertement que les juges peuvent recourir au mécanisme d'exception pour "satisfaire aux exigences imposées par l'équité dans le cas concret", au-delà de l'application de "droits étatiques", selon la formule de la CIDIP II (Montevideo, 1979), instrument qui bénéficie de nombreuses ratifications dans la région ». Cf. J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado ? », *op. cit.*, p. 179. Pour les solutions de ces conventions et les controverses à propos de leur interprétation, v. *supra* n° 284 et s.

[2785] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 178-179 (traduction libre de l'espagnol).

[2786] *Ibid*, p. 180-181. Dans une position plus nuancée v. R. Díaz Labrano, « Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley nº 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay », *op. cit.*, p. 289-290, qui affirme qu'en matière commerciale ou mercantile, « les usages et coutumes constituent une source de droit de référence et s'appliquent dans la mesure où le droit étatique les admet. » (Traduction libre de l'espagnol).

[2787] V. *supra* n° 283 et s.

[2788] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol). L'article 1er auquel l'article 13 fait référence renvoie à l'application du Code civil : « À des fins d'interprétation et de comblement des lacunes de la présente loi ainsi que des autres normes de droit international privé d'origine nationale, il sera appliqué ce qui est prévu dans le Titre préliminaire du Code civil, en tenant compte du caractère international des relations juridiques privées qu'elles régissent ».

aux lois analogues et aux principes généraux du droit[2789]. L'article introduit également, au troisième alinéa, une définition de « sources matérielles » du droit commercial international, y incluant les usages, les principes généraux, et même la jurisprudence et les doctrines reconnues[2790]. Ces sources permettent ainsi d'« informer l'interprétation des normes et de promouvoir une source formelle d'intégration »[2791].

En effet, comme le souligne la professeure Fresnedo de Aguirre, le recours « prioritaire » aux principes généraux mentionnés à l'alinéa 2 de l'article 13 n'intervient, en réalité, qu'après l'application des sources contraignantes (des conventions, des lois spéciales et de la loi générale de droit international privé), c'est-à-dire pour les questions laissées non réglées par ces dernières[2792]. Autrement dit, même si, à première vue, cette disposition pourrait sembler permettre aux juges de recourir aux principes généraux en l'absence de choix de loi, et de les appliquer prioritairement à une loi étatique, une lecture plus nuancée révèle que ces principes n'interviennent en réalité qu'à titre supplétif : ils ne sont destinés qu'à compléter la loi désignée, qu'il s'agisse de celle applicable en vertu d'une convention internationale ou de la loi interne de conflit de lois.

Enfin, l'alinéa 4 du même article permet l'application, « le cas échéant », des « *usages* largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, ou ceux généralement acceptés dans cette branche, ainsi que les *principes généraux du droit commercial international* reconnus par les organisations internationales dont la République est membre »[2793]. Cette disposition permet ainsi le recours à deux types spécifiques de règles de droit : les *usages* et les *principes généraux*. Quant aux premiers, comme cela a été souligné par la doctrine spécialisée, la loi générale adhère à la thèse de la nature normative des usages au lieu de les considérer comme étant de nature purement contractuelle[2794]. Les professeurs Fresnedo de Aguirre et Idiarte expliquent que cette norme s'est inspirée de l'article 31 de la loi vénézuélienne de droit international privé et que la reconnaissance, parmi les sources de la *lex mercatoria* « ouvre

[2789] L'art. 16 du Code civil énonce que « lorsque survient un acte juridique civil qui ne peut être résolu ni par la lettre ni par l'esprit de la loi applicable, il convient de recourir aux fondements des lois analogues », et si le doute subsiste encore, « on se référera aux principes généraux du droit ainsi qu'aux doctrines les plus acceptées, en tenant compte des circonstances du cas ».

[2790] « On considère comme sources matérielles du droit commercial international les usages en la matière, les principes généraux applicables aux contrats et autres relations commerciales internationales, la jurisprudence des tribunaux ordinaires ou arbitraux et les doctrines les plus reconnues en droit uruguayen et comparé ». Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[2791] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.,* p. 147 (traduction libre de l'espagnol).

[2792] À ce sujet, v. C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit*., p. 146-147.

[2793] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques)

[2794] R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.,* p. 567.

un vaste champ de débat »[2795]. Toutefois, selon ces professeurs, « il est évident que le législateur, en s'inspirant de cette source, emploie l'expression "le cas échéant" (ou "lorsque cela correspond") concernant les usages, non seulement en les intégrant — dans l'essence — à la *lex mercatoria*, mais aussi en laissant à la justice la détermination de leur applicabilité au cas concret »[2796]. Pour eux, les usages énumérés à l'article 31, alinéa 4, constituent « une source complémentaire *d'application directe* partout où les conventions internationales, les lois spéciales ou la propre Loi générale de droit international privé ne prévoient rien »[2797]. À nouveau, la possibilité pour les juges de recourir aux principes généraux en l'absence de choix de loi sans faire référence à aucune loi étatique n'est pas clarifiée.

De plus, ce n'est pas n'importe quel usage qui peut être utilisé. Comme l'alinéa 4 de l'article 13 l'établit, il faut examiner l'acceptation desdits usages dans la branche commerciale ou de l'industrie considérée, et décider ensuite s'ils sont ou non applicables en tant qu'« usages normatifs »[2798]. Comme l'explique le professeur uruguayen Santos Belandro, s'ils ne réussissent pas le « test de l'acceptation collective », ils seront considérés seulement comme des pratiques courantes entre les parties, valables dans la mesure où les parties les ont incorporées dans leur contrat[2799]. Sont exclus, ainsi, « les usages locaux ou subjectivement partiels »[2800]. La formule exige ainsi, comme le souligne la professeure Fresnedo de Aguirre, « une connaissance approfondie et une observation régulière de la part des "sujets participants" », assortie d'une généralité « englobant toutes les parties intervenantes dans la branche commerciale concernée (achat-vente international de marchandises, transport international, moyens de paiement internationaux, crédit documentaire, etc.), et non d'une limitation à une seule d'entre elles »[2801]. En outre, pour les principes généraux, l'alinéa 4 impose qu'ils soient reconnus par les organisations internationales dont la République est membre, à l'instar de l'Unidroit. Cette condition limite ainsi le champ d'application de ces principes, car seule une reconnaissance

---

[2795] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.,* p. 148 (traduction libre de l'espagnol).

[2796] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2797] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2798] V. R.B. Santos Belandro, *Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020, op. cit.*, p. 567.

[2799] *Ibidem*.

[2800] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.,* p. 149 (traduction libre de l'espagnol).

[2801] La professeure Fresnedo de Aguirre affirme que, pour interpréter cette norme, qui a été tirée essentiellement de l'article 1.9(2) des Principes d'Unidroit, il convient de regarder les commentaires qui accompagnent ces derniers. Ainsi, le commentaire n° 4 des Principes établit que : « Le fait que l'usage doive être "largement connu et régulièrement observé par les parties dans la branche commerciale considérée" est une condition pour l'application de tout usage, qu'il soit international ou simplement national ou local. La qualification supplémentaire "dans le commerce international" entend éviter que l'on invoque, dans des opérations effectuées avec des étrangers, les usages développés pour les transactions internes et limités à celles-ci ». Et encore : « Ce n'est que de façon exceptionnelle que les usages ayant une origine purement locale ou nationale seront appliqués sans que les parties n'y aient fait référence ». Cf. C. Fresnedo de Aguirre, « La autonomía de la voluntad en la Contratación internacional y los principios Fundamentales en juego: Las novedades de la ley 19 920 », *op. cit.,* p. 252.

internationale, formalisée par une organisation pertinente, peut conférer à ces principes une portée normative effective.

D'autre part, l'article 51, qui traite spécifiquement des contrats internationaux, reprend la formulation controversée de l'article 10 de la Convention de Mexico, notamment l'expression « le cas échéant ». Selon cette disposition :

> « Sont appliqués, le cas échéant, les usages et principes du droit international des contrats généralement acceptés ou établis par les organisations internationales dont la République est membre (article 13, quatrième alinéa, de la présente loi), sans préjudice des dispositions de l'article 45, deuxième alinéa, de la présente loi. »[2802]

L'article énonce alors la possibilité d'appliquer soit « les usages et principes du droit international des contrats généralement acceptés », soit ceux « établis par les organisations internationales dont la République est membre », en élargissant la possibilité d'application des règles de droit. Toutefois, l'emploi de la formule conditionnelle « sont appliqués, *le cas échéant* » limite et fragilise la portée de cette ouverture. L'absence de précision quant aux circonstances qui justifient un tel recours pose un réel problème d'interprétation, proche de celui constaté dans le cadre de la Convention interaméricaine de 1994[2803]. En effet, rien n'indique si l'application de ces usages et principes suppose une reconnaissance automatique par le juge, ou encore une condition liée au vide ou à l'incomplétude du droit étatique désigné. L'indétermination du critère d'application fait ainsi peser un risque d'incertitude juridique, laissant à l'appréciation des juridictions nationales une marge d'interprétation particulièrement large.

En commentant cet article, les professeurs Fresnedo de Aguirre et Idiarte rappellent les controverses entourant l'interprétation de l'article 10 de la Convention de Mexico, lequel a servi de source d'inspiration pour la rédaction de l'article 51 de la loi uruguayenne. Ils soulignent notamment la conclusion, issue de la doctrine uruguayenne et notamment du professeur Opertti Badán, selon laquelle la norme interaméricaine n'accorde pas à la *lex mercatoria* un statut équivalent à celui de la loi étatique. Néanmoins, dans le contexte de la nouvelle loi uruguayenne, les enseignants affirment qu'une interprétation conjointe des articles 13, 45, alinéa 2, et 51 constitue une avancée significative quant à l'application directe des usages et principes, dans le cadre défini par ces mêmes dispositions[2804]. La faculté pour le juge de fonder directement sa décision sur les usages ou sur les Principes d'Unidroit, sans référence préalable à une loi étatique, demeure une question qui devra, en définitive, être tranchée par la jurisprudence.

[2802] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[2803] Pour les discussions sur l'interprétation de la Convention de Mexico, v. *supra* n° 249 et s.

[2804] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 213-214 (traduction libre de l'espagnol).

485. Le deuxième alinéa de l'article 80 du Code de droit international privé *panaméen* dispose que « l'ensemble des usages, coutumes et pratiques du commerce international est une source de droit et a force obligatoire dès qu'il est convenu ou qu'il découle de l'activité naturelle du commerce »[2805]. Une lecture objective de cette disposition conduit à admettre que le droit non étatique y acquiert un effet contraignant, indépendamment de toute stipulation contractuelle expresse. Il en résulte que le juge, en application de l'article 80, peut se fonder directement sur ces usages, coutumes et pratiques du commerce international, à condition que ceux-ci se rattachent effectivement à l'« activité naturelle du commerce ». On voit ainsi se dessiner une approche favorable à la normativité des règles transnationales du commerce, qui ne sont plus de simples référents techniques, mais de véritables sources de droit.

486. Enfin, en *Argentine*, l'article 2652, alinéa 1, du Code civil et commercial dispose que « à défaut de choix par les parties de la loi applicable, le contrat est régi par les *lois et usages du pays du lieu d'exécution* »[2806]. Cette disposition indique ainsi que, en l'absence de choix exprès des parties, les juges peuvent se référer aux usages du pays d'exécution du contrat pour trancher le litige. Toutefois, cela implique-t-il une véritable application de la *lex mercatoria* en tant que loi régissant le contrat ?

Selon le professeur Boggiano, la réponse à cette question doit prendre en compte le fait que les juges ne peuvent se dispenser de l'ensemble de leur système de normes de conflit de lois. Le professeur argentin admet qu'en cas exceptionnel, le juge peut recourir directement à la *lex mercatoria*. Il illustre cette hypothèse par l'exemple d'un crédit documentaire qui ne fait aucune référence aux Règles et usages uniformes des crédits documentaires de la Chambre de commerce internationale (RUU). Dans un tel cas, il estime qu'« il est probable qu'un tribunal argentin puisse directement appliquer ces règles sans déterminer quel droit national soit applicable selon ses règles de conflit ». Cependant, ce recours reste, selon lui, « réservé aux situations où existent des règles précises et bien connues dans le commerce international, de sorte que le silence ou l'omission des parties peut être interprété comme une référence implicite à ces règles ». En revanche, lorsque ces règles ne constituent pas un usage reconnu du commerce international, « elles ne peuvent être appliquées que sur la base de l'autonomie matérielle des parties »[2807].

B. Les règles de droit comme droit matériel incorporé au contrat

487. Prévision législative en Argentine. Comme le Règlement Rome I, l'Argentine prévoit des normes autorisant une incorporation des règles de droit au contrat.

[2805] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

[2806] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2807] A. Boggiano, *Tratado de derecho internacional privado*, *t. 2, op cit.*, chapitre XXX, § 1, O.2 (traduction libre de l'espagnol).

D'application générale, l'article 1 du Code civil et commercial argentin mentionne expressément les usages, pratiques, coutumes, principes et valeurs juridiques comme sources de droit. Il est établi que « Les usages, pratiques et coutumes sont contraignants lorsque les lois ou les parties intéressées s'y réfèrent ou dans des situations non réglementées légalement, à condition qu'ils ne soient pas contraires au droit » (art. 1)[2808].

En matière de contrats internationaux, l'article 2651, c, du Code civil et commercial argentin, autorise les parties à prévoir le contenu matériel de leur contrat, y compris en créant des dispositions qui écartent des règles supplétives de la loi choisie. Le même article offre aussi la possibilité aux parties d'incorporer dans leurs contrats une norme de droit non étatique. En effet, l'article 2651, d, dispose que « les usages et les pratiques commerciales généralement acceptées, les coutumes et les principes du droit commercial international sont applicables lorsque les parties les ont incorporés à leur contrat »[2809]. Dès lors, la possibilité d'utilisation du droit non étatique est restreinte par la disposition argentine à ladite autonomie matérielle et non à l'autonomie conflictuelle, qui désigne la loi applicable au contrat[2810].

Bien que l'emploi du terme « droit » dans le chapeau de l'article 2651 puisse laisser penser que le législateur argentin a souhaité englober des normes de droit non étatiques pour régir les contrats, la doctrine argentine s'y oppose fermement. Selon la professeure Carolina Iud, la législation argentine s'est alignée sur le modèle du Règlement Rome I, de sorte que la simple utilisation du terme « droit » dans l'article 2651 est insuffisante pour élargir le champ normatif aux règles non étatiques. En effet, l'alinéa a du même article précise explicitement la référence à la « loi », et évoque spécifiquement le « droit étatique », excluant par là même l'inclusion de normes de droit non étatiques dans le champ d'application de cette disposition. Ce qui revêt une importance déterminante est que l'alinéa d de l'article 2651 réserve expressément un traitement spécifique au droit non étatique, plus précisément aux usages et pratiques commerciaux généralement acceptés, coutumes et principes du droit commercial international. Cette précision conduit, selon l'auteure, à considérer que le choix du droit applicable prévu par le chapeau de l'article 2651 doit nécessairement se limiter à un droit d'origine étatique[2811].

[2808] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[2809] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2810] En ce sens, v. C. Iud, *Contratos internacionales en el Código civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, p. 289 et s. ; v. aussi, J.C. Rivera, « The Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Order to Interpret or Supplement Argentine Contract Law », *in* A. Garro, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law nº 51, 1re éd., 2021, p. 39-53, p. 42.

[2811] Dans le même sens, v. A. Boggiano, *Tratado de derecho internacional privado*, *t. 2, op. cit.,* chapitre XXX, § 1, O.2, selon lequel « toutes les références formulées à l'article 2651 du nouveau Code tendent à ce que le choix du droit applicable porte sur un droit étatique, ce qui n'exclut pas la possibilité d'application lorsque sont incorporés au contrat les usages et pratiques commerciaux généralement acceptés, les coutumes ainsi que les principes du droit commercial international. » (Traduction libre de l'espagnol). Pour une analyse détaillée de la manière dont les parties peuvent exercer cette incorporation matérielle, v. C. Iud, *Contratos internacionales en el Código civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, p. 289 et s.

Cela est également l'avis du professeur Antonio Boggiano, pour qui « il n'est pas légitime de faire référence à la *lex mercatoria* comme à un ordre juridique autonome par le biais d'un choix des parties (*Kollisionsverweisung*) ou en vertu d'un rattachement objectif ». En revanche, « elle peut être incorporée au contrat par l'autonomie matérielle des parties dans les limites plus souples du droit international privé, comme cela a été intégré aux articles 2651, alinéas c) et d) du nouveau Code »[2812]. Selon lui, par cette méthode, les parties peuvent facilement « remplacer une ou plusieurs règles coercitives applicables aux contrats internes par d'autres règles matérielles incorporées ou créées » par elles-mêmes. Toutefois, il est essentiel que cette méthode ne prive pas le contrat d'un droit étatique applicable ; ainsi, « si un besoin existe, on peut recourir à ce droit »[2813].

Même sous l'empire de l'ancien Code civil argentin, les tribunaux accordaient une large reconnaissance à l'usage de règles de droit non étatiques, notamment les Incoterms, considérés comme une manifestation concrète de l'autonomie matérielle des parties. Dans l'arrêt *Gobierno de la República del Perú c. SIFAR* du 10 décembre 1956, la Cour suprême argentine reconnut expressément cette autonomie en appliquant une clause FOB pour régir les conséquences de la non-exécution contractuelle. La Cour affirma que « l'accord librement consenti constitue le droit applicable », écartant ainsi la nécessité d'une recherche de la loi applicable au contrat[2814]. Par ailleurs, de nombreux arrêts et jugements argentins ont régulièrement pris en compte les Incoterms choisis par les parties afin de déterminer le lieu d'exécution des obligations contractuelles, et, en conséquence, la loi applicable au litige[2815].

Outre cette reconnaissance, un arrêt du 9 mai 2005 de la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial* a reconnu l'application des RUU dans un contrat de crédit documentaire portant sur une vente internationale de marchandises. En l'absence de clauses contraires dans le contrat, la Cour a validé juridiquement ces règles comme régissant les droits et obligations des parties. Elle a souligné que, puisque les parties utilisent couramment cette

[2812] A. Boggiano, *Tratado de derecho internacional privado*, *t. 2, op. cit.*, chapitre XXX, § 1, O.3 (traduction libre de l'espagnol).

[2813] *Ibidem* (Traduction libre de l'espagnol).

[2814] Argentine, CSJN, *Gobierno de la República del Perú c. SIFAR Sociedad Industrial Financiera Argentina s. incumplimiento de contrato*, 10 décembre 1956 (traduction libre de l'espagnol).

[2815] V., p. ex. : CNCom., sala A, Compañía Manufacturera Manisol S.A. c. Menini Hermanos S.R.L., 5 septembre 2018 ; CNCom., sala F, Sanovo International S.A. c. Ovoprot International S.A., 24 juin 2010 ; CSJN, Picapau SRL s. concurso preventivo s. incidente de revisión por Buettner SA., 17 mars 2009 ; CNCom., sala D, Pramac Ibérica S.A. c. Sincrolamp S.A., 19 novembre 2008 ; CNCom., sala D, Artes Gráficas Buschi S.A. s. concurso preventivo s. incidente de revisión por la concursada al crédito de Stora Enso Kabel GMB & Co. KG., 19 décembre 2007 ; CNCom., sala D, Antonio Espósito S.A. s. concurso preventivo s. incidente de verificación por Basf Aktiengesellschaft A.G., 19 décembre 2007 ; CNCom., sala A, Bravo Barros, Carlos Manuel del Corazón de Jesús c. Martínez Gares, Salvador s. ordinario, 31 mai 2007 ; CNCom., sala C, Rovagnati, Vicenzo SPA c. Wasserman, Samuel L., 16 février 07 ; CNCom., sala E, Mayer, Alejandro c. Onda Hofferle Gmbh & Co. s. ordinario, 24 avril 2000.

modalité dans la mise en œuvre des ventes internationales, les règles et usances en question possèdent « une validité juridique pour régir leurs droits et obligations »[2816].

C. Les controverses persistantes autour de l'utilisation du droit non étatique

488. Les cas du Venezuela et de la République dominicaine : parallélisme avec la Convention de Mexico. Les législations du Venezuela et de la République dominicaine se sont inspirées de la Convention de Mexico et reprennent, en substance, un texte analogue à celui de ses controversés articles 9 et 10[2817].

Au *Venezuela*, la Loi sur le droit international privé de 1998 contient, aux articles 30 et 31, des règles similaires aux articles 9 et 10 de la Convention de Mexico. De même que les dispositions de la Convention, les normes de la loi vénézuélienne ont suscité des controverses[2818]. Selon l'article 30 de ladite loi :

> « À défaut d'indication valable, les obligations contractuelles sont régies par la loi avec laquelle elles présentent les liens les plus étroits. Le juge tient compte de tous les éléments objectifs et subjectifs découlant du contrat pour déterminer cette loi. Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international admis par les organisations internationales. »[2819]

L'article 31 de la loi vénézuélienne ajoute que, « Outre les dispositions des articles précédents », seront appliqués « le cas échéant », « des règles, coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que des usages et pratiques commerciaux généralement admis, afin de satisfaire aux exigences de la justice et de l'équité dans la solution du cas d'espèce »[2820].

Pour sa part, l'article 61 de la Loi sur le droit international privé de la *République dominicaine* comporte des règles similaires à celles de la loi vénézuélienne. Selon cet article, intitulé « Paramètres du tribunal pour déterminer la loi applicable », « le tribunal tiendra compte de tous les éléments objectifs et subjectifs découlant du contrat pour déterminer la loi de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits, ainsi que les principes généraux du droit des affaires internationales acceptés par les organismes internationaux »[2821]. À la manière de la Convention de Mexico, le paragraphe II dispose

---

[2816] Cf. Argentine, CNCom., sala B, *SGZ Bank Südwestdeutsche Genossenschafts Zentralbank AG. c. Productos e Insumos de Fitness S.A.*, 9 mai 200 (traduction libre de l'espagnol).

[2817] Pour mémoire, des interprétations divergentes existent au sein de la Convention de Mexico sur la possibilité pour les parties de choisir des règles de droit comme une véritable loi applicable au contrat. V. *supra* n° 249.

[2818] Sur les controverses, v., en particulier, J.A. Giral Pimentel, *El contrato internacional*, *op. cit.*, p. 223 et s. ; et Z. Marín, *op. cit.*, p. 125 et s.

[2819] Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

[2820] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2821] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

que les « normes, coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciaux d'acceptation générale », seront applicables « le cas échéant »[2822].

Tant l'article 30 de la loi vénézuélienne que l'article 61 de la loi dominicaine réglementent la loi applicable en l'absence de choix. Dans les deux cas, il est clair que, en l'absence de choix, les juges pourront utiliser les principes généraux du droit dans la recherche de la loi applicable. Cependant, comme pour la Convention de Mexico, il n'est pas clair si de tels principes peuvent être utilisés par le juge comme loi régissant le contrat en l'absence de choix, ou si les parties peuvent directement sélectionner les règles de droit pour régir leurs obligations.

L'expression « le cas échéant » (art. 31 de la loi vénézuélienne et paragraphe II de l'art. 61 de la loi dominicaine), qui permet l'application subsidiaire des règles de droit, soulève également des difficultés. Il est vrai que, dans la loi dominicaine, ledit paragraphe est situé dans l'article, intitulé « paramètres du tribunal pour déterminer la loi applicable », ce qui semble concerner exclusivement les cas d'absence de choix. De façon différente, au Venezuela, cette mention figure dans un article séparé, qui s'ouvre par l'expression « outre les dispositions des articles précédents ». Cela semble inclure davantage de situations, et non seulement les cas où les parties n'ont pas exercé un choix de la loi applicable. Néanmoins, l'article 31 de la loi vénézuélienne ajoute une complication, car il lie, tout comme la Convention de Mexico, l'application des règles de droit à la réalisation d'un objectif : « afin de satisfaire aux exigences de la justice et de l'équité dans la solution du cas d'espèce ».

Face à ces lacunes normatives et à la complexité rédactionnelle du texte, la doctrine vénézuélienne s'est efforcée de dégager des solutions interprétatives cohérentes. S'appuyant sur ces dispositions, elle admet majoritairement la possibilité pour le juge de recourir à la *lex mercatoria* en l'absence de choix de loi par les parties[2823]. Plus largement, la Convention de Mexico est considérée comme l'un des référents herméneutiques fondamentaux pour l'interprétation et l'application du droit vénézuélien, au point d'être assimilée aux « principes généraux généralement acceptés de droit international privé » visés à l'article 1 de la loi de 1998[2824]. Cette démarche doctrinale a toutefois eu pour effet de transposer sur le plan interne les mêmes incertitudes et controverses que celles déjà identifiées dans le cadre de l'application de la Convention interaméricaine, notamment quant à la place et à la portée du droit non étatique dans la détermination de la loi applicable.

[2822] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2823] V., en particulier, J.A. Giral Pimentel, *El contrato internacional*, *op. cit.*, p. 235 ; et C. Madrid Martínez, « Características generales del sistema de DIPr venezolano », *op. cit.*, p. 268.

[2824] E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.*, p. 188.

Selon le professeur Giral Pimentel, la législation vénézuélienne ne définit pas un principe de préférence entre la *lex mercatoria* et la loi étatique présentant les liens les plus étroits. Comme il le note, la LDIP vénézuélienne indique que le juge doit appliquer la loi présentant les liens les plus étroits, et « également » la *lex mercatoria* (art. 30). Toutefois, bien qu'il reconnaisse que cet ordre de priorité doit être précisé par la jurisprudence, il estime que la solution la plus appropriée consisterait à privilégier en premier lieu la loi étatique présentant les liens les plus étroits. Les principes de la *lex mercatoria* devraient ainsi « être subordonnés à la loi désignée comme applicable en vertu du rattachement fondé sur les liens les plus étroits, ces règles de droit ne s'appliquant que, « le cas échéant », et en tenant compte « des exigences imposées par la justice et l'équité dans la solution du cas concret » (art. 31). Selon lui, cette solution « contribuerait à la sécurité juridique nécessaire et laisse à la jurisprudence le soin de déterminer les situations dans lesquelles le principe de préférence cesse de produire ses effets »[2825].

Ainsi, premièrement, à défaut d'une désignation valable du droit applicable par les parties, celui-ci sera déterminé selon des critères objectifs et subjectifs visant à identifier la loi présentant le lien le plus étroit avec le contrat. Deuxièmement, si, après épuisement de tous les moyens disponibles, il demeure impossible de trouver cette loi, les principes du droit commercial international, reconnus par des organismes internationaux, seront alors mobilisés. Troisièmement, en cas de lacunes ou de difficultés d'interprétation dans l'une ou l'autre de ces situations (dans la loi ou dans les principes), la solution devra être recherchée conformément à ces principes et, ce n'est qu'en dernier recours, que le juge pourra faire jouer les autres sources de la *lex mercatoria*, sous réserve que cette démarche n'aboutisse pas à des résultats injustes ou inéquitables[2826].

Il a également été soutenu que, à la lumière de la « nature postmoderne » de la LDIP vénézuélienne et d'une interprétation téléologique de celle-ci, il serait pertinent de considérer que « l'objectif de la norme (détermination de la loi applicable) peut être atteint par la promotion d'une coexistence harmonieuse entre le droit étatique et le droit spontané »[2827]. Ainsi, il a été soutenu que l'application prioritaire de la loi ayant les liens les plus étroits (art. 30 de la LDIP) « ne signifierait pas une exclusion de l'application directe de la *lex mercatoria* à ce stade », mais que, conformément à une lecture conjointe des articles 29, 30 et 31 de la LDIP, la *lex mercatoria* « s'appliquerait, en principe, à l'ensemble des contrats internationaux, sauf stipulation expresse en sens contraire »[2828]. Autrement dit, il ne serait pas nécessaire d'appliquer de manière exclusive soit la loi étatique, soit le droit spontané, mais il serait possible de tirer parti des qualités respectives de ces deux régimes afin de parvenir à une solution cohérente, les principes d'adaptation jouant un rôle central dans ce mécanisme[2829]. Il en résulte que le juge pourrait, s'il l'estime

[2825] J.A. Giral Pimentel, *El contrato internacional*, *op. cit.*, p. 235-236 (traduction libre de l'espagnol).

[2826] Z. Marín, *op. cit.*, p. 140.

[2827] *Ibid*, p. 135-138 (traduction libre de l'espagnol).

[2828] *Ibid*, p. 136-138.

[2829] *Ibidem*.

approprié, procéder à un dépeçage du contrat en soumettant une partie de celui-ci à une loi étatique, et une autre partie à la *lex mercatoria.*

Selon le professeur vénézuélien Hernández-Bretón, les parties peuvent aussi librement soumettre leur contrat à la *lex mercatoria*, sans aucune référence à une loi étatique. En effet, selon l'auteur, la loi vénézuélienne, de même que la Convention de Mexico, fournit « un mécanisme très souple qui permet de sélectionner le système de droit étatique ou non étatique le plus convenable à la justice et aux nécessités du commerce international »[2830]. Cela permet alors de désigner comme droit régissant le contrat les Principes d'Unidroit, considérés comme faisant partie de la « *nouvelle lex mercatoria* »[2831]. Cela est également mis en avant par le Guide de l'OEA, qui évoque que, selon les articles 30 et 31 de la loi vénézuélienne, il est possible d'appliquer le droit non étatique en cas de choix des parties et en l'absence de choix[2832].

En outre, il a été soutenu que les éventuelles insuffisances du droit spontané peuvent rendre nécessaire le recours à une loi étatique complémentaire. Ainsi, lorsque les parties ont désigné la *lex mercatoria* comme droit applicable sans préciser expressément une loi étatique en complément, il incombe au juge de déterminer la loi applicable, en privilégiant celle qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat[2833]. Par ailleurs, selon la professeure Claudia Madrid Martínez, l'acceptation de la *lex mercatoria* s'inscrit dans une « tendance généralisée du droit comparé vers la délocalisation du contrat », favorisant « l'adoption de modèles autosuffisants et complexes garantissant l'indépendance du contrat à l'égard des législations étatiques »[2834]. Cependant, il a aussi été rappelé que la *lex mercatoria* qu'elle résulte d'un choix des parties ou soit retenue par le juge en l'absence de choix, demeure en tout état de cause subordonnée aux principes d'ordre public et aux dispositions impératives de police[2835].

Deux arrêts de la Cour suprême vénézuélienne, déjà cités, peuvent être mentionnés : les affaires *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal, C.A.* (2014)[2836] et *Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona C.A. and Ronny Manuel* (2023)[2837]. Dans

[2830] E. Hernández-Bretón, « Venezuela », *op. cit.*, p. 807 ; V. aussi, E. Hernández-Bretón, « ¡¡¡Un monstruo !!! ¿Derecho (…) quéeeee… ? », *op. cit.,* p. 145 et s.

[2831] Cf. E. Hernández-Bretón, C. Madrid Martínez, « Use of the UPICC in Order to Interpret or Supplement National Contract Law: Venezuela », *op. cit.*, p. 395-409.

[2832] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, p. 106.

[2833] Z. Marín, *op. cit.*, p. 131-132.

[2834] C. Madrid Martínez, « Los contratos internacionales en la jurisprudencia venezolana », *op. cit.*, p. 262-263 (traduction libre de l'espagnol).

[2835] J.A. Giral Pimentel, *El contrato internacional*, *op. cit.*, p. 237.

[2836] Venezuela, TSJ, Recurso de Casación, Expediente 14-257, n° RC.000738, Sala de Casación Civil, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, C.A. Banco Universa*, 2 décembre 2014, précité, *supra* n° 260.

[2837] Venezuela, TSJ, Sala de Casación Civil, *Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona C.A y outro*, Recurso de Casación, Expediente 22-071, n° 000090, 17 mars 2023, précité, *supra* n° 260

les deux affaires, la Cour a eu recours, en l'absence de choix exprimé par les parties, à des règles de droit, sans toutefois que la portée de cette application ne ressorte clairement de ses arrêts. Dans la première, elle reconnaît l'importance de la *lex mercatoria* dans le secteur bancaire, en particulier concernant les RUU, lesquelles, selon le texte cité, « se sont transformées en quelque chose de plus qu'une simple compilation de pratiques ». La Cour affirme également que les parties « peuvent ou non » les « incorporer au contrat » et reproche à la cour d'appel de ne pas les avoir appliquées, sans qu'il soit toutefois précisé s'il est permis au juge de les mobiliser en tant que *lex contractus* ou uniquement à des fins d'interprétation et de complément de la loi étatique applicable[2838]. À l'inverse, le second arrêt introduit une réflexion intéressante sur la *lex mercatoria* et les principes généraux du droit commercial international, mais n'en fait usage qu'en tant qu'outil conflictuel : ils servent ici principalement à déterminer la loi applicable au contrat, et non comme un ordre juridique autonome régissant le fond du litige[2839].

489. Acceptation restrictive en Colombie. De la même manière, le Code de commerce colombien encadre le recours au droit non étatique. Son Titre préliminaire (*Dispositions générales*) consacre, à l'article 3 intitulé « Autorité de la coutume commerciale — Coutume locale — Coutume générale », une équivalence entre la loi étatique et la coutume commerciale. Aux termes de cette disposition :

> « La coutume commerciale aura la même autorité que la loi commerciale, pourvue qu'elle ne s'y oppose pas manifestement ou tacitement et que les faits qui la constituent soient publics, uniformes et réitérés dans le lieu où doivent être exécutées les prestations ou où sont nées les relations devant être régies par elle.
>
> À défaut de coutume locale, il est tenu compte de la coutume générale du pays, à condition qu'elle réponde aux exigences de l'alinéa précédent. »[2840]

Même si l'article 3 du Code de commerce n'est pas formellement une règle propre aux contrats internationaux, il paraît s'y appliquer, dès lors qu'il se réfère à la « coutume » locale et générale du pays. Toutefois, cette norme colombienne est assez restrictive. Premièrement, elle ne donne le statut de loi qu'aux coutumes commerciales qui ne sont pas contraires à la loi commerciale. En d'autres termes, les coutumes ne pourront jamais contredire la loi. En plus de cela, elle restreint le statut de loi à celles considérées comme publiques, uniformes et réitérées au lieu de conclusion ou d'exécution du contrat[2841].

Dans un arrêt du 21 février 2012, la Cour suprême de justice colombienne reconnut l'importance de la *lex mercatoria* pour le droit colombien, et tout particulièrement celle

---

[2838] Venezuela, TSJ, Recurso de Casación, Expediente 14-257, n° RC.000738, Sala de Casación Civil, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, C.A. Banco Universa*, 2 décembre 2014 (Traduciton libre de l'espagnol).

[2839] Venezuela, TSJ, Sala de Casación Civil, *Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona C.A y outro*, Recurso de Casación, Expediente 22-071, n° 000090, 17 mars 2023.

[2840] Colombie, Décret n° 410 du 27 mars 1971, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

[2841] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

des Principes d'Unidroit[2842], affirmant que les parties peuvent parfaitement incorporer ces règles dans leurs contrats. Toutefois, l'arrêt ne permet pas de déterminer avec certitude si cette référence équivaut à un choix effectif d'une loi étatique. Selon la Cour : « les parties peuvent faire *régir* le contrat commercial international selon leurs propres règles, *lesquelles s'appliqueront préférentiellement par rapport à la loi nationale non impérative*, et le juge, dans son travail d'interprétation discrétionnaire de la loi ou de l'acte juridique, pourra s'y référer pour *interpréter et compléter les instruments internationaux ainsi que les dispositions légales internes* »[2843].

490. Clauses *paramount*. En matière maritime, la clause dite *paramount* constitue une technique contractuelle particulièrement répandue. Par cette clause de choix de loi les parties peuvent soumettre directement leur contrat aux dispositions d'une convention internationale plutôt qu'à un droit étatique. Cette pratique, initialement développée de manière spontanée par les opérateurs du commerce international, a reçu une consécration formelle avec le Protocole de 1968 modifiant la Convention de Bruxelles de 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement[2844]. Ce protocole prévoyait expressément que la Convention s'appliquerait lorsque le connaissement stipule « que les dispositions de la présente Convention […] *régiront* le contrat, quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée (art. 5, c) »[2845]. Ce mécanisme permet ainsi l'application de la convention à des situations qui n'entreraient pas naturellement dans son champ d'application, considérée ainsi, pour reprendre les termes du professeur Lagarde « comme un ordre juridique régissant le contrat du fait même de sa désignation par les parties »[2846].

[2842] La Cour affirme que la *lex mercatoria* est « utile pour apprécier l'orientation moderne, et reflète les usages, pratiques ou coutumes, les principes généraux du droit, l'expérience du *forum* dans les relations juridiques contractuelles ou obligatoires internationales, et l'intérêt des États pour l'harmonie et l'uniformité du droit dans le contexte de la mondialisation de l'économie et du marché, à travers des organismes internationaux, publics ou privés, tels que la CNUDCI et l'UNIDROIT ». CSJ, 11001-3103-040-2006-00537-01, Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino vs. Granbanco S.A., 21-02-2012, en ligne https://www.unilex.info/principles/case/1709 (consulté le 14 octobre 2025. Traduction libre de l'espagnol).

[2843] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2844] Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, signée à Bruxelles le 25 août 1924, Bruxelles, 23 février 1968.

[2845] *Ibidem* (original sans italiques).

[2846] P. Lagarde, « Il ne peut être dérogé aux clauses impératives d'une convention internationale à laquelle un contrat est volontairement soumis », Cour de cassation (Ch. com.). - 4 février 1992, Mme Karkaba c. Soc. Navale Chargeurs Delmas Vieljeux et autre », *Rev. crit. DIP,* 1992, p. 495. Selon cet arrêt, la Convention de Bruxelles (version de 1924) régissait le contrat litigieux à la manière d'une véritable *lex contractus*, et devait donc écarter une clause par laquelle les parties avaient entendu déroger au plafond de responsabilité impératif qu'elle institue. Le professeur Lagarde condamne, cependant, le fait que la Cour ait assimilé la Convention de Bruxelles de 1924 à sa version révisée. Selon lui « La désignation du protocole de 1968 (convention révisée) l'emporte nécessairement, dans les États qui l'ont ratifié, sur la loi interne qui eût été applicable à défaut de choix, tandis que la désignation du texte de 1924 reste subordonnée aux dispositions impératives de la loi normalement applicable ». V. plus récemment, Civ. 1re, 17 mai 2017, n° 15-28.767, *Rev. crit. DIP*, 2017, p. 431, note D. Sindres, parmi laquelle la Cour de cassation a considéré qu'« une référence au droit international », sans mentionner un instrument spécifique « ne peut valoir choix d'une loi pour régir les relations contractuelles ».

La clause *paramount* présente la particularité de permettre aux parties d'écarter la loi étatique normalement applicable au profit d'une convention internationale, et non d'une autre loi nationale. Certains instruments de droit uniforme non contraignants prévoient expressément leur application lorsque les parties choisissent de s'y soumettre, à l'instar des Principes d'Unidroit. En matière conventionnelle, la Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels du 1er juillet 1964 prévoyait déjà son application dans plusieurs hypothèses, notamment « lorsqu'elle a été choisie comme loi du contrat par les parties […] dans la mesure où elle ne porte pas atteinte aux dispositions impératives qui auraient été applicables si les parties n'avaient pas choisi la loi uniforme » (art. 4). Bien que la CVIM n'ait pas repris cette disposition, la doctrine admet généralement que les parties puissent soumettre leur contrat à ses dispositions même en dehors de son champ d'application naturel, cette faculté demeurant toutefois subordonnée au respect des règles impératives de la loi désignée par la règle de conflit du for[2847].

Cependant, la question des clauses *paramount* demeure peu étudiée par la doctrine et la jurisprudence latino-américaines. Cette lacune engendre une incertitude quant à leur valeur normative, qu'il s'agisse d'un véritable système juridique ou d'une simple incorporation, ainsi qu'à leur application effective dans l'ordre juridique de ces États.

491. Acceptation jurisprudentielle malgré l'absence de réglementation. Bien qu'aucune norme législative n'admette expressément l'application de règles de droit non étatiques pour régir les contrats, la jurisprudence de certains États s'est néanmoins déjà prononcée en faveur d'une telle approche.

Au *Chili*, la Cour suprême a déjà reconnu l'importance des usages en matière de contrats bancaires[2848]. En outre, dans l'arrêt *Sociedad Logística Integral* du 25 août 2010, la Cour suprême de justice chilienne a eu à se prononcer sur un contrat de transport international terrestre pour lequel les parties avaient choisi d'appliquer l'Accord de Montevideo du 16 août 1995 relatif au contrat de transport et à la responsabilité civile du transporteur international. La haute juridiction a confirmé la validité de ce choix, alors même que la convention n'était pas encore entrée en vigueur au Chili au moment de la conclusion du contrat ni lors de la survenance du dommage. Retenant que les cocontractants avaient « volontairement accepté » de se soumettre aux dispositions de cet instrument, la Cour a jugé qu'il constituait le droit applicable, en vertu de son incorporation expresse dans le contrat, et que le demandeur ne pouvait ultérieurement s'en dédire en raison de son

[2847] P. Lagarde, « Il ne peut être dérogé aux clauses impératives d'une convention internationale à laquelle un contrat est volontairement soumis », *op. cit.*, p. 495, citant Bonell, in Bianca et Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Milan, 1987, p. 62 et s. ; Audit, *La vente internationale de marchandises*, 1990, n° 44 ; comp. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, 1982, p. 112.

[2848] Chili, CS, 19 décembre 1955, consid. 46 R., t. 52, 2a parte, sec 1a, p. 44, cité par C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 153. Selon l'arrêt : « "Il est d'usage bancaire de percevoir une commission pour le service d'encaissement de coupons, dividendes ou intérêts lorsque cela concerne des titres remis en dépôt ou en recouvrement, commission qui n'est pas prélevée lorsque les valeurs reçues le sont à titre de gage ou de garantie", comprenant […] "les règles qui, pour les relations internationales, sont établies sur la base d'une application constante et conforme, dans des circonstances toujours identiques". » (Traduction libre de l'espagnol).

caractère prétendument défavorable. La doctrine a interprété cet arrêt comme une possibilité que le choix puisse porter sur des sources non encore intégrées à l'ordre juridique interne, c'est-à-dire acceptant la clause dite *paramount* en tant que véritable *lex contractus*[2849]. Toutefois, selon un autre passage de l'arrêt, il s'agirait plutôt d'une incorporation matérielle. En fait, la Cour a souligné qu'une telle démarche n'était pas contraire à la Constitution nationale, dans la mesure où « ce ne sont pas les juges qui ont arbitrairement appliqué une législation qui n'était pas en vigueur au Chili », mais bien « les parties qui l'ont *incorporée* comme législation en vigueur en l'incluant expressément dans le contrat de transport terrestre »[2850].

Au *Brésil*, l'actuelle législation est silencieuse quant à l'utilisation du droit non étatique. Pourtant, malgré ce silence, le Tribunal de Justice de l'État du Rio Grande do Sul, qui correspond à une cour d'appel, s'était appuyé en 2012, dans une affaire portant sur un simple contrat interne, sur les Incoterms et les Principes d'Unidroit. Plus précisément, il a utilisé l'article 7.3.1 (droit à la résolution)[2851]. Pour les contrats internationaux, deux arrêts successifs également de la Cour d'appel de l'État du Rio Grande do Sul, rendus par la même chambre et le même juge rapporteur les 14 février et 30 mars 2017, ont également confirmé l'application de règles de droit non étatiques en l'absence de choix du droit par les parties.

Dans le premier arrêt (14 février 2017)[2852], la Cour considéra la règle de la LINDB comme désuète et préféra une approche souple fondée sur le principe de proximité. Ainsi, plutôt que d'appliquer mécaniquement la loi désignée par la LINDB, la Cour adopta comme droit applicable la CVIM (qui n'était pas à l'époque en vigueur au Brésil) et les Principes d'Unidroit, considérés comme des expressions de la « nouvelle *lex mercatoria* ». Dans le deuxième arrêt (30 mars 2017)[2853], la même Cour appliqua directement les Principes d'Unidroit à un contrat international de vente de marchandises, faute de pouvoir déterminer avec certitude le lieu de conclusion du contrat, conformément à la règle objective établie par la LINDB. Elle confirma ainsi sa préférence pour une approche flexible, en cohérence avec l'arrêt précédent. Ces décisions témoignent d'une lecture innovante qui valorise la *lex mercatoria* comme véritable droit applicable, au détriment des règles traditionnelles de rattachement de la LINDB. Toutefois, comme nous l'avons déjà affirmé, leur portée doit être relativisée. Elles proviennent d'une même chambre et d'un même juge rapporteur, et n'ont pas été confirmées par les juridictions supérieures.

[2849] Chili, CS, Civ., Casación fondo, rol n° 1699-2009, Cruz Barriga Sergio Carlos con Soc. Logistica Integral, 25 août 2010.

[2850] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2851] Brésil, TJRS, Matrisul Equipamentos de Precisão Ltda. c. LOHR Sistemas Eletrônicos Ltda., nº 70047331723, 4 avril 2012, en ligne https://www.unilex.info/principles/case/1681 (consulté le 8 octobre 2025). Cependant, comme l'a noté le professeur Lauro Gama, « le droit interne brésilien n'a pas de règle similaire à celle énoncée dans l'article 7.3.1 des Principes ». V. L. Gama, « Les principes d'UNIDROIT et la loi régissant les contrats de commerce », *RCADI*, 2019, vol. 406, p. 187-188.

[2852] Brésil, TJRS, Décima Segunda Câmara Cível, Apelação Cível n° 70072362940, 14 février 2017.

[2853] Brésil, TJRS, Décima Segunda Câmara Cível, Apelação Cível n° 70072090608, 30 mars 2017.

En revanche, de manière assez surprenante, une sentence arbitrale de la CCI du 17 janvier 2011 fut beaucoup plus restrictive, acceptant l'utilisation des règles de droit seulement pour combler les lacunes du droit étatique. Dans un litige régi par la loi brésilienne, l'une des parties, en invoquant l'application des principes généraux du droit international du commerce et des usages commerciaux, a plaidé sur la base des Principes d'Unidroit. En invoquant l'article 4 de la LINDB, le tribunal arbitral a rejeté l'application desdits Principes en soutenant que, conformément à l'article mentionné, les usages commerciaux et les principes généraux du droit ne peuvent être utilisés pour fonder une décision uniquement lorsqu'il y a une lacune dans la loi[2854].

Face à ces incertitudes, le nouveau projet de loi générale de droit international privé envisage une voie intermédiaire en acceptant que les juges appliquent le droit non étatique quand les parties l'ont incorporé au contrat. En effet, le paragraphe 4 de l'article 29 de l'Avant-projet de loi générale sur le droit international privé de 2025 dispose que « les autorités brésiliennes compétentes peuvent appliquer les usages et les principes du commerce international compilés par des organismes internationaux intergouvernementaux ou des entités privées, lorsqu'ils sont incorporés au contrat par la volonté des parties, à condition qu'ils ne contredisent pas les normes impératives du droit choisi par les parties ou en leur absence, du droit indiqué dans cette loi »[2855]. Cette formulation consacre une approche restrictive : à l'instar du Règlement Rome I et de la législation argentine, elle admet uniquement l'incorporation matérielle de règles non étatiques dans le contrat, sans pour autant autoriser leur désignation comme *lex contractus* autonome.

Par ailleurs, en subordonnant le pouvoir des autorités brésiliennes à l'application du droit non étatique à la volonté des parties, cette disposition semble interdire au juge de se référer directement à ces règles en l'absence d'un choix exprès des parties. Toutefois, le paragraphe 6, qui concerne l'hypothèse d'absence de choix, fait référence au « droit » du lieu où le contrat a été conclu, plutôt qu'à une « loi », ce qui peut susciter une incertitude quant à la possibilité d'inclure non seulement la loi étatique, mais également des règles non étatiques, à condition qu'elles soient reconnues et compatibles avec le système juridique local. Suivant une interprétation littérale, l'option la plus plausible consisterait à respecter la volonté des parties et, en l'absence d'un tel choix, à appliquer le rattachement objectif prévu par la loi. Cependant, certaines positions jurisprudentielles, mentionnées plus haut, tendent déjà à adopter une interprétation plus large, en admettant que, dans certaines circonstances, le juge puisse appliquer directement les règles de droit non étatique qu'il estime mieux adaptées au cas concret. Il reviendrait donc à la jurisprudence

[2854] C—16424/ JRF, ICC, Number 16398/JRF, 17.01.2011, cité par L. Gama, « General Considerations on the Interaction of the UPICC and the Brazilian Law », *in* A. Garro, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law nº 51, 1re éd., 2021, p. 70-71.

[2855] Avant-projet de loi générale sur le droit international privé (2025) (traduction libre du portugais).

de suppléer la lacune existante dans l'éventualité où ce projet serait concrétisé et intégré en droit positif.

Enfin, il est important de souligner que l'incorporation envisagée demeure limitée aux règles élaborées par des organisations internationales ou des entités privées reconnues, ce qui vise explicitement, d'une part, les Principes d'Unidroit et, d'autre part, les règles établies par la CCI comme les Incoterms. Enfin, l'article encadre strictement le pouvoir du juge. Ce dernier ne peut recourir aux règles de droit non étatiques que si les parties les ont expressément intégrées dans le contrat. De plus, elles ne doivent pas être incompatibles avec les normes impératives du droit étatique applicable, qu'il s'agisse de celui choisi par les parties ou, à défaut, de celui désigné par les règles objectives de rattachement de la loi brésilienne.

§2 — Les règles de droit comme source d'interprétation ou comblement de lacunes

492. Outre la possibilité, parfois envisagée, de désigner des règles de droit non étatiques comme loi applicable au contrat, certains systèmes juridiques nationaux permettent aux juges d'y recourir à titre subsidiaire, notamment pour interpréter ou compléter le droit interne des contrats. Dans ce cadre, les États latino-américains se distinguent par une certaine réceptivité à l'influence de telles règles, même si, dans la plupart des cas, cette ouverture demeure implicite en raison de l'absence généralisée de dispositions expresses consacrant leur applicabilité.

Comme nous l'avons déjà affirmé, en Amérique latine, la plupart des États ne disposent pas d'une norme spéciale réglementant l'utilisation du droit non étatique. En général, les pays qui acceptent l'utilisation des règles de droit pour régir le contrat acceptent également l'utilisation de ces règles pour interpréter et/ou compléter le droit étatique éventuellement applicable. Certains pays reconnaissent les règles de droit comme outil d'interprétation spécifique aux contrats internationaux (A), tandis que d'autres n'ont pas expressément réglementé la question, mais présentent des règles générales sur le sujet qui peuvent être interprétées de façon à accepter une application complémentaire de certaines normes de droit non étatique (B). Par ailleurs, le droit non étatique a fréquemment été mobilisé par les juridictions à titre de source supplétive du droit applicable (C).

A. Reconnaissance des règles de droit comme outil d'interprétation spécifique aux contrats internationaux

493. Parmi les pays qui ont expressément incorporé le droit non étatique en tant que source complémentaire pour les contrats internationaux, on compte le Paraguay, le Venezuela, la République dominicaine, l'Uruguay, ainsi que le Panama. Toutefois, ces nations ne réglementent pas son utilisation de manière uniforme, et présentent des divergences importantes à ce propos.

494. Venezuela, Paraguay, République dominicaine, Uruguay : l'expression « le cas échéant ». L'article 31 de la Loi sur le droit international privé du *Venezuela* est très similaire à celle de l'article 10 de la Convention de Mexico[2856]. Il dispose que : « *Outre les dispositions des articles précédents*, s'appliquent, *le cas échéant*, des règles, coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que des usages et pratiques commerciaux généralement admis, afin de satisfaire aux *exigences de la justice* et de l'équité dans la solution du cas d'espèce »[2857]. La doctrine nationale s'accorde sur l'application des règles de droit comme un outil avantageux pour réglementer les questions de droit international des contrats et pour compléter les lacunes et interpréter la loi étatique. En particulier, les Principes d'Unidroit ont été acceptés par la jurisprudence et la doctrine comme faisant partie de la notion de *lex mercatoria* et de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux ; ils sont, pourtant, utilisables pour interpréter et combler les lacunes de la loi[2858].

De plus, l'article 12 de la loi *paraguayenne* sur le droit applicable aux contrats internationaux, intitulé « Harmonisation équitable d'intérêts », dispose ce qui suit : « *Outre les dispositions des articles précédents*, seront appliqués, *le cas échéant*, les règles, usages commerciaux et principes contractuels du droit comparé, afin de satisfaire aux *exigences de l'équité* dans le cas d'espèce »[2859]. D'autre part, l'article 6 du Code civil paraguayen dispose que, si une question ne peut être résolue par les termes ni l'esprit des dispositions du Code, les dispositions régissant des cas ou des matières analogues seront prises en compte, et à défaut, on fera appel aux principes généraux du droit. Cet article a été interprété par la doctrine et la jurisprudence comme permettant l'applicabilité des règles de droit, et notamment, des Principes d'Unidroit, comme une source de droit afin de combler et d'interpréter la loi[2860].

De manière similaire, la Loi nº 544-14 sur le droit international privé de la *République dominicaine* permet au juge de « tenir compte », pour déterminer la loi applicable aux contrats, des « principes généraux du droit des affaires internationales acceptés par les organismes internationaux » (art. 61). Puis, le paragraphe II de l'article 61 ajoute que « Seront applicables, *le cas échéant*, les normes, coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciaux généralement acceptés »[2861], sans, cependant, faire référence aux exigences d'équité ou de justice.

[2856] Art. 10 de la Convention de Mexico, v. Annexe 1.

[2857] Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2858] V. E. Hernández-Bretón, C. Madrid Martínez, « Use of the UPICC in Order to Interpret or Supplement National Contract Law: Venezuela », *op. cit.*, p. 395-409.

[2859] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2860] V. J.A. Moreno Rodríguez, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC) as Reference for the Uniform Interpretation of Paraguayan Law », *op. cit.*, p. 278 et s.

[2861] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

En ce qui concerne ces trois pays, les phrases « outre les dispositions des articles précédents » et « le cas échéant » laissent croire que le droit non étatique pourrait servir de ressource supplémentaire pour interpréter le droit étatique applicable. Cependant, les exigences liées aux impératifs d'équité (au Paraguay) et d'équité et de justice (au Venezuela) semblent attribuer à ces normes un rôle plus restrictif et encadré, bien que la conception des exigences de justice et d'équité reste large et laissée à l'appréciation du juge du for.

En *Uruguay*, la nouvelle Loi générale de droit international privé contient une règle plus restrictive. L'article 51 de ladite loi rend possible l'utilisation des règles de droit comme outil d'interprétation, tout en limitant aux usages et principes qui émanent des organisations internationales dont le pays est membre. Selon l'article 51 de ladite loi : « S'appliqueront, *le cas échéant*, les usages et principes du droit international des contrats *généralement acceptés ou établis par les organisations internationales dont la République est membre* (article 13, quatrième alinéa, de la présente loi) »[2862]. L'article précise encore que cela est « sans préjudice des dispositions de l'article 45, deuxième alinéa, de la présente loi », cette dernière permettant le choix de règles de droit pour régir le contrat[2863]. Toutefois, d'autres dispositions font également référence à la *lex mercatoria*, comprise dans un sens plus large. Tel est le cas de l'article 13 de la nouvelle loi uruguayenne de droit international privé, déjà commentée, qui reconnaît la spécificité du droit commercial international et prévoit, au quatrième alinéa, l'application, « le cas échéant », des « usages largement connus et régulièrement observés dans les transactions commerciales par les parties concernées, ou ceux généralement acceptés dans lesdites transactions », ainsi que les « principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales dont la République est membre »[2864].

Même avant la nouvelle loi générale, le droit uruguayen reconnaissait à la *lex mercatoria* une pertinence « non seulement matérielle, qu'elle a toujours, mais aussi formelle »[2865]. Cela peut s'observer dans le domaine spécifique des contrats commerciaux à travers l'article 296.6 du Code de commerce qui prévoit que serviront de base d'interprétation des clauses contractuelles : « l'usage et la pratique généralement observés dans le commerce, de même nature, et particulièrement la coutume du lieu où doit s'exécuter le contrat […] ». Et, l'article 297 ajoute : « S'il venait à manquer dans la rédaction d'un contrat une clause nécessaire à son exécution, et que les parties intéressées ne s'entendent pas sur le véritable sens de l'engagement, il est présumé qu'elles se sont soumises à ce qui est d'usage et de pratique dans ces cas, parmi les commerçants, au lieu de l'exécution du contrat »[2866].

[2862] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[2863] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2864] Pour l'interprétation de cet article, v. *supra* n° 484.

[2865] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, *op. cit.*, p. 214 (traduction libre de l'espagnol).

[2866] Uruguay, Loi n° 817, *Code de commerce*, 26 mai 1865 (traduction libre de l'espagnol).

D'autres sources du système juridique uruguayen ont également été utilisées pour fonder l'utilisation des règles de droit, et notamment des Principes d'Unidroit pour interpréter ou compléter le droit national des contrats. Ainsi, l'article 332 de la Constitution nationale uruguayenne prévoit-il que les règles de celle-ci seront interprétées par les principes généraux du droit et l'article 16 du Code civil uruguayen, que le juge, s'il n'existe aucune règle qui puisse être invoquée dans un cas spécifique, doit prendre en considération les principes généraux du droit pour rendre sa décision[2867].

495. Le cas du Panama : mention expresse aux Principes d'Unidroit. Le Panama se distingue des pays étudiés auparavant car, en plus de ce qui est prévu dans les articles 80 et 81 du Code de droit international privé, qui érigent les usages, coutumes et pratiques du commerce international au rang des sources du droit et qui reconnaissent leur force obligatoire, l'article 79 du même Code fait une référence spécifique aux Principes d'Unidroit. Selon cet article, les parties pourront utiliser lesdits Principes « comme règle supplémentaire au droit applicable ou comme moyen d'interprétation par le juge ou l'arbitre, dans les contrats ou les relations de droit commercial international »[2868].

B. Reconnaissance des règles de droit comme outil d'interprétation en dehors du cadre spécifique des contrats internationaux

496. La plupart des pays ne possède pas de norme spécifique sur la possibilité pour le juge étatique d'appliquer des règles de droit en matière de contrats internationaux. Toutefois, leurs droits intègrent des normes de caractère général incluant certaines manifestations du droit non étatique, notamment des coutumes, en tant que sources supplétives pouvant être utilisées pour interpréter la loi étatique. La manière dont ces règles sont considérées comme des sources de droit varie considérablement d'un pays à l'autre.

La référence aux sources complémentaires du droit étatique est généralement formulée de manière générale dans les législations de droit civil, qui renvoient le plus souvent à l'idée de « coutume », mais également aux usages, principes généraux, et parfois même à la doctrine et à la jurisprudence (1). En revanche, certains États adoptent des dispositions spécifiques, permettant une utilisation plus étendue de la *lex mercatoria*, notamment pour les contrats commerciaux (2).

[2867] V. A. Mariño López, « Questionnaire on the Use of the UPICC in Order to Interpret or Supplement National Contract Law: Uruguay », *in* A. Garro, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law nº 51, 1re éd., 2021, p. 353-360.

[2868] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

1. Règles générales d'interprétation et supplétion de lacunes

497. Certaines législations latino-américaines mentionnent explicitement l'acceptation de l'usage de certaines règles de droit en tant que sources supplétives. Parmi ces règles, on retrouve fréquemment les principes généraux, les coutumes et les usages. La doctrine et la jurisprudence sont également évoquées comme sources complémentaires pour certaines législations.

498. Les principes généraux, les usages et les coutumes : le cas de l'Argentine, du Brésil et du Mexique. De manière plus ouverte aux règles de droit comme source supplétive, le Code civil et commercial argentin dispose que « La loi doit être interprétée en tenant compte de ses termes, de ses objectifs, des lois analogues, des dispositions découlant des traités sur les droits de l'homme, des principes et des valeurs juridiques, de manière cohérente avec tout le système juridique » (art. 2)[2869]. De manière similaire, au Brésil, la LINDB ordonne que « Dans le silence de la loi, le juge tranche le litige d'après l'analogie, la coutume et les principes généraux du droit. » (art. 4). En outre, l'article 5 de cette loi ajoute : « Dans l'application de la loi, le juge tient compte des *fins sociales* auxquelles elle est destinée et des exigences du bien commun »[2870].

Comme pour le Brésil et l'Argentine, le Code civil fédéral du Mexique mentionne expressément les principes généraux du droit comme source supplétive du droit, mais interdit l'utilisation de la coutume et des usages *contra legem*. Selon l'article 19 du Code fédéral mexicain, « Les controverses judiciaires en matière civile sont résolues conformément à la lettre de la loi ou à son interprétation juridique. Dans le silence de la loi, ils sont résolus conformément aux principes généraux du droit »[2871]. L'article 10 dispose quant à lui que « Contre le respect de la loi, il ne peut être invoqué la désuétude, la coutume ou l'usage contraire »[2872].

499. La jurisprudence et la doctrine comme sources complémentaires : le cas du Costa Rica, du Guatemala et du Pérou. La législation du *Costa Rica* fait également mention de la coutume, de l'usage, et des principes généraux comme sources supplétives du droit, mais inclut dans ce type de source la jurisprudence. En effet, l'article 1 du Code civil du Costa Rica sur les sources du droit énonce que « La coutume, l'usage et les principes généraux du droit sont des sources non écrites de l'ordre juridique privé et servent à interpréter, délimiter et intégrer les sources écrites de l'ordre juridique »[2873]. Puis,

---

[2869] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[2870] Brésil, Décret-loi n° 4 657 du 4 septembre 1942, *Loi d'introduction aux normes de Droit brésilien*, rédaction conformément à la Loi n° 12 376, 2010 (traduction libre du portugais).

[2871] Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol).

[2872] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2873] Costa Rica, Loi n° 63, *Code civil*, 28 septembre 1887 (traduction libre de l'espagnol).

l'article 3 précise que « Les usages et la coutume ne régiront qu'à défaut de loi applicable, à condition que leur existence soit démontrée et qu'ils ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à une norme de caractère prohibitif »[2874]. L'article 4 concède un caractère correctif aux principes généraux du droit, qui « s'appliqueront à défaut de règle écrite, d'usage ou de coutume, sans préjudice de leur caractère informatif de l'ordre juridique »[2875]. Il est intéressant d'observer la place importante donnée à la jurisprudence et également à la doctrine dans le Code costaricain. L'article 9 dudit Code dispose que : « La jurisprudence contribuera à éclairer l'ordre juridique avec la doctrine que, de manière répétée, établissent les chambres de cassation de la Cour suprême de justice et la Cour plénière lors de l'application de la loi, de la coutume et des principes généraux du droit »[2876]. De ce texte complexe, il apparaît que la doctrine et la jurisprudence récurrentes des instances judiciaires supérieures constituent une source supplémentaire de droit.

Au *Guatemala*, la jurisprudence est également mentionnée comme source complémentaire de la loi. La Loi sur le pouvoir judiciaire établit la primauté de la loi à l'article 2 et mentionne la jurisprudence et la coutume comme des sources complémentaires du droit, en subordonnant cette dernière au respect des bonnes mœurs et de l'ordre public. Selon cet article : « La loi est la source de l'ordre juridique. La jurisprudence la complétera. La coutume ne s'applique qu'en l'absence de loi applicable ou par délégation de la loi, à condition qu'elle ne soit pas contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public et qu'elle soit prouvée »[2877]. Ensuite, l'article 3 précise la primauté de la loi : « L'ignorance, la désuétude, les usages ou les pratiques contraires ne peuvent être opposés au respect de la loi »[2878]. Encore, les articles 10 et 15 de la même loi offrent la possibilité d'utiliser l'équité et les principes généraux du droit pour compléter et interpréter la loi. Cependant, l'article 10 établit une hiérarchie des méthodes d'interprétation et de comblement des lacunes. Dans cette hiérarchie, les « principes généraux du droit » occupent la dernière place[2879].

De manière similaire, mais en excluant la référence à la jurisprudence, au *Pérou*, l'article 2047 du Code civil mentionne la doctrine comme source supplétive du droit étatique. La dernière partie de l'article dispose que : « En outre, sont applicables, à titre supplétif, les principes et critères consacrés par la doctrine du droit international privé »[2880].

[2874] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2875] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2876] Original en espagnol : « Art. 9 — La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2877] Guatemala, Décret 2-89 du 10 janvier 1989, *Loi sur le pouvoir judiciaire* (traduction libre de l'espagnol).

[2878] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2879] P.M. Montano, E.G. Martínez, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC) as Reference for the Uniform Interpretation of Guatemalan Law », *in* A. GARRO, J.A. MORENO RODRÍGUEZ (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law nº 51, 1re éd., 2021, p. 183-194, p. 185.

[2880] Pérou, Décret législatif n° 295, *Code civil*, 24 juillet 1984 (traduction libre de l'espagnol).

500. La marginalisation du droit non étatique dans la tradition civiliste chilienne et ses répercussions régionales. Une approche plus restrictive à l'égard du droit non étatique est constatée notamment au Chili, ainsi que dans les pays ayant adopté le modèle du Code civil chilien.

En effet, les Codes civils du Chili, et des pays l'ayant suivi, comme c'est le cas du Salvador, du Honduras, de l'Équateur et, dans une moindre mesure, de la Colombie, sont presque identiques en ce qui concerne l'utilisation du droit non étatique comme source complémentaire à la loi. Ces législations ne prévoient pas expressément la possibilité d'utilisation du droit non étatique pour suppléer les lacunes de la loi, mais limitent l'application de la « coutume » aux cas spécifiques prévus par la loi (arts. 2 des Codes civils du Chili, du Salvador, du Honduras et de l'Équateur). Plus précisément, dans une rédaction presque identique, ces articles disposent que « La coutume ne constitue le droit que dans les cas où la loi y fait expressément référence »[2881]. En Colombie, de manière un peu différente, l'article 8 du Code civil dispose que « La coutume n'a en aucun cas force de loi. Il ne sera pas possible d'invoquer la désuétude pour justifier sa non-observation, ni une pratique, aussi ancienne et générale soit-elle »[2882].

En ce qui concerne l'interprétation de la loi, l'article 19 du Code civil chilien dispose que : « Lorsque le sens de la loi est clair, sa teneur littérale ne doit pas être méconnue sous prétexte d'en consulter l'esprit ». Néanmoins, un certain degré de souplesse est permis, comme le démontre l'article 24 : « Dans les cas où les règles d'interprétation qui précèdent ne peuvent être appliquées, les passages obscurs ou contradictoires seront interprétés de la manière la plus conforme à l'esprit général de la loi et à l'équité naturelle »[2883]. Il est intéressant d'observer qu'aucune référence n'est faite aux coutumes, aux usages ou aux principes généraux ; la législation chilienne a préféré des termes plus vagues, tels que « l'esprit général de la loi » et « l'équité naturelle ». Au Salvador, les articles 19 à 24 du Code civil sont presque identiques à ceux du Code chilien, faisant également référence à « l'esprit général de la loi et à l'équité naturelle » pour interpréter les points obscurs de la loi (art. 24)[2884]. Dans les articles 17 à 20 du Code civil hondurien, on retrouve une référence similaire à « l'esprit général de la loi » et à « l'équité naturelle »[2885]. En Équateur, cette même méthode d'interprétation est utilisée, mais elle est étendue. En effet, outre la mention de « l'esprit général de la loi » et de « l'équité naturelle » (art. 18.6), on y trouve également des références à l'analogie et aux « principes de droit universel » (art. 18.7)[2886]. À Cuba aucune mention n'est faite des principes généraux, de la coutume ou des usages. L'article 2 du Code civil cubain semble plus restrictif. Il se réfère plutôt aux « fondements politiques, sociaux et économiques de l'État cubain », et il les limite encore à ceux qui sont prévus

[2881] V. Annexe 2 (traduction libre de l'espagnol).

[2882] Colombie, Loi n° 57 du 20 avril 1887, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[2883] Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol).

[2884] El Salvador, *Code civil*, Décret-loi du 23 août 1859, reformé le 1er mars 1880 (traduction libre de l'espagnol).

[2885] Honduras, Décret n° 76/1906 du 8 février 1906, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[2886] Équateur, Loi ordinaire du 24 juin 2005, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

dans la Constitution du pays. Selon l'article 2 : « Les dispositions du présent Code sont interprétées et appliquées conformément aux fondements politiques, sociaux et économiques de l'État cubain, tel qu'ils sont exprimés dans la Constitution de la République »[2887].

En ce qui concerne spécifiquement l'interprétation des contrats, l'article 1546 du Code civil chilien énonce que les contrats « doivent être exécutés de bonne foi et, par conséquent, obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais aussi à tout ce qui découle précisément de la nature de l'obligation, ou qui lui appartient en vertu de la loi ou de la coutume »[2888]. Cette disposition, comme l'a noté la doctrine, constitue un renvoi explicite à l'idée de coutume, laquelle s'incorpore ainsi au contenu du contrat, parfois de manière impérative. Il en résulte que les parties, en matière contractuelle, sont liées par la coutume, même lorsqu'elle n'est pas expressément mentionnée, le contenu contractuel ne se limitant pas aux stipulations convenues, mais englobant également les dispositions supplétives[2889].

L'article du Code civil chilien a été transposé à l'identique dans les Codes civils du Salvador (art. 1417), du Honduras (art. 1546) et de l'Équateur (art. 1562)[2890]. De même, l'article 2480 du Code civil nicaraguayen mentionne l'équité et l'usage, mais omet toute référence à la coutume, en précisant que « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais également aux conséquences que l'équité, l'usage ou la loi imposent en fonction de la nature de l'obligation »[2891]. En Colombie, la transposition de ce texte chilien est plus restrictive, la mention de la coutume ayant été expressément supprimée. L'article 1603 du Code civil colombien dispose ainsi que « les contrats doivent être exécutés de bonne foi et obligent, par conséquent, non seulement à ce qui y est prévu expressément, mais aussi à tout ce qui découle directement de la nature de l'obligation ou qui lui est attribué par la loi »[2892].

De même, le dernier alinéa de l'article 1563 du Code civil contient une norme qui va au-delà d'une simple règle d'interprétation, en affirmant que « Les clauses d'usage commun sont présumées même si elles ne sont pas exprimées »[2893]. Cette disposition, analogue à celle analysée précédemment, vise les clauses que la coutume insère de manière implicite.

[2887] Cuba, Loi n° 59, *Code civil*, 16 juillet 1987 (traduction libre de l'espagnol).

[2888] Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol).

[2889] C. Giménez Corte, *op. cit.,* p. 154, citant la doctrine de C. Ducci Claro, *Interpretación jurídica — en general y en dogmática chilena*, Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 143.

[2890] « Les contrats doivent être exécutés de bonne foi et, par conséquent, obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais aussi à tout ce qui découle précisément de la nature de l'obligation, ou qui lui appartient en vertu de la loi ou de la coutume » (traduction libre de l'espagnol). Cf. El Salvador, *Code civil*, Décret-loi du 23 août 1859, reformé le 1er mars 1880 ; Honduras, Décret n° 76/1906, *Code civil,* 8 février 1906, ; Équateur, *Code civil,* Loi ordinaire du 24 juin 2005.

[2891] Nicaragua, *Code civil*, 11 décembre 2019 (traduction libre de l'espagnol).

[2892] Colombie, Loi n° 57 du 20 avril 1887, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[2893] Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol).

Sa portée apparaît plus étendue, car elle réaffirme, en matière contractuelle, le principe selon lequel les usages reconnus font partie intégrante du contenu du contrat[2894].

Cet article possède également des équivalents rédigés de manière identique au Salvador (art. 1434 du Code civil), en Équateur (art. 1579 du Code civil), en Colombie (art. 1621 du Code civil) et en Bolivie (art. 513 du Code civil). En revanche, au Honduras et au Nicaragua, le texte s'écarte quelque peu de la rédaction chilienne en lui conférant une portée plus étendue. Ces codes incluent une référence explicite, en plus de l'usage, à la coutume comme instrument d'interprétation des clauses ambiguës des contrats. Ainsi, l'article 1582 du Code civil hondurien dispose que « l'usage ou la coutume du pays seront pris en compte pour interpréter les ambiguïtés des contrats, comblant ainsi l'omission des clauses généralement établies »[2895]. De même, l'article 2502 du Code civil nicaraguayen prévoit que « les usages ou coutumes du pays seront pris en considération pour l'interprétation des ambiguïtés des contrats, en suppléant à l'omission des clauses qui sont d'usage dans ces contrats »[2896].

2. Dispositions spécifiques aux contrats de commerce

501. Régime des contrats de commerce. Certains États présentent des normes spéciales concernant les contrats commerciaux, qui semblent s'appliquer aux contrats internationaux de ce type, même si les législations ne précisent pas explicitement le caractère international de ces normes et limitent considérablement l'usage de règles de droit. Tel est le cas au Chili, en Équateur, en Colombie et en Bolivie.

502. Au *Chili*, l'article 4 du Code de commerce offre la possibilité aux juges d'utiliser les « usages commerciaux » pour compléter les lacunes de la loi, mais seulement « lorsque les faits qui les constituent sont uniformes, publics, généralement exécutés dans la République ou dans une certaine localité, et répétés pendant une longue période, ce qui sera apprécié prudemment par les tribunaux de commerce »[2897].

L'article 5 du Code de commerce chilien détermine la manière dont la coutume doit être prouvée. Il prévoit que, lorsque le juge ne connaît pas la coutume invoquée, il appartient aux parties de l'établir. À cette fin, la disposition exige la preuve d'au moins deux décisions judiciaires antérieures constatant l'existence de ladite coutume, ou de trois actes notariés préexistants aux faits litigieux[2898]. Cette exigence a suscité d'importantes

[2894] C. Giménez Corte, *op. cit.,* p. 155.

[2895] Honduras, Décret n° 76/1906 du 8 février 1906, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[2896] Nicaragua, *Code civil*, 11 décembre 2019 (traduction libre de l'espagnol).

[2897] Chili, *Code de commerce*, 23 novembre 1865 (traduction libre de l'espagnol).

[2898] Selon cet article : « En l'absence de constatation par des tribunaux de commerce d'une question entre les parties, l'authenticité de la coutume invoquée devra être prouvée par l'un des moyens suivants : 1er — Par le témoignage digne de foi de deux sentences antérieures constatant l'existence de la coutume, qui auront été

difficultés d'interprétation et a fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales. Il a notamment été observé que la condition relative à l'existence préalable de décisions de justice constitue un « critère circulaire, ou un *regressus ad infinitum* », dans la mesure où la reconnaissance de la coutume se trouve subordonnée à la jurisprudence elle-même, créant ainsi une impasse logique[2899].

Une partie de la doctrine adopte néanmoins une interprétation plus souple, admettant que les sentences mentionnées à l'article 5 peuvent également émaner de tribunaux arbitraux[2900]. Cette position invite à se demander si des décisions de juridictions étrangères pourraient, de la même manière, être admises à titre de preuve, dès lors que la loi ne l'exclut pas explicitement. Par ailleurs, la question de savoir si le juge peut appliquer d'office la coutume demeure controversée. Selon une première position doctrinale, cette faculté aurait été réservée exclusivement aux anciens tribunaux de commerce, aujourd'hui disparus, de sorte que le juge ne pourrait plus l'exercer de sa propre initiative. À l'inverse, d'autres considèrent que le juge qui possède une connaissance personnelle de la coutume invoquée peut l'appliquer sans exiger une preuve préalable[2901].

L'article 6 du Code de commerce chilien confère également aux coutumes une fonction interprétative, en disposant que « les coutumes mercantiles serviront de règles pour déterminer le sens des mots ou des expressions techniques du commerce et pour interpréter les actes ou conventions commerciales ». Le Livre III du même Code, relatif à la navigation et au commerce maritime, introduit un assouplissement en matière de preuve. L'article 825 prévoit en effet que, pour les matières relevant de ce Livre, « la coutume peut être prouvée, en plus des moyens indiqués à l'article 5, par un rapport d'experts, que le tribunal appréciera selon les règles de la saine critique »[2902].

503. De manière similaire, en *Équateur*, le Code de commerce fait référence à la « coutume commerciale » pour compléter les lacunes de la loi, à condition que « les faits qui la constituent soient uniformes, publics, généralement pratiqués dans la République de l'Équateur ou dans une localité déterminée, et qu'ils soient largement connus et régulièrement observés par les parties dans des transactions du même type dans le commerce en question pendant une période minimale de cinq ans » (art. 6)[2903]. La référence aux usages est faite à l'article 267 du même Code, selon lequel : « Pour l'interprétation des

---

prononcées conformément à celle-ci ; 2e — Par trois actes notariés antérieurs aux faits qui motivent le procès et dont ils doivent servir de preuve ». Cf. Chili, *Code de commerce*, 23 novembre 1865 (traduction libre de l'espagnol).

[2899] C. Giménez Corte, *op. cit.,* p. 153 (traduction libre de l'espagnol).

[2900] V. *Ibid*, p. 153-154, citant R. Sandoval López, Manual de derecho, p. 56.

[2901] *Ibidem*, citant, pour la doctrine contre l'application d'office de la coutume par le juge : R. Sandoval López, *Manual de derecho comercial*, Jurídica de Chile, Santiago, t. I, 1981, p. 56 ; et à faveur : C. Ducci Claro, *Interpretación jurídica – en general y en dogmática chilena*, Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 71-72.

[2902] Chili, *Code de commerce*, 23 novembre 1865 (traduction libre de l'espagnol).

[2903] Équateur, Code organique du 9 mai 2019, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

contrats, il sera tenu compte des usages connus et observés dans le commerce international, à moins que l'application de ces usages ne soit illégale »[2904].

504. En *Colombie*, l'article 7 du Code de commerce prévoit l'application subsidiaire des règles de droit aux relations commerciales, plus précisément, à la coutume, aux principes généraux et aux conventions internationales non ratifiées. Selon cet article, « les traités ou les conventions commerciaux internationaux non ratifiés par la Colombie et la coutume commerciale internationale qui remplissent les conditions de l'article 3 », de même que « les principes généraux du droit commercial », « pourront être appliqués aux questions commerciales qui ne peuvent être résolues conformément aux règles précédentes »[2905]. Par conséquent, cette application subsidiaire permet de recourir aux règles de la Convention de Mexico (traité non ratifié) ou aux Principes d'Unidroit (en tant que principes généraux du droit commercial) afin de combler les lacunes de la loi étatique applicable dans la résolution des différends commerciaux.

De la lecture de ces articles, il découle que l'application de la coutume commerciale internationale est plus limitée que celle des principes généraux du droit commercial et des conventions internationales non ratifiées. Cela ressort du fait que la coutume ne peut s'appliquer que si elle remplit les conditions de l'article 3 du même code, c'est-à-dire si elle ne s'oppose pas manifestement ou tacitement à la loi et si les faits qui la constituent sont publics, uniformes et répétés au lieu où doivent être exécutées les prestations, ou où sont nées les relations devant être régies par elle. En revanche, aucune condition n'est posée quant à l'application des principes généraux ou des instruments internationaux.

505. En *Bolivie*, l'article 803 du Code de commerce, d'application interne, évoque de manière générale la coutume et l'équité. Selon cet article : « Dans tous les contrats, la bonne foi est présumée et, par conséquent, elle oblige non seulement à ce qui y est expressément convenu, mais aussi à ce qui correspond à la nature du contrat selon la loi, la coutume ou l'équité »[2906].

En plus de ces renvois généraux aux usages et à la coutume, la Bolivie a suivi une voie intéressante en incorporant explicitement la *lex mercatoria*, et plus précisément des usages codifiés dans son droit interne. La doctrine a même indiqué qu'il s'agit peut-être de l'un des États ayant « le plus largement et explicitement adopté la *lex mercatoria* », en étatisant ou nationalisant les usages et coutumes du commerce international[2907]. En effet, le Code de commerce bolivien intègre expressément certains usages dans le droit positif, à savoir les Incoterms et les RUU.

[2904] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[2905] Colombie, Décret n° 410 du 27 mars 1971, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

[2906] Bolivie, Décret-Loi n° 14 379, 25 février 1977, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

[2907] C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 127 (traduction libre de l'espagnol).

L'article 1408 du Code de commerce bolivien, qui concerne les services bancaires et plus spécifiquement les crédits documentaires (section II), dispose que « pour ce qui n'est pas prévu dans cette section, s'appliquent subsidiairement les RUU, dans leur dernière version »[2908]. On observe ici une forme de « coutume *secundum legem* », ou encore une « loi-cadre déléguant à une instance normative extérieure la réglementation finale de l'institution »[2909]. Ainsi, lorsqu'un aspect spécifique des crédits documentaires n'est pas prévu par la législation bolivienne, ce sont par défaut les règles internationales les plus récentes, en particulier les RUU, qui s'appliquent. Cette disposition illustre la conformité du droit national aux usages bancaires internationaux, lesquels jouent ici le rôle de source complémentaire destinée à suppléer les éventuelles lacunes du droit interne.

En matière de contrats de vente, le droit bolivien ne se contente pas d'un simple renvoi à des règles extérieures, comme c'est le cas pour les RUU, mais incorpore directement les Incoterms au sein de ses propres dispositions. Ainsi, l'article 852 régit la vente *ex-works* (vente EX), l'article 853 la vente FOB, l'article 854 la vente FAS, l'article 855 la vente CFR, et l'article 856 la vente CIF. Les usages, dans ce cas, sont, ainsi, *transformés* en droit matériel interne[2910].

C. Application jurisprudentielle

506. Comme l'a noté le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, le droit non étatique est souvent invoqué pour l'interprétation des droits locaux dans des juridictions latino-américaines, comme c'est le cas, par exemple, des décisions des plus hautes juridictions colombiennes, vénézuéliennes ou des juridictions d'appel argentines, ainsi que brésiliennes[2911].

507. En *Argentine*, déjà sous le régime de l'ancien Code civil, la jurisprudence avait eu régulièrement recours aux règles de droit, notamment aux Principes d'Unidroit, pour interpréter la loi interne et pallier ses lacunes[2912]. Depuis lors, l'application supplétive de ces Principes fait l'objet d'une jurisprudence constante dans le pays, tant au niveau des

[2908] Bolivie, Décret-Loi n° 14 379, 25 février 1977, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

[2909] C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 129 (traduction libre de l'espagnol).

[2910] En outre, ces dispositions, d'une portée étendue, définissent non seulement les droits et obligations respectifs du vendeur et de l'acheteur, mais précisent également le lieu d'exécution des obligations, ce qui détermine, par voie indirecte, également la loi applicable. En conséquence, la doctrine a soutenu que ces clauses confèrent aux parties « une autonomie tant conflictuelle que matérielle ». Cf. C. Giménez Corte, *op. cit.*, p. 130 (traduction libre de l'espagnol).

[2911] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 157-158.

[2912] V. J.C. Rivera, « The Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Order to Interpret or Supplement Argentine Contract Law », *op. cit.*, p. 42.

cours d'appel[2913] qu'au sein de la Cour suprême[2914]. Par exemple, dans un jugement de première instance du 8 avril 2008, il a été souligné que le Code de commerce reconnaît à la « coutume » (compris dans un sens large) une valeur de source de droit, ainsi qu'une fonction interprétative, tout en écartant la possibilité d'une coutume *contra legem*[2915]. En outre, dans un arrêt du 28 décembre 2012, une cour d'appel s'est référée aux dispositions du Code de commerce argentin ainsi qu'aux Principes d'Unidroit, considérés comme des « lignes directrices », afin de déterminer le lieu d'exécution pertinent[2916]. De même, le 1er avril 2014, cette même Cour d'appel a utilisé à nouveau ces Principes pour interpréter le contrat, au regard de la bonne foi, de la loyauté commerciale et du sens commun[2917].

D'autres juridictions latino-américaines ont eu recours aux Principes d'Unidroit pour interpréter leurs législations internes, même dans le cadre de contrats strictement internes, illustrant ainsi une ouverture à l'égard de ces règles non étatiques, comme, par exemple, au Mexique[2918] et au Brésil[2919]. Au Chili, des décisions de justice ont également appliqué

[2913] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal (CNCom Sala B), 10 juin 2004 ; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala II (CCivyComLaMatanza) (sala II), 28 février 2006 ; Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 14 mars 2008 ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 13 mars 2009 ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 28 juin 2013 ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 16 octrobre 2013 ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 1 avril 2014, en ligne https://www.unilex.info/principles/cases/country/24#country_Argentina (consulté le 8 octobre 2025).

[2914] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I (SC Mendoza), 18 septembre 2001, en ligne https://www.unilex.info/principles/cases/country/24#country_Argentina (consulté le 14 octobre 2025).

[2915] « La coutume conserve sa force juridique en tant que source subsidiaire et interprétative, mais son application est conditionnée à sa conformité avec la loi, ce qui exclut toute coutume contraire à une disposition légale impérative ». Argentine, Juz. Nac. Com. 13, secretaría 26, *Banco Holandés Unido c. González de Domínguez, Elisa E. y otros*, 8 avril 2008 (traduction libre de l'espagnol).

[2916] Selon l'arrêt : « Quoi qu'il en soit, afin de déterminer quel serait le lieu d'exécution applicable à ce dernier accord de paiement, qui est finalement celui qui nous occupe, il semble utile de recourir non seulement aux règles d'interprétation prévues à l'article 218 de notre Code de commerce, mais aussi, à titre d'orientation, aux règles et usages du commerce international recueillis par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), élaborés sous la forme des "Principes relatifs aux contrats commerciaux internationaux", également connus sous le nom de "Principes d'Unidroit". Ces dispositions conduisent à renforcer une conclusion favorable à l'existence de liens argentins pertinents dans l'affaire, ce qui détermine l'application de la loi argentine, puisqu'elle constitue la loi du lieu d'exécution des prestations qui nous occupent ». Cf. Argentine, CNCom., sala A, *Golub Gustavo c. International Vendome Rome — IVR S.A. s. ordinário*, 28 décembre 2012, précité *supra* n° 372 (traduction libre de l'espagnol).

[2917] Argentine, CNCom., sala A, *Murex Argentina S.A. c. Abbott Laboratories y otro s. ordinario e International Murex Technologies Corporation c. Murex Argentina S.A. y otros s. ordinario*, 1 avril 2014.

[2918] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 12 avril 2022 ; Suprema Corte de Justicia de la Nación, sala I, 29 novembre 2023, en ligne https://www.unilex.info/principles/cases/country/38#country_Mexico (consulté le 14 octobre 2025).

[2919] Tribunal de Contas da União, 7 décembre 2011 ; TJRS, 4 avril 2012 (application pour complémenter la loi brésilienne lors d'un contrat de vente purement interne) ; Juizado Especial Cível de la Comarca de Bom Despacho, TJMG, 25 mai 2021(application pour complémenter la loi brésilienne lors d'un contrat de prestation de services de téléphonie), en ligne https://www.unilex.info/principles/cases/country/69#country_Brazil (dernière consultation le 8 octobre 2025).

les Principes d'Unidroit, tant pour pallier les lacunes de la CVIM[2920] que pour interpréter le droit national dans des cas de contrats purement internes[2921].

508. De même, en *Colombie*, les Principes d'Unidroit ont été utilisés par les hautes juridictions pour appuyer l'interprétation du droit colombien dans des relations internes[2922], mais aussi dans un contrat international de transport de marchandises par voie maritime[2923].

La Cour suprême colombienne, dans son arrêt déjà cité du 21 février 2012, outre la reconnaissance de la possibilité d'incorporation matérielle de la *lex mercatoria* dans les contrats internationaux, a mis en exergue son importance en tant qu'outil interprétatif. Selon la Cour, les principes généraux du droit constituent des « normes fondamentales, des règles ou directives primaires, universelles, abstraites et irradiantes de l'ensemble du système juridique, et, partant, de l'activité des juges dans leur mission première d'administration de la justice », et, à cet égard, « ils servent à fonder, intégrer, interpréter et adapter l'ordre juridique tout entier ». Enfin elle précise que ces principes « intègrent l'ordre juridique, et permettent de l'adapter aux profondes mutations dynamiques de la vie sociale, mission essentielle de la jurisprudence »[2924].

509. Des mouvements similaires ont été observés dans d'autres pays latino-américains. Au *Venezuela*, dès 1997, la Cour suprême de justice s'est appuyée sur les Principes d'Unidroit pour établir une définition large de l'internationalité d'un contrat, qui était insuffisamment définie en droit interne[2925].

Au *Costa Rica*, des arrêts de la Cour suprême de justice ont rejeté des recours en annulation de sentences arbitrales fondés sur l'application des Principes d'Unidroit, écartant les arguments des parties selon lesquels cette application aurait pu leur porter préjudice ou

[2920] 1 Juzgado Civil de Puerto Montt, n° C-893-2018, *H. Van Wijnen c. Granja Marina Tornagaleones S.A.*, 29 octobre 2020, en ligne https://www.unilex.info/principles/case/2420 (consulté le 14 octobre 2025).

[2921] Corte Suprema de Justicia de Chili, 19 novembre 2021 ; et Corte Suprema de Justicia de Chile, 12 janvier 2023, en lignehttps://www.unilex.info/principles/cases/country/92#country_Chile (consulté le 14 octobre 2025).

[2922] Constitutional Court, 9 décembre 2010 ; Corte Suprema de Justicia, 30 août 2011 ; Constitutional Court, 16 mai 2019 ; Corte Suprema de Justicia, 7 septembre 2020, en ligne https://www.unilex.info/principles/cases/country/50#country_Colombia (consulté le 14 octobre 2025).

[2923] Corte Suprema de Justicia, *Compañía Suramericana de Seguros S.A. v.Compañía Transportadora S.A,* 8 septembre 2011. Dans cet arrêt, la Cour suprême colombienne a jugé que la clause limitant la responsabilité du transporteur était inapplicable, confirmant le montant initial des dommages-intérêts et se référant à l'article 7.1.6 des Principes d'Unidroit pour interpréter le droit colombien applicable et exclure toute limitation manifestement inéquitable de responsabilité, en ligne https://www.unilex.info/principles/case/1656 (consulté le 14 octobre 2025).

[2924] Corte Suprema de Justicia, 11001-3103-040-2006-00537-01, *Rafael Alberto Martínez Luna y María Mercedes Bernal Cancino c. Granbanco S.A.*, 21 février 2012, précité *supra* n° 489, en ligne https://www.unilex.info/principles/case/1709 (consulté le 14 octobre 2025 ; traduction libre de l'espagnol).

[2925] Venezuela, TSJ, *Bottling Companies c. Pepsi Cola Panamericana*, 9 octobre 1997, précité *supra* n° 260, en ligne https://www.unilex.info/principles/case/643 (consulté le 17 janvier 2025).

violer l'ordre public costaricien[2926]. Une approche similaire a été adoptée au Panama, où la Cour suprême de justice a, en confirmant les sentences arbitrales, réaffirmé le principe de l'autonomie de la volonté contractuelle, tout en consacrant l'application subsidiaire de principes internationaux, tels que ceux d'Unidroit, en matière d'interprétation contractuelle[2927]. Une même démarche a été observée au Paraguay, où, lors de la validation d'une sentence arbitrale, la cour d'appel a souligné l'importance des Principes d'Unidroit et sa large utilisation dans les pratiques commerciales contemporaines[2928].

Au *Paraguay*, outre de nombreuses affaires relevant de contrats purement internes ayant appliqué les Principes d'Unidroit[2929], la Cour d'appel, saisie d'un litige relatif à un contrat international de distribution, a reconnu que « bien qu'ils ne soient pas contraignants, les Principes d'Unidroit ont trouvé à s'appliquer dans divers systèmes juridiques à travers le monde en tant que droit complémentaire ou *soft law* »[2930]. Par ailleurs, dans une action intentée par un architecte paraguayen à l'encontre d'une entreprise de construction vénézuélienne pour le paiement d'honoraires relatifs à des travaux immobiliers, la Cour d'appel a eu recours, afin d'établir la véritable intention des parties, non seulement au Code civil paraguayen, mais aussi aux Principes d'Unidroit pour définir la notion d'offre[2931].

Au *Panama*, la Cour suprême a consacré l'application de la *lex mercatoria* dans son arrêt du 27 février 1996 (affaire *Banco Exterior de los Andes y de España c. Banco Cafetero de Panamá*), s'agissant de résoudre des questions non régies par le droit panaméen, particulièrement en matière de litiges portant sur les transferts de fonds par voie électronique (télex)[2932]. Par cet arrêt, la Cour suprême a cassé les décisions des juridictions inférieures au motif qu'elles avaient méconnu une pratique interbancaire internationale

---

[2926] Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 17 juin 2004 ; Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, San José, 23 mars 2006, en ligne https://www.unilex.info/principles/cases/country/73#country_Costa%20Rica (consulté le 14 octobre 2025).

[2927] Cf. résumé disponible sur Unilex, Supreme Court of Justice of Panama, *Importadora Ricamar, S.A. c. Marketec Targeted Solutions, S.A.*, 27 décembre 2021, en ligne https://www.unilex.info/principles/case/2494 (consulté le 14 octobre 2025, Traduction libre de l'anglais). Dans le même sens, Supreme Court of Justice of Panama, 17 mai 2023 (aussi disponible sur Unilex).

[2928] Cf. résumé disponible sur Unilex, Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, Sexta Sala, n° 122, *Consorcio Asunción v. MOPC-Estado Paraguayo*, 17 octrobre 2022, en ligne https://www.unilex.info/principles/case/2395 (consulté le 14 octobre 2025).

[2929] À ce jour, 34 affaires impliquant l'application des Principes d'Unidroit sont recensées au Paraguay sur la base de données Unilex, en ligne https://www.unilex.info/principles/cases/country/72#country_Paraguay (consulté le 14 octobre 2025).

[2930] Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, n° 36, *Compañía de Petroleo y Asfalto (Compasa) c. Petrobras Distribuidora S.A.,* 9 mai 2016, en ligne https://www.unilex.info/principles/case/1958 (consulté le 14 octobre 2025. Traduction libre de l'espagnol).

[2931] Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, 90/2016, *José Carlos Gómez Vaezken c. L.J.P S.A.*, 21 novembre 2016, en ligne https://www.unilex.info/principles/case/2104 (consulté le 14 octobre 2025).

[2932] Cité par G. Boutin, « *Lex mercatoria* : fundamento y apreciación en el Derecho internacional privado panameño », *in* J. Kleinheisterkamp, G.A. Lorenzo Idiarte (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 292-295.

dont la source normative relevait d'un régime anational connu des parties. En l'occurrence, la Cour a admis l'applicabilité des usages et pratiques bancaires internationales, précisant que ceux-ci ont vocation à s'appliquer lorsqu'il s'agit d'opérations « neutres », c'est-à-dire dépourvues de rattachement à un ordre juridique déterminé, pour lesquelles il existe une norme particulière reconnue entre les parties et applicable au cas d'espèce[2933]. Cette solution s'inscrit dans le cadre de l'article 5 du Code de commerce panaméen, lequel reconnaît l'application subsidiaire des usages commerciaux en vue de combler les lacunes de la loi étatique[2934].

Enfin, en *Uruguay*, se fondant sur la *lex mercatoria* et les Principes d'Unidroit, une cour d'appel a estimé que la validité des clauses d'exonération insérées dans des conditions générales est admise lorsque le contrat est conclu entre professionnels et qu'il n'existe pas d'abus de position dominante[2935].

Conclusions du Chapitre

510. Tout au long de ce chapitre, nous avons analysé différentes questions propres au régime de la loi applicable aux contrats internationaux. Ces questions peuvent se poser dans des situations où les parties ont librement choisi la loi applicable ou dans celles où aucun choix n'a été effectué. Ainsi, nous avons analysé comment les lois internes des pays latino-américains traitaient les questions de l'internationalité, du domaine de la loi du contrat, du renvoi, des « perturbations » à l'application des lois étrangères, de la protection des parties vulnérables et de la place du droit non étatique. L'examen approfondi des législations nationales, de la jurisprudence disponible et des travaux doctrinaux des États latino-américains révèle l'existence d'une lacune substantielle sur ces questions.

S'agissant de l'*internationalité*, le droit latino-américain révèle, qu'il s'agisse des systèmes ayant consacré une définition expresse de cette notion ou de ceux qui ont choisi de ne pas la codifier, une orientation en faveur d'une qualification juridique de l'internationalité contractuelle. Cette qualification repose notamment sur des critères objectifs de rattachement, privilégiant ainsi une approche structurelle au détriment d'une conception purement volontariste qui reposerait sur l'intention des parties.

[2933] Cf. *Ibidem*.

[2934] « Art. 5. Si les questions relatives aux droits et obligations commerciaux ne peuvent être résolues ni par le texte de la loi commerciale, ni par son esprit, ni par les cas analogues qu'elle prévoit, elles seront décidées conformément aux usages du commerce généralement observés sur chaque place. » (Traduction libre de l'espagnol).

[2935] Selon la Cour : « Il ressort de ces clauses une limitation évidente de responsabilité pour l'entreprise défenderesse, qui serait inadmissible dans le cadre des relations de consommation ou si elle portait atteinte à l'exécution de l'obligation essentielle du contrat. En revanche, une telle clause est parfaitement admissible dans le contexte de contrats internationaux conclus entre entreprises, pour lesquels il convient de se référer aux principes de la *lex mercatoria*, tels que les Principes d'Unidroit. Ces derniers admettent spécifiquement ce type de clause, pour autant qu'elle ne soit pas manifestement déloyale au regard de la finalité du contrat (Principes d'Unidroit, art. 7.1.6) ». Cf. Tribunal Apelaciones Civil, SEF 0003-000176/2014, 22 octobre 2014, en ligne https://www.unilex.info/principles/case/1989 (consulté le 14 octobre 2025 ; traduction libre de l'espagnol).

Pour ce qui est du *domaine de la loi applicable*, à l'exception de certains pays (Argentine, Panama, Paraguay et Uruguay) qui traitent de façon expresse le domaine de la loi dans leurs législations nationales, des incertitudes subsistent dans la majorité des États latino-américains, laissant les parties ou les juges sans directives claires pour déterminer l'étendue de la loi applicable. D'ailleurs, dans une tradition privilégiant l'exécution du contrat, de nombreuses législations latino-américaines font référence aux *effets* des contrats, sans que cela soit clairement défini (p. ex., Chili, Colombie, Mexique, El Salvador, Équateur, Honduras et Nicaragua). Aux lacunes existantes s'ajoute l'important manque de décisions de justice sur le sujet, qui vient aggraver l'insécurité juridique. Malgré cela, en analysant les lois étatiques et les doctrines nationales, nous pouvons affirmer qu'il existe une tendance à inclure dans le champ de la loi applicable des éléments tels que l'existence, la validité substantielle, les droits et obligations découlant du contrat, ainsi que leurs effets ou leur exécution.

Quant au *renvoi*, en Amérique latine, tous les pays qui ont adopté le principe de l'autonomie de la volonté dans leur législation ont inclus des dispositions sur le renvoi, lesquelles sont généralement en faveur de son exclusion. Cette réglementation se présente le plus souvent sous forme de normes générales, bien que certaines législations contiennent également des dispositions spécifiques concernant l'application du renvoi dans le domaine des contrats internationaux, comme c'est le cas en Argentine, en Uruguay et au Paraguay (ce dernier en raison de la nature spécifique de sa législation, applicable uniquement aux contrats internationaux). Dans leur majorité, ces derniers pays excluent de manière générale le renvoi, parfois sous certaines réserves qui peuvent varier d'une législation à une autre. À l'inverse, adoptant une position minoritaire, trois pays sont favorables au renvoi, bien que ces approches soient assorties de certaines limitations. Il s'agit de Cuba, du Panama et du Venezuela. En outre, pour les pays qui n'acceptent pas l'autonomie de la volonté de manière expresse (Chili, Colombie, Costa Rica, El Salvador, Équateur, Honduras, Nicaragua, Bolivie, et Brésil), la majorité des législations ne font aucune mention du renvoi, que ce soit à propos de sa possibilité ou de son refus. Toutefois certains pays ont inclus des normes générales excluant, de manière générale, le renvoi, comme c'est le cas du Brésil.

En outre, il convient de relever que les *limites et conditions* relatives à l'application de la loi étrangère ne présentent aucune harmonisation au sein de la région. Certes, l'ordre public est généralement reconnu comme une exception classique à l'application de la loi étrangère, mais le rôle des lois de police — qu'elles soient celles du for ou étrangères — connaît d'importantes variations d'un système juridique à l'autre. Cette hétérogénéité se traduit par une disparité notable dans l'application et l'interprétation des limites apportées à l'autonomie de la volonté en Amérique latine.

Par ailleurs, peu d'États se sont dotés d'une réglementation spécifique visant à protéger la *partie réputée faible* dans un contrat international. Seuls l'Argentine, le Panama, la République dominicaine et, plus récemment, l'Uruguay ont franchi cette étape. Dans les autres cas, ces parties vulnérables demeurent généralement protégées uniquement par le

jeu de l'exception d'ordre public ou des lois de police. De surcroît, parmi les États ayant choisi de réglementer cette matière, les solutions restent hétérogènes : les critères de rattachement diffèrent d'un système juridique à l'autre, et la question de la faculté laissée aux parties de choisir la loi applicable demeure l'objet de vifs débats, sans qu'un consensus véritable n'ait été atteint.

Enfin, en ce qui concerne le *droit non étatique*, en dehors de l'arbitrage, nous avons vu que les droits nationaux en Amérique latine sont généralement réticents à l'appliquer en tant que *lex contractus*. En règle générale, les lois nationales ne permettent que la désignation de normes de source étatique pour régir les contrats, à quelques rares exceptions près, comme c'est le cas du Paraguay et récemment de l'Uruguay. Comme pour la Convention de Mexico, au Venezuela et en République dominicaine, dont les législations s'inspirent de cette Convention, des interprétations divergentes subsistent quant à la possibilité pour les parties, ainsi que pour les juges, de choisir des règles de droit comme véritable loi applicable au contrat. En pratique, les juridictions de plusieurs pays latino-américains demeurent prudentes : les tribunaux nationaux se réfèrent rarement de manière directe à la *lex mercatoria* comme source normative autonome, lui préférant le recours aux droits internes. Cette approche traditionnelle repose sur la préférence pour des sources de droit étatique, perçues comme plus légitimes et contrôlables. Dans une voie intermédiaire, en Argentine, l'incorporation du droit non étatique est expressément autorisée par la législation nationale. En revanche, les systèmes juridiques sont plus ouverts à l'utilisation de règles de droit pour interpréter ou combler les lacunes du droit étatique applicable, que ce soit par une prévision expresse de la législation applicable ou encore par voie jurisprudentielle ou doctrinale.

Conclusions du Titre

511. Le présent Titre II a offert une analyse approfondie des solutions concrètes proposées par les sources de droit interne des États d'Amérique latine concernant la loi applicable aux contrats internationaux. Cette approche d'ensemble a permis de dégager une tendance marquée, au sein de ces systèmes juridiques, à dépasser les conventions régionales, souvent plus anciennes, afin d'offrir un cadre juridique plus précis, moderne et harmonisé, conforme aux évolutions les plus récentes du droit international privé au niveau mondial. Néanmoins, malgré cette progression, d'importantes lacunes subsistent, en raison notamment du fait que tous les États ne suivent pas cette dynamique de manière uniforme.

Malgré cela, on peut conclure à une tendance générale en Amérique latine à l'acceptation de l'autonomie de la volonté, que ce soit par voie expresse, transposée dans la législation étatique, ou encore par voie jurisprudentielle. En dépit de cette acceptation du principe de l'autonomie de la volonté, d'importantes lacunes persistent quant à ses contours et au régime applicable. Les règles existantes sont souvent insuffisantes, tandis que la jurisprudence reste rare et superficielle sur divers aspects cruciaux concernant l'exercice de la liberté de choix de la loi applicable.

En l'absence de choix, nous avons noté que le régime applicable n'était pas harmonisé dans la région. Premièrement, de l'analyse des règles de conflit de lois d'origine nationale, nous avons pu conclure qu'il existe une tendance majoritaire à séparer la forme et le fond des contrats en leur assignant des régimes distincts. En Amérique latine, c'est la règle *locus regit actum* qui prime en matière de forme. Cependant, certains pays adoptent des rattachements alternatifs, comme la loi applicable au fond, la loi d'exécution, la loi du domicile des parties ou la loi du for. D'autres, comme le Paraguay et le Panama, ont choisi d'unifier la loi applicable au fond et à la forme, accordant aux parties une plus grande liberté dans la détermination de la loi régissant la forme des contrats. En ce qui concerne le fond, la majorité des États suivent une approche traditionnelle basée sur les critères objectifs de la méthode savignienne classique. Ces États sont influencés en cela par les Traités de Montevideo et le Code Bustamante. Une première division au sein de ce groupe privilégie le lieu d'exécution ou de conclusion du contrat, tandis qu'un groupe restreint d'États adopte l'approche flexible de la Convention de Mexico, favorisant la loi ayant les liens les plus étroits en l'absence de choix valable.

Enfin, ces incertitudes sont renforcées par la complexité des considérations interconnectées entourant la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux, notamment en ce qui concerne les trois questions clés relatives à la loi applicable aux contrats internationaux : l'application du droit non étatique, le champ d'application de la loi applicable, et ses limitations. À partir de cette analyse, nous avons constaté une réticence générale des droits nationaux à appliquer des règles non étatiques, en exigeant la désignation de normes étatiques, à l'exception notable du Paraguay et récemment de l'Uruguay ; mais il a aussi été observé que les systèmes juridiques sont plus ouverts à utiliser ces règles pour combler les lacunes du droit étatique. Concernant le champ d'application de la loi, bien que certaines législations fournissent des directives claires, des incertitudes persistent dans la majorité des systèmes, qui n'ont aucune directive législative ou jurisprudentielle. Enfin, les limitations à l'application de la loi étrangère varient considérablement, avec des divergences sur la définition et l'application de l'ordre public, menant à une variabilité dans l'interprétation des limites à l'autonomie de la volonté dans la région.

En somme, bien que des progrès aient été réalisés pour intégrer des normes plus flexibles et adaptées aux réalités des contrats internationaux, une harmonisation et une clarification accrues des critères d'application des lois et des limites de l'autonomie de la volonté restent nécessaires.

Conclusions de la Première Partie

512. L'harmonisation des normes de droit international privé en Amérique latine représente un défi complexe. Les multiples influences ayant modelé les orientations propres à chaque État, ainsi que les divergences qui en ont résulté, constituent encore aujourd'hui des freins importants à l'instauration d'une véritable harmonisation régionale. Décrite comme « le rêve de tout comparatiste », l'Amérique latine apparaît comme une

« mosaïque » juridique, voire dans certains cas un « amalgame », façonnée au fil du temps par la combinaison de traditions européennes, puis, plus récemment, nord-américaines[2936].

Dans un premier temps, la quête d'indépendance des anciennes colonies d'Amérique latine, conjuguée à un fondement juridique commun partagé par ces nations, a incité les nouvelles républiques à rechercher une harmonisation de leur droit international privé. Ce mouvement a donné lieu à plusieurs initiatives régionales visant à codifier et unifier les règles applicables aux conflits de lois et aux contrats internationaux. Comme il a été observé, ces mouvements étaient profondément imprégnés d'un territorialisme affirmé et d'une conception souverainiste du droit international privé, se traduisant, dans le domaine des contrats internationaux, par une forte résistance à l'égard de l'autonomie de la volonté. Lorsqu'elle était admise, cette autonomie faisait majoritairement l'objet d'une interprétation particulièrement restrictive, cantonnant la volonté des parties aux normes impératives internes de l'ordre juridique de l'État désigné objectivement, sans considération pour le contexte international. Cette orientation doctrinale a exercé une influence déterminante sur l'élaboration et l'adoption des premiers instruments régionaux latino-américains.

La région latino-américaine s'est ainsi fragmentée en divers blocs, reflétant des doctrines souvent contrastées, voire opposées. À ce jour, comme nous l'avons constaté, quatre instruments en vigueur divisent la région, présentant des solutions différentes et même divergentes. Des instruments anciens, porteurs de conceptions désormais dépassées — tels que les Traités de Montevideo de 1889 et 1940, fondés sur une approche territorialiste, ainsi que le Code Bustamante de 1942, bien que relevant d'une logique néo-statutiste marquée, elle aussi, par un fort ancrage territorialiste — coexistent aujourd'hui avec la plus récente Convention de Mexico de 1994. Cette dernière, d'inspiration très libérale et influencée par les idées du droit nord-américain, demeure toutefois faiblement ratifiée par les États latino-américains.

Pour les premiers instruments, l'autonomie de la volonté n'est pas admise — du moins, pas selon une conception contemporaine permettant aux parties de désigner librement la loi régissant le contrat et s'écartant des impositions de la loi interne impérative — tandis que, pour le dernier, elle est largement et expressément reconnue, en offrant même un rôle important (bien que contradictoire) aux règles de droit non étatique. Par ailleurs, en cas d'absence de choix de la loi applicable, les règles de rattachement demeurent particulièrement fragmentées : d'inspiration savignienne, les Traités de Montevideo désignent la loi du lieu d'exécution ; le Code Bustamante, fondé sur la doctrine de Mancini, privilégie la loi commune des parties ou, à défaut, la loi du lieu de conclusion ; enfin, s'inspirant de la « révolution américaine », la Convention de Mexico s'écarte des

[2936] Cf. J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.*, p. 292.

rattachements « traditionnels » objectifs en adoptant l'approche flexible des liens les plus étroits[2937].

Malgré cette absence d'alignement au niveau régional, des progrès sont perceptibles dans les législations nationales des États latino-américains, qui ont été récemment sujettes à des réformes visant à colmater ce manque d'harmonisation constaté dans les conventions en vigueur et à dépasser l'empreinte du territorialisme hérité du siècle dernier, qui continue de marquer une part substantielle de ces législations. Dans une approche d'ouverture et de libéralisme, divers pays ont modernisé leurs solutions de droit international privé, en suivant les tendances mondiales, ayant comme source d'inspiration la Convention de Mexico ou même le modèle européen de la Convention de Rome et de l'actuel Règlement Rome I, et des sources du droit souple, tels que les Principes de La Haye. Cela démontre un « dépassement » des sources conventionnelles par les sources étatiques, qui sont, à ce jour, plus précises et plus adaptées à la complexité du monde globalisé du commerce international.

En général, les États de l'Amérique latine montrent à ce jour une tendance à accepter le principe de l'autonomie de la volonté, dans une vision contemporaine de droit international privé, que ce soit par des dispositions législatives explicites ou à travers l'évolution jurisprudentielle. Cependant, des déficiences subsistent quant aux contours et à l'application de ce principe, avec des lacunes juridiques et un manque de développements jurisprudentiels sur plusieurs aspects. D'autre part, en l'absence de choix de loi, les régimes de droit international privé demeurent non harmonisés au sein de la région, caractérisée par la coexistence de diverses approches, et de la « transposition », dans le droit commun, des divergences déjà présentes au niveau conventionnel. Ces systèmes oscillent entre, d'une part, des méthodes dites « traditionnelles », qui privilégient le rattachement au lieu d'exécution — tout en conservant certains vestiges de la logique nationaliste du Code Bustamante, orientée vers le lieu de conclusion ou la loi commune aux parties — et, d'autre part, des solutions plus souples fondées sur la prééminence du lien le plus étroit. Cette dernière approche traduit une volonté d'alignement sur le droit de *common law* et un rapprochement avec les évolutions observées en Amérique du Nord, notamment à travers l'influence du droit nord-américain et la Convention de Mexico.

Par ailleurs, de nombreuses incertitudes subsistent, notamment en ce qui concerne le champ d'application de la loi du contrat, la question du renvoi, le rôle du droit non étatique, les limitations à la mise en œuvre de lois étrangères, ainsi que la protection des parties vulnérables. Ces aspects demeurent insuffisamment explorés par les sources conventionnelles et internes, ainsi que par la jurisprudence locale.

En conclusion, malgré les efforts déployés et les récents mouvements vers la convergence, l'harmonisation des normes de droit international privé en Amérique latine reste un défi

[2937] Pour la « révolution américaine », v. S.C. Symeonides, « The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow », *RCADI,* 2002, vol. 298.

majeur. Les différences doctrinales, les intérêts divergents et les spécificités nationales constituent encore des obstacles à l'établissement d'une approche cohérente du droit international privé dans la région. Dans des termes fermes, mais profondément enracinés dans la réalité actuelle, le professeur Moreno Rodríguez a justement affirmé : « les régimes du droit international privé contractuel du continent ne sont pas seulement anachroniques — fondés principalement sur des solutions du XIX^{e} siècle, aujourd'hui inacceptables — mais également chaotiques, en raison de différences irréconciliables entre les règles respectives des différents systèmes nationaux et des traités obsolètes et incohérents »[2938].

Cette hétérogénéité, ainsi que l'incohérence normative relevée par le professeur paraguayen, et confirmée dans cette première partie, génère une insécurité juridique tangible pour les opérateurs économiques, contraints de composer avec des régimes à la fois divergents et parfois contradictoires. Il apparaît dès lors impératif de promouvoir un cadre juridique plus clair, cohérent et harmonisé, de manière à réduire l'incertitude juridique et à renforcer la confiance entre les parties contractantes. Un tel effort passe par le développement de règles précises et prévisibles en matière de conflits de lois, susceptibles d'assurer à la fois la sécurité juridique et l'équité des relations contractuelles internationales. Des clarifications et une meilleure articulation entre l'autonomie de la volonté, la loi désignée objectivement, ainsi que le respect des normes impératives et la protection des parties faibles permettraient ainsi de garantir une protection effective des intérêts en présence, tout en favorisant la stabilité des échanges et le développement du commerce international. Il convient, dès lors, d'analyser les solutions envisageables ainsi que les modalités concrètes de leur mise en œuvre.

[2938] *Ibid*, p. 335.

SECONDE PARTIE — LES VOIES DE L'HARMONISATION EFFECTIVE

513. L'harmonisation comme horizon nécessaire. Le développement du commerce international repose sur des exigences fondamentales : la rapidité des transactions, la simplicité des procédures, la confiance entre les parties et la sécurité juridique[2939]. Ces impératifs convergent vers une nécessité cardinale : la certitude du droit. Les opérateurs économiques, qu'il s'agisse de commerçants ou d'autres acteurs participant aux échanges transfrontaliers, ne peuvent déployer leurs activités avec assurance que s'ils sont en mesure d'anticiper le régime juridique applicable à leurs actes et aux éventuels litiges qui pourraient en découler. Cette prévisibilité se trouve d'autant plus renforcée lorsque ces acteurs ont la conviction de pouvoir faire valoir leurs droits et défendre leurs intérêts dans un cadre normatif cohérent et harmonisé, indépendamment du territoire où ils se trouvent. En d'autres termes, la certitude juridique, condition *sine qua non* de l'essor du commerce international, ne saurait être pleinement garantie qu'à travers l'établissement d'un droit cohérent régissant les opérations commerciales internationales. En outre, l'harmonisation et la prévisibilité servent également les intérêts des parties faibles, dont la protection devrait reposer sur des normes précises et spécifiques qui encadrent et limitent l'application générale des règles de conflit. L'harmonisation juridique ne profite donc pas uniquement aux opérateurs économiques puissants, mais constitue également un rempart contre les déséquilibres structurels inhérents à certaines relations contractuelles.

L'harmonisation du droit international privé en Amérique latine s'impose aujourd'hui comme une exigence fondamentale, résultant à la fois de l'intensification des flux commerciaux transfrontaliers et du développement soutenu du commerce extérieur, ainsi que de la progression continue des processus d'intégration économique régionale. Cette nécessité trouve son fondement dans la complexité d'un paysage juridique marqué par la coexistence, parfois conflictuelle, de traditions et d'influences doctrinales multiples. En effet, les systèmes juridiques latino-américains se sont constitués à partir d'un héritage composite où se superposent les codifications d'inspiration napoléonienne et les législations postcoloniales, les orientations doctrinales issues des idées néo-territorialistes et néo-statutistes, ainsi que l'empreinte grandissante des théories anglo-saxonnes

[2939] En ce sens, v. J.A. Estrella Faria, « Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage ? », *op. cit.,* p. 5, pour qui : « L'objectif de renforcer la sécurité et la prévisibilité juridiques demeure le principal moteur des efforts d'harmonisation internationale. Toutefois, l'expérience acquise en matière d'harmonisation et l'intérêt croissant de la doctrine pour la relation entre le droit et l'économie ont fait émerger des arguments supplémentaires. On peut considérer comme particulièrement pertinents les arguments relatifs au rôle positif de l'harmonisation juridique et de la réforme du droit dans la réduction des coûts de transaction et la facilitation de l'activité économique à l'échelle mondiale. » (Traduction libre de l'anglais).

modernes, qui promeuvent une approche plus souple et fonctionnelle des règles de conflit de lois.

Cette pluralité de références normatives et conceptuelles, conjuguée à l'enchevêtrement des sources — qu'elles soient conventionnelles, issues d'instruments continentaux, sous-régionaux ou propres à certains blocs d'intégration, ou encore de droit interne et de droit souple —, engendre une architecture juridique souvent fragmentée et dépourvue d'unité. Dans le domaine spécifique de la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux, cette fragmentation compromet la réalisation des objectifs de prévisibilité et de sécurité juridique, conditions essentielles au bon fonctionnement des échanges et à la confiance des agents économiques opérant dans un espace transnational en constante mutation.

Mais avant d'aborder l'étude des solutions envisageables en vue de l'établissement d'un régime harmonisé de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine, ainsi que les moyens susceptibles de permettre leur mise en œuvre, il nous a semblé opportun de reproduire une citation particulièrement éclairante du professeur Alejandro Garro :

> « Nous savons tous que l'unification et l'harmonisation peuvent s'obtenir, ni plus ni moins, par l'effort de trouver des points communs et de surmonter les dissensions, en respectant le particularisme, mais seulement pour ce qui correspond à des différences d'intérêts et à des pratiques particulières rationnellement justifiables. Mais il est également reconnu que de multiples facteurs politiques, culturels et même émotionnels jouent un rôle important dans la lutte pour l'harmonisation et l'unification du droit, où la recherche d'une formule normative harmonieuse se confond presque inévitablement avec la proposition d'autres systèmes juridiques, tout comme la quête de la "meilleure" norme ou règle conduit à rencontrer des problèmes similaires. Très souvent, nous nous retrouvons à défendre une position sans autre argument que le fameux "on a toujours fait ainsi chez nous". Cette réponse facile, mais manifestement inadéquate, nous évite l'inconfort de devoir approfondir la tâche complexe d'essayer de comprendre comment fonctionne une institution juridique étrangère dans son propre contexte, ce qui est la seule façon de savoir si la solution pratique proposée par le système étranger au même problème est plus avantageuse que la nôtre et aussi si la formule étrangère peut être adoptée ou adaptée dans un environnement culturel, économique, social et politique très différent. »[2940]

En gardant à l'esprit les propos du professeur Garro et pleinement conscient de la complexité de la tâche qui nous incombe, cette seconde partie s'attachera à analyser les solutions proposées par les mouvements les plus récents en la région latino-américaine dans le domaine de la loi applicable aux contrats internationaux, plus précisément du Guide de l'OEA. Cela nous amène à analyser d'autres sources de droit souple, notamment les Principes de La Haye auxquels le Guide fait très souvent référence. Il sera alors question

[2940] A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 39 (traduction libre de l'espagnol).

d'évaluer dans quelle mesure ces instruments peuvent contribuer à l'établissement d'un régime harmonisé des contrats dans cette *région*[2941], compte tenu de ses spécificités politiques, culturelles et juridiques. Nous analyserons enfin la pertinence de ces solutions et proposerons, le cas échéant, des alternatives que nous estimons mieux adaptées aux objectifs d'harmonisation et de sécurité juridique dans le contexte spécifique de l'Amérique latine.

514. Une harmonisation en deux étapes : les solutions envisagées et leur mise en œuvre. La première partie de cette étude a montré que l'harmonisation du régime des contrats internationaux en Amérique latine n'est pas encore réalisée, que ce soit par la voie conventionnelle ou par l'approximation des solutions des systèmes juridiques nationaux. Face à cette disparité, il est important de déterminer quelles solutions adopter et comment les mettre en œuvre de manière efficace.

Parmi les solutions possibles, il est pertinent d'examiner les réponses modernes des instruments de droit souple, notamment les Principes de La Haye et le Guide de l'OEA. Comme nous avons déjà évoqué, la plupart des pays latino-américains étudiés sont membres de la Conférence de La Haye et presque la totalité appartient à l'OEA[2942]. Ces instruments de droit souple offrent, ainsi, un cadre d'orientation aux législateurs et aux praticiens du droit lorsqu'ils doivent résoudre des litiges portant sur la loi applicable aux contrats internationaux. Ils fournissent des recommandations permettant aux divers acteurs d'une relation juridique (législateurs, tribunaux étatiques et arbitraux, parties et leurs conseils juridiques) de traiter des litiges de façon harmonieuse et adaptée aux exigences spécifiques du commerce international contemporain.

Étant donné l'importance de ces instruments en Amérique latine, il est essentiel d'évaluer les solutions qu'ils proposent afin de déterminer si celles-ci représentent véritablement des voies envisageables et pertinentes pour l'harmonisation du droit des contrats internationaux dans la région. Si tel est le cas, il convient alors de s'interroger sur les modalités permettant de favoriser la poursuite de cette harmonisation à la lumière des solutions offertes par ces instruments. Or, en tant que *soft law*, les solutions des Principes de La Haye et du Guide de l'OEA ne sont pas contraignantes et ne s'imposent pas aux États. Leur efficacité dépend donc largement de la volonté des États de les appliquer et de l'engagement des juges et arbitres à suivre leurs orientations pour résoudre concrètement

[2941] Rappelons que le terme « région » est employé ici et tout au long de cette étude dans une acception large, désignant une « vaste étendue de terre, large zone, contrée », « un territoire défini par des données naturelles, des facteurs économiques, des caractères historiques, etc. », sans référence à une division administrative ou à une organisation d'intégration économique particulière (Cf. Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd.).

[2942] Parmi les dix-huit pays étudiés, seuls Cuba, la Bolivie, le Guatemala et la Colombie ne sont pas membres de la Conférence de La Haye. Le Guatemala est un État candidat et la Colombie a été admise, mais n'est pas encore membre. Cf. HCCH, en ligne https://www.hcch.net/fr/states/hcch-members (consulté le 12 mars 2025). Concernant l'OEA, le Nicaragua n'est plus membre depuis 2023. Pour Cuba, le 3 juin 2009, les ministres des Affaires étrangères des Amériques ont adopté la résolution AG/RES.2438 (XXXIX-O/09), annulant la résolution de 1962 qui excluait le gouvernement cubain du système interaméricain. Cf. OEA, en ligne https://www.oas.org/pt/estados_membros/default.asp (consulté le 12 mars 2025).

les litiges. De plus, la coordination entre les normes internes, conventionnelles et de droit souple peut poser des défis. La question des méthodes à adopter pour mettre en œuvre les solutions proposées est donc cruciale.

515. Plan de la seconde partie. Face à un contexte marqué par la diversité et la divergence des solutions, cette partie de l'étude se fixe un double objectif. Il s'agit, d'une part, d'identifier et d'évaluer les solutions susceptibles d'harmoniser les règles applicables dans la région, et d'autre part, de proposer des voies pour les transformer en réalités concrètes (« *bringing them to life* »). Cette démarche vise à concevoir un cadre régional harmonisé, respectueux des particularités de l'Amérique latine, notamment de l'état actuel du corpus normatif en vigueur et de la cohérence systémique entre ses différentes composantes. Pour atteindre cet objectif, il s'avère nécessaire de procéder à une analyse rigoureuse des règles de conflit proposées (Titre I), afin d'identifier des mécanismes pratiques susceptibles de transformer les recommandations et suggestions en réalités concrètes et de surmonter l'état de divergence actuel (Titre II).

Titre I. — Les règles de conflit

Titre II. — La résorption des conflits des sources

TITRE I — LES RÈGLES DE CONFLIT

516. Dans le contexte latino-américain, le rôle du droit souple dans l'harmonisation des contrats internationaux gagne de l'importance. L'application des directives du Guide de l'OEA, inspiré de la Convention de Mexico et des Principes de La Haye, apparaît comme un levier essentiel pour atteindre la cohérence et l'uniformité des pratiques contractuelles. Il est donc important d'examiner les solutions des Principes de La Haye et du Guide de l'OEA, afin d'évaluer leur pertinence pour l'harmonisation du droit des contrats internationaux dans cette partie du continent.

517. Plan du Titre. Nous analyserons, ainsi, la pertinence des solutions de ces instruments concernant l'autonomie de la volonté (Chapitre I), et le régime subsidiaire le plus approprié en cas d'absence ou d'invalidité du choix de la loi applicable (Chapitre II). Enfin, nous évaluerons la pertinence de ces solutions pour les mécanismes généraux des conflits de lois et la mise en œuvre de la loi du contrat, à savoir le domaine de la loi du contrat, la possibilité du renvoi, les limitations et conditions à l'application des lois étrangères, et le rôle du droit non étatique (Chapitre III).

CHAPITRE I — VERS L'AFFIRMATION DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

518. Pour parvenir à l'harmonisation du régime des contrats internationaux, il est impératif que le choix de la loi applicable soit expressément reconnu dans les législations latino-américaines n'ayant pas encore franchi cette étape (Section 1), de même que les modalités de son application doivent être clairement précisées et délimitées (Section 2).

Section 1 — De la nécessité d'une acceptation expresse de l'autonomie de la volonté

519. Rappel du système actuel. Comme cela a été évoqué[2943], l'autonomie de la volonté est l'un des principes fondamentaux du droit contemporain des contrats et jouit d'une reconnaissance significative en droit international privé comparé[2944], étant considérée

[2943] V. *supra* n° 89 et s.

[2944] V. S.C. Symeonides, « The Story of Party Autonomy », *in* D. Girsberger, T. Kadner Graziano, J.L. Neels (dir.), *Choice of Law in International Commercial Contracts*, Oxford University Press, 1re éd., 2021, p. 129-140,

comme un « principe général de droit reconnu par les nations civilisées »[2945]. Son ancrage progressif dans les systèmes juridiques nationaux et les instruments internationaux témoigne de l'existence d'un consensus doctrinal et jurisprudentiel qui transcende les frontières et les traditions juridiques. L'examen de la trajectoire historique de ce principe révèle néanmoins que son acceptation n'a nullement été linéaire ni unanime. Les résistances initiales, particulièrement marquées dans certaines régions du globe, trouvent leur origine dans des considérations tant théoriques que pragmatiques, liées notamment aux rapports de force économiques entre États exportateurs et importateurs.

En Amérique latine, le principe est admis dans une conception contemporaine et son régime n'est précisément délimité que dans la Convention de Mexico. En ce qui concerne le droit de source nationale, comme nous l'avons observé, une tendance générale se dégage en Amérique latine en faveur de l'acceptation de l'autonomie de la volonté, que ce soit par une reconnaissance expresse transposée dans la législation étatique, ou par l'intermédiaire de la jurisprudence et de la doctrine. Toutefois, malgré une large tendance à l'acceptation du principe, plusieurs États n'ont, à ce jour, pas légiféré sur la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à leurs relations contractuelles. C'est notamment le cas du Chili, de la Colombie, du Costa Rica, du Salvador, de l'Équateur, du Honduras, du Nicaragua, ainsi que de la Bolivie et du Brésil. Par ailleurs, même dans les pays ayant reconnu ce principe, d'importantes incertitudes subsistent quant à la définition précise de ses contours et au régime applicable, comme il a été démontré[2946].

Dès 1992, lors de son cours à l'Académie de droit international de La Haye, le professeur argentin Antonio Boggiano dénonçait déjà l'urgence d'une « impulsion finale » pour ancrer ce principe en Amérique latine. Or, plus de trois décennies plus tard, force est de constater

---

spéc. p. 137 et s. L'auteur retrace l'essor progressif de l'autonomie de la volonté, adoptée dès le XIX[e] siècle par certains pays européens et au début du XX[e] siècle par des États d'autres continents, malgré des résistances initiales, notamment en Amérique latine et en Europe pré-Seconde Guerre mondiale. Il mentionne les pays suivants, qui ont accepté de manière expresse l'autonomie de la volonté : l'Autriche (1811), la Grèce (1856), l'Italie (1865), le Maroc (1913), le Brésil (1916), la Chine (1918), la Pologne (1926), et la Grèce (1940). Il souligne que : « Si le scepticisme de certains pays d'Amérique latine à l'égard de l'autonomie de la volonté s'explique par leur expérience avec les créanciers étrangers, la résistance à l'autonomie de la volonté dans l'Europe d'avant la Seconde Guerre mondiale était assez surprenante, les tribunaux de nombreux pays européens, comme la Belgique, la France, l'Allemagne, la Hongrie, les Pays-Bas et la Suisse, ont commencé à reconnaître l'autonomie de la volonté, même en l'absence d'autorisation législative ». Et aux États-Unis, il note que « l'autonomie de la volonté a subi un revers temporaire sous l'influence du professeur Joseph Beale, rédacteur du premier Restatement des conflits de lois de 1933 », mais a été consacrée dans le second Restatement de 1871 ; « Aujourd'hui, vingt-trois États américains suivent le second Restatement en matière de conflits contractuels, mais, sur la question de l'autonomie de la volonté, ce nombre est bien supérieur ». Il en conclut : « Ainsi, après des débuts tardifs et lents, le principe d'autonomie de la volonté a fini par triompher. » (Traduction libre de l'anglais). V. aussi, J. Basedow, « Theory of Choice of Law and Party Autonomy », *op. cit.*, p. 18.

[2945] Cf. O. Lando, « The Conflict of Laws of Contracts General Principles », *op. cit.*, p. 284. En outre, comme noté dans le Rapport Giuliano-Lagarde, « 1. La règle énoncée à l'article 3 paragraphe 1, d'après laquelle le contrat est régi par la loi choisie par les parties, ne constitue que la réaffirmation d'une règle consacrée à l'heure actuelle dans le droit international privé de tous les États membres de la Communauté ainsi d'ailleurs que dans la plupart des droits des autres pays ». Cf. M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, art. 3, para. 1.

[2946] V. *supra* n° 266 et s.

que les insuffisances demeurent, révélant une inertie regrettable qui continue de freiner l'application pleine et entière de ce fondement essentiel du droit international privé[2947].

Il convient dès lors d'examiner, dans un premier temps, les solutions élaborées par les instruments de droit souple en matière de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux (§1), avant d'apprécier, dans un second temps, leur pertinence et leur effectivité dans le contexte latino-américain (§2). Cette démarche permettra de mesurer l'influence réelle de ces instruments sur les pratiques contractuelles et juridictionnelles, tout en identifiant les limites inhérentes à leur nature non contraignante face aux particularités du système juridique régional.

§1 — Les solutions du droit souple

520. En raison des avantages largement reconnus du principe d'autonomie de la volonté en matière contractuelle, les instruments de droit souple lui accordent une place centrale. Ainsi, l'objectif principal des Principes de La Haye est celui d'établir un modèle universel de règles de conflit applicables aux contrats afin de « renforcer l'autonomie de la volonté et d'assurer le champ d'application le plus large possible à la loi choisie par les parties, sous réserve de limites clairement définies » (I.11)[2948].

L'article 2.1 des Principes de La Haye consacre la liberté des parties de choisir la loi régissant leur contrat, de façon très libérale : « Un contrat est régi par la loi choisie par les parties »[2949]. L'introduction des Principes souligne que « Déterminer la loi applicable à un contrat sans tenir compte de la volonté exprimée par les parties au contrat peut conduire à une imprévisibilité préjudiciable, ceci en raison des différentes solutions qui existent d'un État à l'autre » (I.2). En outre, reconnaissant que cette approche est dominante parmi les États, il est souligné que l'autonomie de la volonté « favorise la sécurité et la prévisibilité juridiques dans le cadre de l'engagement contractuel principal conclu entre les parties et rend compte du fait que les parties sont probablement les mieux placées pour déterminer l'ensemble de principes juridiques le plus adapté à leur transaction » (I.3).

Le Guide de l'OEA adopte cette approche et souligne que l'autonomie des parties « est l'un des piliers du droit moderne des contrats et jouit d'un haut niveau de reconnaissance en droit international privé ». Il fait écho aux Principes de La Haye en affirmant que ce principe « repose sur l'idée que les parties à un contrat sont les mieux placées pour déterminer quelle loi est la plus adaptée pour régir leur transaction, plutôt que de laisser cette détermination au juge en cas de litige ». Selon le Guide, cette autonomie « renforce

[2947] A. Boggiano, « The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America Universality and genius loci », *RCADI*, 1992, vol. 233, p. 134.

[2948] Critiquant la solution imprécise des Principes quant à la notion même d'autonomie, v. P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI*, 2016, p. 410-453.

[2949] HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015.

la sécurité juridique nécessaire pour encourager les transactions commerciales et vise également à réduire l'interventionnisme étatique au profit de l'initiative privée »[2950].

Après avoir dressé un aperçu de l'évolution du principe d'autonomie de la volonté dans les Amériques et noté que les Traités de Montevideo et le Code Bustamante restent lacunaires à ce sujet[2951], le Guide souligne que ce principe a été intégré dans plusieurs autres traités relatifs au droit international privé. Il rappelle également que, « comme preuve supplémentaire de sa reconnaissance internationale, l'Institut de Droit International, lors de sa réunion à Bâle en 1991, a adopté une résolution en faveur de l'autonomie des parties en matière de droit international privé », tout en précisant que ce principe « a également été considéré comme étant couvert par plusieurs chartes et déclarations énonçant les droits humains fondamentaux, tels que l'article 17 et l'article 29.1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, bien que cette position n'ait pas été généralement acceptée »[2952]. Le Guide évoque ensuite la Convention de Mexico et les Principes de La Haye, qui adoptent pleinement le principe de l'autonomie de la volonté, en analysant certaines de leurs solutions et en soutenant l'utilisation de ces derniers comme outil d'interprétation de la Convention de Mexico, notamment en matière de choix de droit non étatique[2953].

Le Guide offre également un bref aperçu de l'autonomie de la volonté dans les droits internes de la région, visant « non pas à interpréter, mais simplement à rendre compte de la situation actuelle ». Il y est relevé qu'« il semble qu'il n'y ait qu'un seul État où le principe est catégoriquement rejeté (l'Uruguay, bien que la question fasse l'objet de controverses) et un autre où son admissibilité reste quelque peu incertaine (le Brésil) » — ce Guide ayant été élaboré avant la réforme législative uruguayenne de 2020, qui a reconnu l'autonomie de la volonté[2954].

Il présente également un aperçu de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage, en mentionnant plusieurs instruments conventionnels qui reconnaissent ce principe, tel que la Convention de New York, la Convention du Panama, ainsi que l'Accord du Mercosur sur l'arbitrage, et souligne que de nombreuses lois arbitrales en Amérique latine garantissent

---

[2950] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, n° 210 (traduction libre de l'anglais).

[2951] Selon le Guide : « Les traités de Montevideo soulèvent de nombreuses questions concernant l'autonomie des parties. Le traité de 1889 ne traite pas de ce sujet, ce qui a conduit certains commentateurs à affirmer — de manière très discutable — que, sur cette base, l'autonomie des parties serait reconnue ». Pour ce qui est du Traité de 1940, il note que, conformément à l'article 5 de son Protocole additionnel « la solution du traité de 1940 est de permettre à chaque État, dans l'exercice de sa souveraineté, de déterminer de manière indépendante la compétence juridictionnelle et la loi applicable aux contrats internationaux », et pour ce qui est du Code Bustamante, le Guide affirme que « l'autonomie des parties ne semble pas être incluse dans les articles du Code Bustamante, bien que son rédacteur ait affirmé, dans un ouvrage doctrinal ultérieur, que le Code reconnaissait ce principe. La discussion sur cette question reste ouverte ». Cf. *Ibid*, n° 213 et 214 (traduction libre de l'anglais).

[2952] *Ibid*, n° 216 et 217 (traduction libre de l'anglais).

[2953] *Ibid*, n° 218 et s. (traduction libre de l'anglais).

[2954] *Ibid*, n° 231 (traduction libre de l'anglais).

l'autonomie des parties, tant dans le choix de soumettre leur différend à l'arbitrage international que dans la sélection de la loi applicable à la résolution de ce différend à travers ce mécanisme.

Enfin, le Guide de l'OEA recommande la chose suivante :

> « Le régime juridique national sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux devrait affirmer une adhésion claire au principe internationalement reconnu de l'autonomie de la volonté, tel qu'énoncé dans la Convention de Mexico, les Principes de La Haye et d'autres instruments internationaux. » (recommandation 7.0)[2955]

§2 — La pertinence des solutions du droit souple

521. Bien que le principe de l'autonomie de la volonté bénéficie d'une reconnaissance quasi universelle, ainsi que nous l'avons précédemment évoqué, il demeure l'objet de résistances, et l'Amérique latine ne fait pas exception[2956]. Comme le professeur Juenger l'avait souligné déjà en 1994, l'hostilité des universitaires à l'égard de l'autonomie de la volonté, malgré une pratique commerciale établie de longue date, n'est pas « une simple aberration » latino-américaine[2957].

Parmi les principales opposantes à ce principe en Amérique latine figure la professeure uruguayenne Cecilia Fresnedo de Aguirre, dont la position doctrinale a d'ailleurs prévalu jusqu'à très récemment dans ce pays. Au terme d'une vaste étude comparative et historique juridique, la professeure Fresnedo de Aguirre présente les principaux fondements invoqués par les partisans de l'autonomie de la volonté, et procède à une analyse critique de chacun d'eux[2958]. Selon l'auteure, l'autonomie ne confère aucune véritable prévisibilité, dans la

---

[2955] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, p. 125 (traduction libre de l'anglais).

[2956] Il convient également de citer les propos de la professeure Cecilia Fresnedo de Aguirre, dans un article de 2022 consacré à la nouvelle loi uruguayenne de droit international privé. Elle, qui a toujours été une sévère critique du principe de l'autonomie de la volonté observe, à la suite de Basedow, que si ce principe est largement appliqué en Europe et dans plusieurs pays industrialisés, dont les États-Unis, l'Australie, le Japon ou encore la Chine, il demeure loin d'être universel, certains États — notamment en Amérique latine et au Moyen-Orient, comme le Brésil et l'Iran — continuant à le rejeter. Selon elle, la diffusion majoritaire du principe ne saurait constituer à elle seule un argument décisif en sa faveur, et la faible ratification de la Convention interaméricaine de 1994, centrée sur l'autonomie des parties, en Amérique latine, illustre la persistance des réticences régionales à son égard. Cf. C. Fresnedo de Aguirre, « La autonomía de la voluntad en la Contratación internacional y los principios Fundamentales en juego: Las novedades de la ley 19 920 », *op. cit.,* p. 238-239.

[2957] F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *op. cit.*, p. 87 (traduction libre de l'anglais).

[2958] L'auteure analyse les arguments suivants : la supposée prévisibilité de la clause de choix ; l'éventuelle nécessité de liberté des parties ; la méfiance des sociétés des pays développés envers les systèmes juridiques des pays en développement ; les controversées nécessités du commerce international et de la convenance de faciliter la tâche du législateur et du juge ; le « curieux » fondement téléologique de la « morale chrétienne » soulevé par Boggiano ; ainsi que les arguments fondés sur la pratique généralisée. Après analyser chacun de ces arguments, la professeure uruguayenne conclu : « aucun des arguments utilisés pour défendre l'autonomie de la volonté n'a une valeur de

mesure où l'ensemble complexe des limitations apportées au principe — issues de la loi, de la doctrine et de la jurisprudence — demeure soumis à l'appréciation des juridictions, dont les décisions sont difficilement anticipables. Ce cadre restrictif, affirme-t-elle, « élimine, ou du moins réduit, le bénéfice présumé de la prévisibilité et de la certitude »[2959].

La professeure uruguayenne souligne que ce principe, conçu pour les pays développés, risque de compromettre les intérêts des nations latino-américaines importatrices, en particulier ceux de leurs acteurs économiques locaux[2960]. Elle avertit également que l'autonomie de la volonté peut menacer des principes et intérêts nationaux essentiels, comme la protection des parties faibles, notamment les consommateurs. Selon elle, ces dangers existent même dans les contrats entre commerçants, où l'égalité des pouvoirs de négociation n'est pas toujours réelle. Elle conclut que l'autonomie de la volonté favorise la partie la plus forte, tandis qu'un système fondé sur des rattachements objectifs, tel que celui de l'Uruguay, serait « plus sûr, prévisible et équitable »[2961].

Le Brésil constitue à cet égard une illustration pertinente, où l'Avant-projet récent de loi générale de droit international privé (2025), actuellement en discussion, prévoit la reconnaissance explicite du principe d'autonomie de la volonté en matière contractuelle internationale[2962]. Accueilli favorablement par une partie du milieu académique, notamment du droit international privé, ce projet a néanmoins été sévèrement critiqué par d'autres. En effet, en réaction au nouveau projet de loi brésilien, le Conseil fédéral de l'Ordre des avocats du Brésil a émis, en mai 2025, un avis critique concernant l'adoption par ce projet du principe d'autonomie de la volonté en matière de choix de la loi applicable aux contrats internationaux[2963]. L'avis conteste ce principe, pourtant largement reconnu tant par la doctrine que par la jurisprudence des cours supérieures brésiliennes, en invoquant des risques, notamment pour la « souveraineté nationale ». L'avis qualifie cette évolution de « nouveau colonialisme juridique ». Selon lui, il s'agit d'une forme de

---

conviction absolue. Au contraire, ils sont tous contestables, avec des critiques qui sont irréfutables et qui n'ont pas été réfutées de manière formelle par les partisans du système ». V. C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, op. cit.*, p. 115-128 et p. 131 (traduction libre de l'espagnol).

[2959] *Ibid*, p. 112 (traduction libre de l'espagnol).

[2960] Selon l'auteure « dans un pays comme l'Uruguay, faiblement développé et dont les volumes d'échanges commerciaux internationaux sont très faibles — ce qui l'affaiblit lors de la négociation des conditions contractuelles —, l'État ne peut renoncer à cette intervention ou à ce "dirigisme" et ouvrir la voie à l'autonomie de la volonté. Ceci impliquerait nécessairement de laisser sans protection toutes ces politiques fondamentales — non seulement en matière économique, mais aussi de protection de la partie faible —, et de permettre aux entreprises étrangères de les contourner impunément » (*Ibid*, p. 113). Ultérieurement elle affirme : « Il ne s'agit pas de défendre la souveraineté nationale, tel qu'on pouvait l'entendre au XIX^{e} siècle. Il s'agit plutôt de défendre des intérêts nationaux inaliénables, ainsi que les intérêts des commerçants et des producteurs locaux (*Ibid*, p. 129) (traduction libre de l'espagnol).

[2961] Selon l'auteure : « Tous les arguments relatifs aux avantages que représente l'autonomie et aux besoins qui exigent son acceptation font en réalité référence aux avantages et aux besoins de certains secteurs, au détriment des besoins et des intérêts d'autres secteurs. Le rôle de l'État est précisément d'adopter des normes abstraites, en tenant compte de certaines politiques législatives fondées sur des raisons de justice et d'équité, qui permettent d'aboutir à des solutions objectivement justes, en jouant ainsi le rôle de médiateur entre les intérêts divergents des différents secteurs qui opèrent dans le commerce international. *Ibid*, p. 114 et 131 (traduction libre de l'espagnol).

[2962] Avant-projet de loi générale de droit international privé (2025) (traduction libre du portugais).

[2963] Parecer PCO/OAB, de 09.05.2025, p. 1 e s.

« pression économique exercée par les nations les plus puissantes », qui amène le Brésil à renoncer à sa propre « souveraineté juridique »[2964]. Par ailleurs, il soulève des inquiétudes quant à l'insuffisance de l'ordre public pour protéger les droits constitutionnels, à l'évasion de la juridiction nationale, à la difficulté pour les juges d'appliquer des lois étrangères qu'ils maîtrisent peu, ainsi que les répercussions potentiellement préjudiciables que l'admission de l'autonomie de la volonté pourrait entraîner pour l'exercice de la profession d'avocat au Brésil[2965].

Cet exemple, à la fois concret et contemporain, met en évidence que le principe d'autonomie demeure aujourd'hui l'objet d'une certaine défiance[2966]. Il démontre, en outre, à quel point le principe de l'autonomie conflictuelle et son régime, demeurent largement méconnus des opérateurs économiques et des praticiens du droit, soulignant d'autant plus l'urgence d'une réception formelle de ce principe, accompagnée d'une délimitation précise de ses contours et de ses limitations.

Les critiques à l'autonomie de la volonté, comme on l'a vu, ne sont pas nouvelles et ont marqué les débats doctrinaux ayant entouré l'adoption des premiers traités latino-américains (1889, 1928 et 1940). C'est pourquoi nous avons affirmé que, même si l'on peut admettre une certaine réception de la notion d'autonomie dans ces instruments (ou au moins dans la doctrine de ses auteurs), celle-ci demeure ancrée dans la conception des juristes de l'époque, envisagée comme une liberté circonscrite aux seules dispositions supplétives et à la vision objectiviste dominante[2967].

[2964] Parecer PCO/OAB, de 09.05.2025, p. 1 e s. (traduction libre du portugais).

[2965] Nous avons déjà eu l'occasion de réfuter chacun des arguments avancés par l'avis de l'Ordre des avocats brésilien : V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « Autonomia da vontade no Anteprojeto de Lei Geral de Direito Internacional Privado », *Lusíada Revista de Direito,* vol. 34, Lisboa, 2025, p. 77-107.

[2966] Pour des critiques récentes à l'acceptation de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, en langue française, v., en particulier, Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, *op. cit.*, spéc. p. 125 et s. Selon le professeur Heuzé, la loi est en réalité incorporée dans le contrat par la volonté des parties, ayant le même rang que des stipulations contractuelles. Le contrat serait pour lui, « un simple fait », seulement un ordre juridique étatique ayant le pouvoir de définir, sur la base de ce fait, les droits que cet ordre juridique est disposé à conférer aux parties. Comme il l'explique : « […] la loi choisie n'a pas, ne peut pas avoir de force contraignante indépendante du *pactum de lege utenda*. Ce n'est que si celui-ci est obligatoire qu'elle pourra elle-même obliger les parties. Et puisque cette clause du choix de la loi n'est rien d'autre qu'un contrat, la *lex contractus* ne peut avoir plus de valeur que celle que le for attache à conduit à tout contrat. » (*Ibid*, n° 283) ; et il conclut que le principe d'autonomie : « […] est la traduction d'une réglementation des contrats internationaux par le procédé des règles de droit international prive matériel. Les parties décrivent l'opération qu'elles entendent réaliser, soit par l'édiction de clauses expresses, soit par référence à une loi choisie, dont elles adoptent les dispositions, soit enfin par renvoi aux usages, aux "principes généraux", aux "règles communes aux nations civilisées", etc... Et c'est le for qui confère à cet accord sa force juridiquement obligatoire, si celui-ci ne se heurte pas aux règles impératives au moyen desquelles il entend réglementer les conventions à rattachement hétérogène, voire à celles d'autres ordres juridiques entretenant avec celles-ci des "liens étroits", objectivement définis ». (*Ibid*, n° 287) ; V. aussi, D. Moya, L'autorité des règles de conflit de lois Réflexion sur l'incidence des considérations substantielles, *thèse*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2018, spéc. n° 270 et s. ; C. Cohen, *Les normes permissives en droit international privé, Étude critique, thèse,* Université Paris-Panthéon-Assas, 2015, spéc. n° 489 et s. ; et A. Lelouvier, *Le principe d'égalité en droit international privé : essai d'une approche systémique, thèse*, Université Toulouse Capitole, 2019, spéc. n° 630.

[2967] V. *supra* n° 91 et s.

Un objectivisme aussi radical souffre, comme le notent les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, d'un « défaut fondamental » : celui de ne pas prévoir de régime spécifique au contrat international. En effet, dans cette doctrine, la liberté reconnue aux parties dans le cadre d'une loi objectivement déterminée n'est pas plus étendue que celle accordée par cette même loi aux contrats internes. La liberté reconnue au contrat international demeure donc identique à celle des contrats purement internes. Or, comme l'ont souligné les professeurs cités, « la reconnaissance spontanée par la pratique d'une certaine liberté de choix dans le contrat international est le signe d'une nécessité : de par sa nature, le contrat international appelle une souplesse de régime particulière »[2968]. Ces différentes raisons imposent ainsi de reconnaître aux parties la faculté de désigner le droit applicable et d'en prévoir un régime divers pour les contrats internationaux.

De ce fait, dans la conception contemporaine de droit international privé, la volonté des parties a bien pour objet de *désigner* la loi applicable, et non plus seulement de *localiser* le contrat, comme l'aurait souhaité le professeur Batiffol. Parallèlement, elle *régit* le contrat : il ne s'agit plus d'*incorporer* la loi choisie au contrat, ni de restreindre cette liberté aux seules dispositions supplétives de la loi applicable[2969]. Cette conception contemporaine de l'autonomie de la volonté, distincte de celle qui prévalait lors de l'adoption des premiers traités latino-américains ainsi que de nombreuses législations internes, est celle qui doit guider notre proposition.

Dans une perspective contemporaine, les principales critiques adressées à l'autonomie de la volonté renvoient à des arguments relatifs à la « souveraineté » de l'État ainsi qu'à l'impossibilité, pour les parties, de créer du droit ; à la violation de l'ordre public par le biais du choix opéré par les parties ; à l'idée que le contrat ne produit pas d'effets contraignants en dehors d'un ordre juridique déterminé (l'idée du contrat comme un « fait ») ; ou encore à la protection des parties faibles et aux considérations de justice individuelle. En effet, ces critiques traduisent la crainte que la liberté accordée aux parties de désigner la loi applicable devienne un instrument permettant de contourner les prérogatives que l'État-nation conserve ou délègue. Elles expriment, au fond, une inquiétude que l'autonomie de la volonté force l'État à céder devant la « puissance économique » de certains contractants, ou encore à s'« incliner » face à des intérêts privés qui échapperaient ainsi à son emprise normative.

Le professeur Jürgen Basedow a analysé en profondeur chacun de ces arguments, concluant que « le rejet catégorique de la liberté de choix repose sur des bases fragiles ». Il convient de partager son point de vue selon lequel : « Les diverses objections, qu'elles soient fondées sur la théorie du droit, la logique, l'ordre public, des considérations de justice individuelle ou de politique macroéconomique, ne sont pas totalement

[2968] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 243.

[2969] V. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale, op. cit.,* p. 405.

convaincantes »[2970]. En effet, l'acceptation de l'autonomie de la volonté et l'éventuelle application d'une loi étrangère pour régir une relation contractuelle interactionnelle ne seraient jamais contraires à la souveraineté d'un pays, comme l'ont suggéré des critiques du principe[2971]. Il convient de rappeler que l'application des lois étrangères constitue un principe fondamental du droit international privé et le fondement même de la règle bilatérale savignienne classique. Comme l'ont noté les professeurs Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, « La globalisation, qui induit la mobilité des acteurs, la perméabilité des frontières et l'interconnexion des économies, signifie que l'État n'a plus la maîtrise ultime du pouvoir décisionnel des acteurs privés »[2972]. Dans cette perspective, l'autonomie serait conçue, ainsi, « comme une sphère de liberté *concédée* par l'État souverain, bienveillant et tout-puissant, qui encourage l'autonomie des parties pour promouvoir le marché (les "intérêts du commerce international") tout en la régulant pour assurer la primauté de l'intérêt général »[2973].

Il est, en effet, évident qu'il n'y a aucune atteinte à la « souveraineté nationale », c'est-à-dire au pouvoir étatique en tant que tel, lorsque les parties désignent une loi étrangère pour régir leur contrat, puisque c'est le législateur lui-même qui établit la règle de conflit de lois et la possible désignation d'une loi matérielle étrangère. Il s'agit simplement d'*autoriser* les parties à déterminer la loi qu'elles estiment la plus appropriée pour régir leurs obligations réciproques, qu'il s'agisse d'une législation neutre pour les deux ou d'une autre choisie d'un commun accord. Cela s'observe également sous l'angle de l'autonomie substantielle, où les critiques adressées au principe de « liberté contractuelle » ont également connu une évolution imbriquée. Jadis contestée par la doctrine, l'autonomie de la volonté en droit interne s'est progressivement imposée en droit des contrats. Au sein même de l'ordre juridique, la liberté contractuelle trouve sa consécration, en ce que c'est la loi elle-même qui façonne la figure de la volonté juridique. Ainsi, la force obligatoire du contrat, intimement liée à la volonté des parties, « trouve sa raison d'être et son fondement dans le garant suprême qu'est l'ordre juridique »[2974].

Cette liberté substantielle se transpose ainsi en droit international privé selon deux axes principaux. D'une part, dans l'univers juridique, tel que l'appréhende classiquement le droit international privé, les lois étatiques en matière contractuelle acceptent de ne pas imposer leur application aux parties qui ne les auraient pas choisies. D'autre part, dans une

---

[2970] J. Basedow, « Theory of Choice of Law and Party Autonomy », *op. cit.*, p. 25 et s., spéc. n° 51 (traduction libre de l'anglais).

[2971] Nous nous référons ici notamment à l'avis critique du Conseil fédéral de l'Ordre des avocats du Brésil émis en mai 2025 concernant l'adoption par ce projet du principe d'autonomie de la volonté en matière de choix de la loi applicable aux contrats internationaux. V. Parecer PCO/OAB, de 09.05.2025, p. 1 e s., *op. cit.*

[2972] D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale, op. cit*., p. 434.

[2973] *Ibid.*, p. 437. V. aussi, H. Muir Watt, « La fonction économique du droit international privé », *Revue internationale de droit économique*, 2010, p. 103-121, spéc. p. 108-109 (original sans italiques).

[2974] La volonté trouve ainsi toute sa place au sein du droit positif, lequel impose en effet « le modèle opératoire d'une volonté juridique dont il définit les qualités et les effets ». Cf. J.-M. Jacquet, « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 905-927, p. 911. Sur la volonté en droit interne, v. aussi, V. Ranouil, p. 63 et s. et p. 129 et s.

logique d'accueil, ces mêmes lois acceptent également de donner effet aux dispositions de la loi choisie, sous la double réserve, à la fois de la conformité de cette loi à l'ordre public international et de la conformité de la situation contractuelle ainsi créée aux dispositions internationalement impératives du for (lois de police) — voire, dans certains cas, avec celles d'un ordre juridique étranger[2975]. Selon le professeur Jacquet, cette approche traduit ainsi, dans une conception « modérée » de l'autonomie de la volonté, « l'adhésion à une conception de la société internationale dans laquelle les États doivent être prêts à sacrifier l'autorité de certaines de leurs lois (au bénéfice de certaines lois étrangères) afin de ne pas faire obstacle à l'efficacité des situations contractuelles internationales »[2976].

De plus, à notre sens, accepter l'autonomie de la volonté, même pour les pays en développement, ne signifie ni une évasion systématique de la juridiction nationale ni un préjudice pour les ressortissants de ces États, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales[2977]. Au contraire, reconnaître l'autonomie de la volonté apporte davantage de sécurité et de prévisibilité, éléments indispensables au développement du commerce et à l'attraction d'investissements. C'est plutôt l'insécurité et les risques liés aux incertitudes concernant la loi applicable qui causent véritablement préjudice. En effet, comme souligné par le professeur Jürgen Basedow, « Les déséquilibres macroéconomiques existant entre les économies nationales n'impliquent pas nécessairement un déséquilibre de pouvoir correspondant entre les parties privées issues de ces pays. Une telle conclusion est encore moins justifiée lorsque les économies nationales sont en transition et que les intérêts nationaux, dans la mesure où ils peuvent être pris en compte en droit privé, évoluent avec le temps […] L'exploitation des déséquilibres de pouvoir entre parties contractantes ne peut être combattue par des interdictions générales fondées sur des analyses macroéconomiques ; elle exige au contraire des mesures plus finement adaptées »[2978].

Toutefois, il faut le souligner, l'autonomie de la volonté n'est jamais absolue ; elle doit être encadrée, notamment par l'exception d'ordre public, par les lois de police et règles spéciales visant à protéger les parties plus vulnérables, afin d'assurer la préservation des valeurs fondamentales du for, comme nous l'analyserons en temps opportun[2979].

[2975] J.-M. Jacquet, « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste », *op. cit.,* n° 39.

[2976] Dans ce qu'il qualifie de fonction « répartitrice », les parties peuvent « répartir » des contrats entre les lois des différents États, ce qui leur permet de s'assurer du droit applicable. V. J.-M. Jacquet, « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste », *op. cit.,* spéc. n° 36 et 39.

[2977] Le professeur Jacquet parle aussi d'une nouvelle perspective de l'autonomie de la volonté : « le choix du droit applicable effectué par les parties devient l'auxiliaire sur lequel compte l'État afin d'attirer le plus grand nombre de contrats possibles (d'un type déterminé ou non) vers son ordre juridique. » (*Ibid*, n° 44).

[2978] Selon le professeur : « Des pays comme la République populaire de Chine, qui ne disposaient pratiquement pas de leur propre flotte il y a trois décennies, possèdent aujourd'hui l'une des plus grandes flottilles du monde. Une interdiction des clauses de choix de la loi applicable, motivée il y a 30 ans par la crainte d'une infériorité commerciale, serait donc aujourd'hui préjudiciable aux intérêts de ce pays ». Cf. J. Basedow, « Theory of Choice of Law and Party Autonomy », *op. cit.*, p. 25 et s., spéc. n° 51 (traduction libre de l'anglais).

[2979] V. *infra* n° 577.

522. Les justifications et avantages du principe. Comme l'a souligné le professeur Bernard Audit, la faculté de choix, justifiant l'autonomie de la volonté en tant que prolongement de la liberté contractuelle en droit interne — par ailleurs, l'un des principaux arguments employés par la jurisprudence des États latino-américains pour justifier l'autonomie de la volonté en droit international privé en l'absence de législation expresse — demeure « assez formelle ». Il semble donc souhaitable, à ce jour, de rendre compte du droit positif en matière de choix de la loi applicable au contrat par des considérations « plus pratiques et fonctionnelles »[2980].

Nous avons déjà exposé certaines considérations d'ordre pratique et fonctionnel relatives au principe d'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux, en en soulignant ses avantages[2981]. Rappelons que, parmi ses fondements essentiels, figurent souvent la sécurité, la prévisibilité, la commodité nécessaires pour les parties à un contrat soumis à plusieurs systèmes juridiques, et même des considérations d'ordre logique[2982]. D'autres arguments ont également été avancés par la doctrine, comme la possibilité pour les parties de choisir une loi neutre, l'effet simplificateur du choix ou, encore, la réduction des coûts liés à la transaction[2983]. Les parties peuvent également être guidées dans leur choix par la familiarité qu'elles entretiennent avec le droit désigné, par l'existence de liens significatifs entre celui-ci et le contrat, par sa « qualité éprouvée ou vantée » par diverses publications, par sa « permissivité », par sa « technicité » au regard de la nature ou de la complexité de l'opération envisagée[2984]. Il a aussi été noté que, dans certaines situations, l'invalidation des clauses de choix de la loi applicable peut même dissuader une entreprise d'exercer des activités dans le pays concerné[2985]. Dans une vision de droit de l'Union européenne, l'autonomie a été également été présenté comme un « avatar de la mobilité des parties », qui s'impose aux États[2986].

Comme l'a justement souligné le professeur Bernard Audit, « La liberté de choix satisfait à l'évidence l'intérêt des parties puisqu'elle leur permet de se référer à la loi qu'elles estiment la mieux adaptée à leur opération »[2987]. Le professeur a également indiqué que cette liberté, diversement de la conception objectiviste, « satisfait les intérêts du commerce international sous ses différentes formes, dans la mesure où elle permet d'échapper aux obstacles que constituent les réglementations internes impératives en faisant appel à une

---

[2980] B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 291.

[2981] V. *supra* n° 89 et s.

[2982] V. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 179 et s. ; et O. Lando, « The Conflict of Laws of Contracts General Principles », *op. cit.*, p. 284 et s.

[2983] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 179 et s.

[2984] J.-M. Jacquet, « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste », *op. cit.,* n° 44.

[2985] J. Basedow, « Theory of Choice of Law and Party Autonomy », *op. cit.*, p. 25 et s., spéc. n° 54 (traduction libre de l'anglais).

[2986] V. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale, op. cit*., p. 441.

[2987] B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 291 ; Dans le même sens, B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 248.

loi plus libérale »[2988]. Ces deux types d'intérêts sont, toujours selon lui, également assurés par la sécurité offerte par la désignation de la loi[2989]. En outre, comme mis en lumière par les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout : « La liberté de choix satisfait également, contrairement à ce que professent les thèses objectivistes, l'intérêt des États. Elle permet en effet à leurs opérateurs, publics ou privés, de conclure les opérations nécessaires avec des partenaires étrangers qui ne souhaitent pas nécessairement se soumettre à leur loi ; cet intérêt est en général plus fort pour les États que celui d'appliquer à une opération isolée une disposition prévue au premier chef pour l'ordre interne »[2990]. Enfin, comme l'a résumé le professeur vénézuélien Hernández-Bretón : « Dans la mesure où les parties contractantes ont la certitude que leur intention sera respectée et qu'elles sont, par conséquent, en mesure de déterminer le droit régissant leurs droits et obligations, le commerce international se verra ainsi développé et encouragé »[2991].

De plus, selon le professeur Erik Jayme, l'autonomie de la volonté des parties s'ajoute aux justifications qui soutiennent la recherche de l'harmonie des décisions comme objectif central du droit international privé[2992], en plus de se justifier par les principes des droits de l'homme. Selon l'auteur, le « droit à la pleine expression de la personnalité comprend également la sphère économique » ; de ce fait, « chaque personne doit-elle avoir le droit d'utiliser ses capacités pour atteindre le bien-être matériel », pouvant, de ce fait, choisir la loi applicable à leurs relations contractuelles[2993].

[2988] B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 291 ; cependant, comme soulignent les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout : « Ces considérations n'impliquent pas pour autant que soit abandonné tout souci d'impérativité des lois internes, laquelle va être préservée d'une double manière. En premier lieu, on s'assurera que la qualification du contrat international n'est pas détournée en vue de s'affranchir des lois internes impératives. Les doctrines autonomistes ou subjectivistes elles-mêmes s'en sont en général préoccupées en subordonnant la liberté de choix à la condition que le contrat soit "véritablement international", ou celle d'un "lien significatif" entre le contrat et la loi choisie, ou par la réserve de la fraude à la loi (laquelle consisterait ici à créer un rattachement étranger n'ayant d'autre fonction que de faire qualifier le contrat d'international afin de s'ouvrir la faculté de choix) » ; et « En second lieu, même dans un contrat réellement international, la liberté normalement reconnue aux parties n'exclut pas de considérer d'un contrat donné qu'il n'est pas suffisamment détaché de l'État édictant une disposition impérative pour que celle-ci soit sacrifiée au souci de la participation au commerce international, et donc de faire prévaloir sur la désignation d'une loi étrangère l'autorité d'une disposition interne évincée. Ce n'est cependant pas par la négation de la faculté de choix que sera préservé l'intérêt des États, mais plutôt par l'affirmation de l'application nécessaire de certaines dispositions au titre de lois de police ». B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 248.

[2989] *Ibidem*.

[2990] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 248.

[2991] E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.,* p. 174 (traduction libre de l'espagnol).

[2992] V. E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.*, p. 89.

[2993] Selon le professeur allemand : « L'Institut de droit international a adopté lors de sa session de Bâle de 1991 une résolution concernant "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées". L'article 2, paragraphe 1, de cette résolution prévoit que : "Les parties ont le libre choix de la loi applicable à leur contrat. Elles peuvent convenir de l'application de tout droit étatique". Le fondement de cette autonomie — selon le préambule de la résolution — reste la liberté de l'individu reconnue par les diverses chartes et déclarations qui énoncent les droits fondamentaux de l'homme. Le droit à la pleine expression de la personnalité comprend également la sphère économique ; ainsi chaque personne doit-elle avoir le droit d'utiliser ses capacités pour atteindre le bien-être matériel. […] Le libre choix de la loi du

Le professeur allemand Jürgen Basedow estime que, bien que le lien entre droits de l'homme et choix de la loi applicable puisse sembler à première vue excessif, l'ordre international doit garantir la sécurité juridique des individus, notamment en matière de propriété, conformément à l'article 28 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il rejoint ainsi son contemporain, le professeur Jayme, considérant cette sécurité comme un droit humain dans un monde globalisé et souligne que, dans les litiges contractuels relevant de plusieurs juridictions, les tribunaux doivent reconnaître le choix de la loi comme moyen de protéger cette sécurité juridique. Selon lui, cette sécurité est « en quelque sorte, un droit humain dans un monde globalisé, visant généralement non pas un seul, mais plusieurs États, et en particulier ceux dont les tribunaux partagent la compétence pour trancher les litiges résultant d'une relation contractuelle »[2994].

Si la qualification de l'autonomie de la volonté en droit international privé comme un droit de l'homme peut paraître quelque peu ambitieuse, il convient néanmoins de souscrire à l'opinion défendue par les professeurs allemands : l'autonomie de la volonté se justifie par la spécificité et les exigences propres aux contrats internationaux, les parties contractantes demeurant les mieux à même de désigner la loi applicable à leur relation[2995]. Ce principe favorise par ailleurs, comme ils l'ont observé, la prévisibilité et la sécurité juridique, qualités indispensables à la promotion des échanges commerciaux — avantages également mis en avant par les Principes de La Haye et le Guide de l'OEA.

En raison de ces justifications d'ordre fonctionnel et des nombreux avantages que présente le principe d'autonomie de la volonté, nous considérons que l'adhésion aux orientations promues par le droit souple est opportune et apparaît aujourd'hui pleinement réalisable, bénéficiant déjà d'une acceptation tant du point de vue du droit régional que du droit interne des pays latino-américains. Comme il a été démontré[2996], le principe de l'autonomie de la volonté est largement reconnu par les instruments internationaux les plus récents, y compris au niveau régional, tels que la Convention de Mexico. En outre, les décisions judiciaires interprètent souvent le Code Bustamante (et même les Traités de Montevideo — pour le cas de l'Argentine) de façon très libérale afin d'accepter un choix de loi fait par les parties. En ce qui concerne le droit interne, comme également démontré, bien que certaines législations présentent encore des lacunes, le principe de l'autonomie de la

---

contrat n'est pas seulement un facteur objectif localisateur auquel les États attribuent un rôle primordial pour la détermination de la loi applicable. Il s'agit aujourd'hui d'un principe fondé sur les droits de l'homme ». Cette liberté n'est pas, pourtant, illimitée selon le professeur, « puisque l'article 29, paragraphe 1, de la Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948) précise que : "L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible." La légitimation de l'autonomie de la volonté des parties est donc la liberté des individus dans leurs affaires personnelles et commerciales, reconnue par les États ». E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.*, p. 147-148.

[2994] J. Basedow, « Theory of Choice of Law and Party Autonomy », *op. cit.*, p. 42-44 (traduction libre de l'anglais).

[2995] E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.*, p. 151 et s. ; J. Basedow, « Theory of Choice of Law and Party Autonomy », *op. cit.*, p. 45-46.

[2996] V. *supra* n° 89 et s.

volonté est désormais largement accepté par la jurisprudence des tribunaux étatiques latino-américains, et ne fait plus l'objet d'opposition significative au sein de la doctrine.

Plus précisément, en ce qui concerne les sources régionales[2997], ni le Traité de droit civil international de 1889 ni celui de 1940 n'avaient explicitement adopté le principe de l'autonomie de la volonté des parties. Bien que ces deux Traités n'ont ni rejeté ni accueilli le principe d'autonomie de la volonté, l'article 5 du Protocole additionnel de 1940 autorise les parties à choisir la loi applicable si la loi compétente le permet. Étant donné que les législations nationales actuelles autorisent de manière générale l'autonomie de la volonté, avec l'entrée en vigueur du Traité de 1940, ce principe tend à être respecté. Concernant le Code Bustamante, bien qu'il manque de clarté, il laisse davantage de place à la volonté des parties et est généralement interprété en faveur du respect du choix de loi. Enfin, la Convention de Mexico accepte le principe, de façon expresse et étendue. Par conséquent, le seul traité qui semble rétif à l'autonomie de la volonté est le Traité de Montevideo de 1889 ; il est en vigueur uniquement dans trois États parties (la Bolivie, le Pérou et la Colombie), ce qui limite l'incidence pratique de cette exclusion.

Concernant les sources nationales, dans le contexte du Mercosur, comme Mmes María Mercedes Albornoz et Fernanda Vieira da Costa Cerqueira l'ont souligné, un changement d'attitude a déjà eu lieu. Selon elles, il existe une tendance à l'acceptation générale de ce principe, soit par le biais de la législation ou de la jurisprudence, ce qui permet aux parties de choisir la loi régissant leur contrat[2998]. En outre, chacune des propositions a suggéré une reconnaissance explicite du principe de l'autonomie de la volonté comme principe directeur dans la détermination de la loi applicable aux contrats dans le cadre du Mercosur[2999].

Cette intégration, faite dans le contexte restreint du Mercosur, peut être, à notre avis, étendue à l'ensemble de la région latino-américaine. Comme nous l'avons aussi témoigné, dans les pays qui n'en ont pas encore formellement reconnu le principe, l'autonomie de la volonté est acceptée par la jurisprudence et largement soutenue par les doctrines nationales, que ce soit dans le domaine de l'arbitrage ou du contentieux devant les juridictions étatiques. Même l'Uruguay, le seul pays à s'être opposé expressément à ce

[2997] Pour une analyse détaillée des solutions de sources conventionnelles, v. Partie I, Titre I, *supra* n° 87 et s.

[2998] M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 157 ; F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 245.

[2999] V. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 333 ; F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 269 et s. Soutenant l'acceptation expresse de l'autonomie de la volonté par le Mercosur et spécialement au Brésil, v. aussi, N. de Araujo, « A autonomia da vontade nos contratos internacionais – direito brasileiro e países do Mercosul: considerações sobre a necessidade de alterações no internacional privado obrigacional do bloco », *op. cit.,* spéc. p. 233-234, pour qui : « Il est nécessaire de modifier les normes actuellement en vigueur pour le bon fonctionnement des affaires au sein du Mercosur. L'inertie des États membres sur ce point peut avoir, à long terme, des conséquences désastreuses sur les relations commerciales du marché commun, en contribuant à l'instabilité des relations juridiques. En ce sens, l'adoption du principe de l'autonomie de la volonté ne mettrait pas seulement fin aux divergences existantes, mais permettrait aussi aux parties d'opter pour la loi qui leur serait la plus adéquate » (Ttraduction libre du portugais).

principe l'a formellement reconnu lors de la récente réforme du régime des contrats internationaux en 2020[3000].

Un autre élément vient consolider l'affirmation du principe d'autonomie de la volonté en Amérique latine : les États de la région reconnaissent que les parties peuvent valablement soumettre leurs différends à des arbitres. Aujourd'hui, dans le domaine de l'arbitrage, l'autonomie de la volonté bénéficie d'une large reconnaissance[3001]. De nombreuses législations latino-américaines relatives à l'arbitrage[3002], ainsi que plusieurs conventions internationales ratifiées par les États concernés[3003], reconnaissent aux parties la liberté de choisir le droit applicable à leurs contrats soumis à un tribunal arbitral. En outre, l'autonomie des parties est largement admise, voire universellement reconnue, dans le cadre de l'arbitrage international des investissements[3004].

Il serait donc injustifié et incohérent de traiter différemment les modes de résolution des litiges à cet égard. Dans un litige soumis à l'arbitrage, pourquoi les parties pourraient-elles choisir librement la loi applicable, tandis que cette liberté leur serait refusée si le même litige était porté devant une juridiction étatique ? Il nous semble essentiel que la volonté des parties dans les contrats commerciaux internationaux soit respectée, quel que soit le *forum* choisi pour la résolution des différends, sous réserve toutefois de certaines limites, notamment l'ordre public et les lois impératives. La doctrine latino-américaine s'est souvent appuyée sur cet argument comparatif pour promouvoir la reconnaissance de l'autonomie des parties en matière d'arbitrage au sein même des contentieux étatiques, même en l'absence d'une reconnaissance explicite par la législation nationale[3005]. Il a aussi été affirmé que la coexistence d'une ouverture envers l'arbitrage et d'une méfiance envers

---

[3000] Pour une analyse détaillée des solutions de sources internes, v. Partie I, Titre II, *supra* n° 87 et s.

[3001] D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 110.

[3002] Cela est le cas, p. ex., au Brésil, au Costa Rica, en l'Argentine, au Chili, au Salvador, au Guatemala, au Nicaragua, au Pérou, en République dominicaine, au Paraguay, et au Venezuela. V. *supra* n° 318 et s. et n° 615.

[3003] Le principe de l'autonomie des parties est sous-entendu dans la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (*Convention du Panama du 30 janvier 1975*) et la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères (*Convention de Montevideo du 8 mai 1979*). De même, l'Accord arbitral du Mercosur de 1998, ratifié par l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, prévoit expressément que « les parties peuvent choisir la loi à appliquer pour résoudre le litige » (art. 10) (traduction libre de l'espagnol).

[3004] Sur l'autonomie de la volonté et l'arbitrage international d'investissements dans une perspective américaine, *v*., en particulier, J.A. Moreno Rodríguez, « Private (And Public) International Law In Investment Arbitration », *RCADI*, 2023, vol. 429. V. aussi, le très récent Guide de l'OEA sur la loi applicable à l'arbitrage international d'investissement, adopté le 13 mars 2024. OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the Law Applicable to International Investment Arbitration*, Panama City, 11 mars 2024. V., en spécial, Partie 10, p. 162 et s.

[3005] En jugeant cette divergence « inacceptable », v. J.A. Moreno Rodríguez, « Miscelánea: la nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte II) », *op. cit.,* p. 269 ; *V*., aussi, dans une perspective de droit brésilien, v. V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.,* p. 146 ; V. aussi, L. Gama, « Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável », *in* C. Tiburcio, L.R. Barroso (org.), *O direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 609-610.

l'autonomie de la volonté devant la justice étatique crée une incohérence législative, réservant l'arbitrage aux acteurs fortunés et nuisant à la crédibilité des systèmes juridiques concernés[3006]. Comme l'a affirmé le professeur Diego P. Fernández Arroyo, « Dès lors qu'un État a reconnu la possibilité pour les parties d'échapper aux tribunaux nationaux par le biais d'une convention d'arbitrage et de choisir la loi applicable à ce litige arbitral, il est difficile de comprendre la raison pour laquelle des options similaires sont refusées pour les litiges devant les tribunaux étrangers »[3007].

Comme l'a relevé le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, la situation a considérablement évolué en Amérique latine depuis l'époque des premiers traités et codifications, qui étaient marqués par un fort territorialisme. La région participe aujourd'hui activement au commerce international et affiche un niveau d'ouverture économique nettement supérieur ; nombre de ses États sont désormais engagés dans des processus d'intégration, ou associés à ceux-ci, et prennent part à des organisations à vocation mondiale, telles que la Conférence de La Haye ou l'Unidroit[3008].

Par conséquent, il ne semble plus subsister de contradiction quant à la reconnaissance formelle du principe de l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux en Amérique latine[3009]. Pour les raisons évoquées, l'acceptation expresse de l'autonomie de la volonté, en tant que règle de conflit de lois, devrait être encouragée, conformément aux recommandations formulées par les solutions issues du droit souple que nous avons analysées. Cependant, il demeure nécessaire d'approfondir ce principe afin d'en préciser son régime et sa portée.

Section 2 — De la nécessité d'apporter plus de précision quant au régime et à la portée de l'autonomie de la volonté

523. Comme nous l'avons examiné en détail dans la première partie de la présente thèse[3010], le régime et la portée de l'autonomie de la volonté ne sont pas actuellement uniformisés au sein de la région latino-américaine. Il convient d'évaluer, ainsi, la positivité

[3006] Telle est la position retenue par Mme Naiara Posenato, laquelle, après avoir constaté l'ouverture libérale en matière d'arbitrage en Amérique latine, mais aussi la persistance d'une certaine réticence à l'égard de l'autonomie de la volonté devant la justice étatique, observe ce qui suit : « cela ne semble pas suffisant pour justifier une telle réalité schizophrène, qui, outre le fait de ne bénéficier qu'aux entreprises ou aux particuliers disposant de ressources suffisantes pour assumer les coûts de l'arbitrage international, compromet la cohérence de la politique législative des systèmes juridiques en question et, partant, leur image de sérieux et de fiabilité ». N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*, p. 484 (traduction libre de l'italien).

[3007] D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 110 (traduction libre de l'anglais).

[3008] J.A. Moreno Rodríguez , « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.*, p. 307.

[3009] En proposant un système qui adopte de façon expresse l'autonomie de la volonté dans le contexte du Mercosur, v. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 270 et s.

[3010] V. Partie I, Chapitre I des Titres I et II.

et l'efficacité des orientations préconisées par les Principes de La Haye et les recommandations du Guide de l'OEA sur ce sujet. En examinant de près les fondements théoriques et pratiques de ces orientations, il est possible de discerner leur aptitude à servir de socle commun pour unifier les pratiques juridiques entourant l'autonomie de la volonté dans cette région spécifique. La discussion de ces recommandations et de leur pertinence ouvre la voie à un débat académique et pratique essentiel sur la manière dont cet instrument peut être adapté et mis en œuvre pour instaurer une plus grande cohérence juridique.

Dans ce cadre, nous soutenons : une acceptation expresse du choix tacite (§1) ; plus de précision quant au moment du choix et à sa modification (§2) ; une absence d'exigence des liens avec la loi choisie et la transaction (§3) ; l'acceptation expresse et nuancée du dépeçage (§4) ; et plus de précision quant aux normes concernant la validité formelle, la loi applicable à l'accord de choix, et la séparabilité du choix de la loi applicable (§5).

§1 — Nécessité d'acceptation du choix tacite

524. Rappel du système actuel. Comme cela a déjà été analysé[3011], à l'heure actuelle, en Amérique latine, le seul instrument conventionnel à être clair sur l'acceptation d'un choix tacite est la Convention de Mexico. Elle exige que cette volonté soit « évidente », découlant du comportement des parties et des clauses contractuelles considérées dans leur ensemble. En outre, les accords de Montevideo sont muets sur la faculté pour les signataires de sélectionner la législation régissant les transactions transfrontalières, à l'exception de l'article 5 du Protocole additionnel de 1940, qui, toutefois, omet d'évoquer la possibilité que cette désignation puisse être tacite[3012].

À l'inverse, le Code Bustamante fait référence à la volonté tacite des parties, mais dans le but de ne pas la reconnaître. Selon l'article 184 du Code, le juge ne peut interpréter la volonté des parties et doit appliquer les critères de rattachement objectifs prévus par le Code en cas d'absence de volonté expresse. Toutefois, comme cela a été souligné, l'interprétation de cet article et l'admission d'une volonté tacite dans le système du Code peuvent prêter à confusion, notamment si l'on regarde la doctrine de son auteur et la distinction qu'il faisait entre la volonté tacite et présumée[3013].

Pour ce qui est des solutions des systèmes juridiques nationaux, comme cela a été aussi démontré, cinq pays reconnaissent expressément la possibilité d'un choix tacite (l'Argentine, Cuba, le Paraguay, la République dominicaine et l'Uruguay). Ces États excluent généralement la possibilité d'un choix hypothétique et exigent que le choix de la loi applicable soit « certain », « évident », « clair » ou « non équivoque », les critères d'appréciation variant selon les législations. Tandis que les lois de l'Argentine et du

[3011] V. *supra* n° 89 et s.

[3012] V. *supra* n° 125.

[3013] V. *supra* n° 129.

Paraguay sont similaires et précisent que le choix tacite doit résulter soit des « termes du contrat », soit des « circonstances de l'affaire », en Uruguay, le législateur fonde cette appréciation sur « l'ensemble des clauses contractuelles » sans mentionner explicitement les circonstances. Outre l'obligation, comme en Uruguay, de se référer principalement aux dispositions contractuelles pour déterminer un choix tacite, la législation de la République dominicaine prévoit également de prendre en considération « le comportement des parties ». Pour le reste, malgré le silence législatif, il y a une tendance générale à accepter un tel choix, que ce soit par voie jurisprudentielle ou doctrinale, sans que cette quête soit bien encadrée. De fait, un seul pays interdit explicitement le choix tacite, à savoir le Pérou, bien que des interprétations doctrinales aillent dans un sens contraire[3014].

525. Les solutions du droit souple. Tant les Principes de La Haye que le Guide de l'OEA acceptent la validité d'un choix tacite de la loi applicable. Selon l'article 4 des Principes de La Haye, ce choix « doit être exprès ou résulter clairement des dispositions du contrat ou des circonstances ».

Les commentaires des Principes précisent qu'un choix de la loi applicable est réputé résulter clairement des dispositions du contrat « uniquement lorsque celles-ci permettent de déduire, avec un degré de certitude élevé, que les parties avaient l'intention de choisir une certaine loi ». Il est en outre souligné qu'aucune liste exhaustive de critères déterminants n'existe pour apprécier le degré de certitude avec lequel les dispositions contractuelles établissent l'existence d'un choix de loi. Cette appréciation s'opère par conséquent au cas par cas, selon les circonstances propres à chaque situation (commentaire 4.8).

Cette directive est aussi approuvée dans le Guide de l'OEA, qui met en évidence que l'examen de la volonté tacite des parties « ne consiste pas à rechercher la volonté hypothétique des parties »[3015]. En ce sens, le Guide recommande :

> « Le régime juridique national sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux doit prévoir qu'un choix de loi, qu'il soit explicite ou tacite, doit être *évident* ou *résulter clairement des dispositions du contrat et de ses circonstances*, conformément aux dispositions de l'article 7 de la Convention de Mexico et de l'article 4 des Principes de La Haye » (recommandation 8.1).[3016]

526. La pertinence des solutions. Les discussions concernant l'admission d'un choix de volonté tacite ne sont pas nouvelles. Pour les partisans de la théorie subjectiviste, la volonté des contractants était considérée alors comme toute puissante et devait s'appliquer même en cas d'absence de manifestation expresse : si la loi n'était pas expressément

[3014] V. *supra* n° 299.

[3015] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, n° 257 (traduction libre de l'anglais).

[3016] *Ibid*, p. 23 (traduction libre de l'anglais ; original sans italiques).

déterminée par les parties, la volonté tacite ou hypothétique des parties devrait être cherchée[3017]. Par exemple, Laurent affirmait que « à défaut d'une déclaration de volonté, le juge est obligé de rechercher quelle a été leur volonté tacite, ce qui est toujours très difficile et parfois impossible ; alors il n'y a qu'un parti à prendre, c'est d'établir une présomption légale, et cette présomption peut ne pas être conforme à la volonté que les parties auraient exprimée, si leur attention s'était portée sur le conflit auquel donne lieu la diversité des lois »[3018]. Surville, un autre partisan du courant subjectiviste, comprend, quant à lui, qu'en cas d'absence de choix exprès ou tacite (ce dernier « s'induit avec certitude de l'analyse de la convention elle-même »), il faut rechercher les éléments susceptibles de « dévoiler » la volonté de parties[3019]. Sur ce point, Surville souligne la difficulté de partir de critères préétablis pour rechercher la volonté présumée des parties. Il faut, selon lui, analyser chaque cas et ses particularités ; cela peut rapporter à l'application de la loi nationale des parties, celle du lieu de l'acte, la loi nationale de celui qui a fait l'offre de contracter, ou même d'autres lois[3020].

Cependant, pour le courant objectiviste qui s'est affirmé postérieurement, notamment lors d'une seconde phase, une volonté inexprimée est considérée comme une volonté inexistante. Cela n'exclut toutefois pas l'admission du choix tacite. En général, le choix tacite est reconnu, mais il doit être non équivoque et dénué d'ambiguïté[3021]. À ce propos, Pillet affirmait qu'il n'existe pas de volonté prétendue ou présumée des parties : « la vérité est que les parties n'ont rien voulu du tout, qu'elles n'ont même pas songé à la question. Le juge doit donc choisir à leur place […] »[3022]. La préoccupation, manifestée pour quelques auteurs, est qu'en cas de silence des parties, la sécurité juridique doit tout de même être assurée.

Dans le même ordre d'idées, la doctrine de Bustamante, bien qu'elle admît la possibilité d'une élection *tacite* de la loi applicable en Amérique latine[3023], se montrait résolument hostile à la reconnaissance de la volonté *hypothétique*, laquelle avait, à un moment donné,

[3017] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 156.

[3018] F. Laurent, *Droit civil international, t. 2, op. cit.,* p. 385 ; V. aussi, F. Laurent, *Droit civil international, t. 7, op. cit.,* p. 518 et s.

[3019] F. Surville, *Cours élémentaire de droit international privé*, Droit civil — Procédure — Droit Commercial, 7e éd., Paris, Rousseau & Cie, 1925, p. 333.

[3020] *Ibid*, p. 350. Selon Surville : « Il faut envisager chaque cas et se demander quelle a pu être dans chacun la volonté des parties. La loi à laquelle on doit présumer qu'elles se sont référées est donc variable. À défaut d'indication contraire résultant de la volonté manifestée expressément ou pouvant s'induire avec certitude tant de l'analyse de la convention elle-même que des circonstances qui l'accompagnement, la loi applicable sera tantôt la loi nationale des parties, tantôt celle du lieu de l'acte, ou bien la loi nationale de celui qui a fait l'offre de contracter, voire même d'autres lois ».

[3021] V. Ranouil, *op. cit.*, p. 112 et s.

[3022] A. Pillet, *op. cit.*, p. 440.

[3023] V. *supra* n° 135 et n° 153.

connu une certaine faveur dans la pratique allemande[3024]. Bustamante établissait une distinction nette entre la volonté « hypothétique », qu'il qualifiait de volonté « présumée », et la volonté « tacite » proprement dite, considérant que ces deux notions devaient être soumises à des régimes juridiques distincts. En effet, il suivait la doctrine selon laquelle la volonté tacite correspond à une manifestation effective et réelle de volonté, qui doit dès lors être recherchée, tandis que la volonté hypothétique repose sur une fiction juridique[3025].

À ce jour, la volonté tacite est amplement acceptée à condition toutefois qu'elle soit réelle, c'est-à-dire qu'il y ait une véritable intention des deux parties d'appliquer une certaine loi. Lors de leur rapport sur la Convention de Rome, les professeurs Giuliano et Lagarde ont remarqué que le juge doit rechercher « un véritable choix de la loi », même si celui-ci n'est pas expressément déclaré dans le contrat. Toutefois, le juge ne serait en aucun cas habilité « à supposer un choix de la loi par les parties si elles n'ont pas eu l'intention certaine de le faire ». Dans un tel cas, le contrat doit être régi par la loi désignée objectivement[3026].

527. Critères pour déterminer le choix tacite. En pratique, la détermination de la loi tacitement choisie par les parties, ainsi que sa distinction par rapport à un simple choix hypothétique, constitue une tâche complexe. Cette complexité réside notamment dans l'identification et la prise en compte des critères pertinents permettant d'établir avec certitude l'existence d'un tel choix tacite. Le juge peut se fonder sur une diversité de circonstances, que celles-ci soient objectives ou subjectives. Cependant, faut-il privilégier des critères objectifs, des critères subjectifs, ou retenir une combinaison des deux ?

Le Guide identifie deux approches distinctes quant à la détermination du choix de la loi applicable. La première, d'interprétation *restrictive*, impose au juge de s'en tenir

[3024] En analysant la jurisprudence allemande, le professeur Lagarde note que « […] les tribunaux, pour échapper à la rigidité du rattachement subsidiaire au lieu d'exécution de l'obligation, ont-ils décidé […] que le rattachement subsidiaire ne s'appliquerait qu'à défaut de volonté implicite ou présumée des parties. La notion de volonté présumée (*mutmassliche Wille*), qualifiée plus souvent aujourd'hui de volonté hypothétique (*hypothetische Wille*), était à l'origine une extension de la volonté implicite. Le juge, en recherchant la loi que les parties auraient choisie si elles avaient vu la nécessité de faire une élection de droit, se faisait l'exécuteur de la volonté des parties ». Toutefois, « très vite, ce fondement subjectif de la volonté hypothétique a été ressenti comme un pur artifice, et le Bundesgerichtshof fut amené à décider avec une parfaite clarté que le juge, en recherchant la volonté hypothétique, devait rechercher le centre de gravité (*Schwerpunkt*), le rapport spatial le plus étroit (*die engste räumliche Beziehung*) et procéder à une pesée des intérêts sur une base objective […] ». P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986, vol. 196, n° 12.

[3025] V. à propos de la différence entre volonté tacite et hypothétique, Y. Legrand, *La volonté tacite en droit international privé*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 12 novembre 2024, p. 10. Comme l'auteur l'explique : « Lorsqu'une juridiction recherche la volonté hypothétique des parties, elle reconstitue le choix qu'auraient fait ces dernières si elles s'étaient interrogées sur la question du droit applicable. À la différence de la volonté tacite, qui constitue normalement une véritable volonté, la volonté hypothétique repose ouvertement sur une fiction ». Dans le même sens, v. T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2013, nº 20, p. 147-177, spéc. p. 150. Toutefois, selon ce dernier, malgré les différences, en pratique, ces distinctions s'avèrent difficiles à mettre en œuvre parce qu'elles reposent sur des critères fragiles. Selon ce dernier : « Plus précisément, si la frontière entre le tacite, l'implicite, le présumé et l'hypothétique est si difficile à tracer, c'est tout simplement parce que, quoi qu'on en dise, ce qui n'est pas formellement déclaré recèle toujours une part d'ambiguïté ».

[3026] Cf. M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, art. 3, para. 3.

strictement aux termes exprès du contrat, sans considération des circonstances extérieures. Cette conception trouve son illustration dans l'article 2, paragraphe 2, de la Convention de La Haye de 1955 sur la vente internationale. La seconde approche, plus extensive, autorise le juge à dépasser la lettre du contrat pour prendre en compte l'ensemble des circonstances de l'espèce ainsi que le comportement des parties. Cette méthode s'inscrit dans la lignée de plusieurs instruments internationaux : la Convention de La Haye de 1978 sur l'agence (art. 5, § 2), la Convention de La Haye de 1986 sur la vente (art. 7, § 1), ainsi que la Convention de Rome et le Règlement Rome I (art. 3.1 commun aux deux textes)[3027]. Le Guide privilégie finalement cette seconde orientation en préconisant que le choix de la loi applicable « soit évident ou résulte clairement des dispositions du contrat et de ses circonstances »[3028].

En fait, l'article 3 du Règlement Rome I prévoit qu'un choix non exprès doit résulter « de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Dans une récente thèse, M.Y. Legrand souligne que cette disposition a « drastiquement limité le pouvoir d'appréciation du juge »[3029]. Selon lui, dès lors que l'article 3 renvoie aux « dispositions du contrat » ou aux « circonstances de la cause », l'interprète doit fonder la preuve du choix tacite sur un ensemble d'éléments objectifs, extérieurs à la psyché des parties. Cependant, comme le précise également M. Legrand, « le recours à des circonstances objectives n'exclut pas la recherche de la volonté réelle », puisqu'en pratique, pour en établir l'existence, l'interprète s'appuie nécessairement sur les déclarations et comportements des contractants[3030].

Les Principes de La Haye semblent, à première vue, adopter une position plus souple, puisqu'ils exigent seulement que le choix tacite « résulte *clairement* des dispositions du contrat ou des circonstances ». Cependant, les commentaires soulignent que le choix doit être clair, en résultant de preuves évidentes (4.14). Le Guide de l'OEA adopte une logique semblable à celle des Principes dans sa recommandation 8.1, exigeant expressément que ce choix soit évident ou résulte clairement des dispositions du contrat et de ses circonstances. De plus, selon les commentaires des Principes (4.13), les circonstances particulières de la cause peuvent indiquer la volonté des parties à l'égard du choix de la loi applicable. Leur comportement et d'autres facteurs liés à la conclusion du contrat peuvent être particulièrement pertinents.

Le Guide de l'OEA souligne que la question du choix tacite de la loi applicable a suscité des débats intenses lors des discussions préalables à la Convention de Mexico. Il en résulte du texte adopté que « la conduite des parties et les clauses du contrat sont des indices à considérer de manière cumulative par le tribunal et qu'elles doivent permettre au tribunal

---

[3027] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, para. 257-260.

[3028] *Ibidem.*

[3029] Y. Legrand, *La volonté tacite en droit international privé*, thèse, *op. cit.*, p. 369.

[3030] *Ibid*, p. 366.

de parvenir à une conclusion "évidente" ». À titre d'exemple, le Guide mentionne que, lorsqu'un contrat comporte une clause de choix faisant référence à des règles spécifiques d'un État particulier, et que le comportement des parties est cohérent avec le contenu de cette clause, le tribunal peut alors considérer que le choix de la loi de cet État est « évident »[3031].

Les commentaires des Principes de La Haye apportent d'autres illustrations. Ils indiquent qu'un contrat type ou standardisé, généralement utilisé dans un système juridique donné, peut témoigner de l'intention des parties de soumettre leur contrat à ce droit, même en l'absence de stipulation expresse (commentaire 4.9). De même, la présence dans le contrat d'une terminologie caractéristique d'un système juridique particulier, ou de références à des dispositions nationales, révèle clairement que les parties raisonnaient en fonction d'une loi spécifique et souhaitaient soumettre leur contrat à celle-ci (commentaire 4.10).

Alors que les Principes de La Haye et le Guide mentionnent les « dispositions du contrat » et les « circonstances », il est intéressant d'observer que la Convention de Mexico de 1994 privilégie quant à elle le « comportement des parties » et le texte des « clauses contractuelles considérées dans leur ensemble ». Les différences dans la lettre portent-elles à conséquence ? Comme cela a été souligné par Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira, la doctrine latino-américaine a cherché à préciser la notion de « comportement des parties » dans le contexte de la Convention de Mexico. Selon une partie de cette doctrine, le comportement des parties se manifeste à la fois à travers les actes préparatoires, lors de la phase précontractuelle, et par les actions entreprises pendant l'exécution de l'accord. Cependant, selon Mme Cerqueira, que nous rejoignons, l'expression « circonstances de la cause » est plus large et englobe également « le comportement des parties »[3032]. Cette distinction découle du Guide de l'OEA lui-même, qui évoque les circonstances et renvoie à l'article 7 de la Convention de Mexico.

Il convient de rappeler que, d'une part, le Guide de l'OEA, comme la Convention de Mexico, met en place des critères *cumulatifs* que le juge pourra prendre en compte afin d'identifier la loi tacitement choisie par les parties : dispositions « et » circonstances du contrat pour le Guide, et dispositions du contrat « et » comportement des parties pour la Convention. Par conséquent, le comportement des parties ainsi que les clauses contractuelles doivent être appréciés de manière globale, de sorte que le contenu de la volonté des parties soit clair et évident[3033]. D'autre part, les Principes de La Haye adoptent une rédaction différente, en prévoyant des critères *alternatifs* pour établir un choix tacite de loi : des dispositions du contrat « ou » des circonstances (art. 4). Toutefois, bien que cette approche semble s'opposer à la solution adoptée par l'instrument de droit souple américain, le commentaire n° 4.7 des Principes souligne l'importance de considérer « à la

[3031] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, n° 262 (traduction libre de l'anglais).

[3032] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 313 et s.

[3033] Dans le même sens, v. *Ibid*, p. 319-320.

fois » les termes du contrat et les circonstances de l'affaire[3034]. Cependant, par la suite, il est expliqué que « les dispositions du contrat *ou encore* les circonstances de la cause peuvent cependant à elles seules établir de façon certaine un choix tacite »[3035].

À notre avis, la méthode reposant sur des critères cumulatifs retenue par le Guide de l'OEA est plus appropriée. Cette approche impose au juge de rechercher le choix tacite non seulement dans les termes du contrat, mais aussi à partir d'éléments subjectifs, l'obligeant à regarder toutes les évidences entourant une possible manifestation tacite de volonté. Cela garantit que la désignation de la loi par le juge corresponde à la véritable volonté des parties et qu'aucune contradiction n'existe à cet égard[3036].

528. L'influence du choix du for compétent. Comme l'avait relevé le Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire, « La frontière entre volonté tacite et volonté purement hypothétique est fragile » ; certains tribunaux, notamment les juridictions allemandes et anglaises, se montrant moins stricts que d'autres juridictions européennes dans la reconnaissance d'un choix tacite[3037]. Une illustration récurrente de cette problématique réside dans l'interprétation d'une clause attributive de juridiction ou compromissoire désignant les tribunaux ou une instance arbitrale d'un État déterminé. Se pose alors la question de savoir si une telle stipulation emporte nécessairement, de manière implicite, l'élection du droit matériel de cet État comme loi régissant le contrat.

En effet, l'influence du choix de la juridiction sur la détermination de la loi applicable constitue une orientation largement répandue dans la *common law*[3038]. Selon le professeur Friedrich K. Juenger, les tribunaux manifestent souvent une tendance à appliquer leur propre droit (*homing trend*)[3039]. En réalité, une idée comparable a été évoquée lors de la refonte de la Convention de Rome, mais elle n'a pas été retenue. Elle se retrouve maintenant sous forme de suggestion dans le considérant 12, qui souligne que la sélection

---

[3034] HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015 (original sans italiques).

[3035] *Ibidem*.

[3036] Dans un sens différent, comprenant que la conjonction « et » ne doit pas être interprétée de manière restrictive dans le cadre de la Convention de Mexico, v. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 320-321.

[3037] Commission des Communautés Européennes, Livre Vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM (2002) 654 final, Bruxelles, 2003, p. 26, n° 3.2.4.2.

[3038] Cf. J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado ? », *op. cit.,* p. 161.

[3039] De manière générale, le choix d'une juridiction particulière implique souvent un choix de loi. Par exemple, selon la conception juridique anglo-américaine, le tribunal du domicile des parties a compétence pour prononcer un divorce et applique la loi du for. Outre de telles règles explicites de non-choix, de nombreux tribunaux qui prétendent être liés par les principes de conflit de lois appliquent néanmoins la *lex fori* avec une fréquence considérable. Cette « homing trend » est universelle ; c'est l'une — bien que ce ne soit peut-être pas la principale — des raisons du phénomène connu sous le nom de *forum shopping*. F.K. Juenger, « General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 133-134 (traduction libre de l'anglais).

de la juridiction n'est qu'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer la loi applicable[3040].

La tendance actuelle, surtout en Europe, va néanmoins dans une direction intermédiaire. Certains mécanismes incluent une mention spécifique du fait que le choix d'un for par les parties ne garantit pas automatiquement qu'elles aient sélectionné le droit applicable, comme le prévoit l'article 7, paragraphe 2, de la Convention de Mexico. Le choix d'une juridiction pourra alors être un élément à *prendre en compte*, mais non un facteur *déterminant* pour décider pour l'application de la loi du for. C'est aussi la solution de la deuxième phrase de l'article 4 des Principes de La Haye. Selon les commentaires des Principes de La Haye (4.11) relatifs à cette disposition, « les parties peuvent par exemple avoir choisi un tribunal en raison de sa neutralité ou de son expérience »[3041], sans intention de voir s'appliquer la loi de ce pays. À titre de comparaison, le Règlement Rome I fait également une référence au choix du for. Le considérant 12 énonce qu'un « accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé »[3042].

Le Guide de l'OEA accorde moins d'importance à l'exclusivité du choix de la juridiction compétente dans la détermination de la loi tacitement choisie par les parties[3043]. Selon le Guide, même si le considérant 12 du Règlement Rome I mentionne uniquement les accords de compétence exclusive comme l'un des facteurs à considérer pour déterminer un choix tacite de loi[3044], les Principes de La Haye ne spécifient pas cette restriction, laissant ainsi la porte ouverte à la possibilité que tout accord de compétence, qu'il soit exclusif ou non, puisse être pris en compte dans la détermination de la loi tacitement choisie.

En ce qui concerne le cas des clauses de compétence dans le droit de l'Union européenne, la position généralement retenue en France demeure empreinte d'une grande prudence. Contrairement à la proposition initiale du Règlement Rome I, la version définitive — limitant la question du choix tacite de la loi à un simple considérant — invite à une utilisation circonspecte de cette faculté par les juridictions[3045]. En effet, lors de la transformation de la Convention de Rome en un instrument européen, la Commission

---

[3040] V. la position du professeur Paul Lagarde, qui s'est manifesté contre une telle solution, le qualifiant de « très contestable ». P. Lagarde, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *op. cit.*, p. 331-360, spéc. n° 7.

[3041] HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015.

[3042] Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Règlement Rome I »), considérant 12. Pour une discussion sur l'effet de clauses de compétence dans le contexte européen, v. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 196-197.

[3043] Cf. OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, n° 267-268.

[3044] Pour une discussion sur l'effet de clauses de compétence dans le contexte européen, v. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 196-197.

[3045] D. Bureau, « Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle : Cour de cassation (1re civ.), 29 septembre 2021, n° 20-18.954 », *Rev. crit. DIP*, 2022, p. 410-418, p. 415.

européenne avait envisagé d'instaurer une présomption de choix de loi à partir de la clause d'attribution de compétence. Cette proposition n'a toutefois pas été retenue ; la question a finalement été traitée à travers le considérant 12 du Règlement, lequel ne revêt pas en principe de valeur contraignante[3046].

De ce fait, comme le soulignent les professeurs Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier et Malik Laazouzi, la présence d'une clause de compétence exclusive désignant les tribunaux d'un État ne saurait être interprétée que comme « un indice parmi d'autres » du choix de la loi applicable, et non comme un critère décisif[3047]. Si la jurisprudence de quelques pays, comme l'Angleterre et l'Allemagne, tend à reconnaître à cette clause un rôle plus déterminant, la France a maintenu une approche nuancée, n'accordant à la clause de compétence qu'une valeur indicative devant être confirmée par d'autres éléments[3048]. Par ailleurs, la fixation du siège de l'arbitrage dans un État donné n'est pas, en droit français, un indice du choix de la loi applicable au contrat, la justice arbitrale étant conçue comme « délocalisée » et indépendante des juridictions nationales[3049].

Nous partageons l'avis de la doctrine française, qui considère que l'accord de juridiction ne saurait être interprété que comme un indice parmi d'autres. Toutefois, nous ne voyons pas pourquoi le juge devrait se limiter uniquement aux accords exclusifs de compétence

---

[3046] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 196-197. Sur les débats lors du processus de révision de la Convention de Rome, v. M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? — L'exemple du Choix Tacite Résultant des Clauses Attributives de Juridiction et d'Arbitrage », *in* S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le Règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Dijon, Litec, 2011, vol. 35, p. 253-283, p. 256 et s. ; et sur les incertitudes quant à la valeur juridique du considérant 12, p. 272. En jugeant la proposition « très contestable », v. P. Lagarde, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *op. cit.*, p. 331-360, spéc. n° 7. Selon lui : « Les parties qui prennent la peine de choisir un for savent normalement qu'elles auraient pu choisir aussi la loi applicable. Si elles ne l'ont pas fait, l'interprétation de volonté la plus vraisemblable est qu'elles s'en remettent au droit international privé de l'État dont relève le tribunal élu ».

[3047] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 197. Selon les auteurs : « Certains commentateurs voudraient croire que le considérant pose une présomption de choix en faveur de la loi du juge élu, présomption irréfragable, selon certains, présomption simple, selon d'autres. Cela est douteux, vu le traitement qu'a connu la proposition en ce sens de la Commission et la rédaction très édulcorée du considérant 12. En France, la clause de compétence devrait continuer à être considérée comme un indice parmi d'autres, qui ne vaudra que s'il est corroboré par d'autres éléments pertinents ».

Dans le même sens, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 917-918 ; T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, nº 20, p. 147-177, p. 151-152 ; N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I ? », *in* S. Corneloup, N. Joubert, *Le Règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Dijon, Litec, 2011, p. 230-252, p. 252 ; et M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? — L'exemple du Choix Tacite Résultant des Clauses Attributives de Juridiction et d'Arbitrage », *op. cit.*, p. 253-283, p. 256 et s. et spéc. p. 278-280 pour les incertitudes quant à la valeur juridique du considérant 12.

[3048] V. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 197. V. aussi M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? — L'exemple du Choix Tacite Résultant des Clauses Attributives de Juridiction et d'Arbitrage », *op. cit.*, p. 255 et s.

[3049] V. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 196-197 ; B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 917-918 ; et M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? — L'exemple du Choix Tacite Résultant des Clauses Attributives de Juridiction et d'Arbitrage », *op. cit.*, p. 255 et s.

pour les utiliser comme un facteur de détermination de la loi applicable. S'il est vrai que des accords de ce type apportent une plus grande certitude quant à la volonté des parties de se lier au pays désigné (du moins pour que le juge de ce pays tranche le litige), rien n'empêche le juge de considérer un accord non exclusif comme un élément parmi d'autres permettant d'identifier la loi tacitement choisie et, ainsi, d'avoir plus d'éléments pour aider à sa conviction. Toutefois, cette considération doit à notre avis être prise avec prudence. Certes, le poids accordé à un accord non exclusif doit être moindre, puisqu'en optant pour un tel accord, les parties acceptent que, dans certaines circonstances, les tribunaux d'autres juridictions puissent également être compétents. Dans ce cas, il est évident que la volonté des parties de se lier à ce pays par la loi applicable à leur affaire apparaît avec moins de certitude. Dès lors, la clause de compétence exclusive, et encore plus les clauses non exclusives, devraient être considérées comme une simple indication, applicable uniquement si elle est corroborée par d'autres éléments pertinents.

Par conséquent, étant donné que de nombreux systèmes juridiques présentent des lacunes quant à l'acceptation d'un choix tacite, l'orientation retenue par le Guide de l'OEA apparaît extrêmement pertinente. Une réforme en ce sens constituerait, ainsi, un moyen de favoriser le respect de la volonté des parties, principe qui est reconnu à ce jour par tous les pays latino-américains objet de la présente étude.

§2 — Précision quant au moment du choix et de sa modification

529. Rappel du système actuel. Comme cela a été rappelé, en ce qui concerne les sources conventionnelles, la Convention de Mexico est le seul instrument qui réglemente la possibilité d'un choix postérieur[3050]. Quant aux autres sources régionales, à savoir les Traités de Montevideo et le Code Bustamante, des incertitudes persistent en l'absence de disposition sur le sujet.

En ce qui concerne les sources internes, le principe d'un choix initial suivi d'une modification ultérieure est généralement accepté, sous réserve du respect des droits des tiers et de la validité du contrat. Cette règle est explicitement établie par la législation en Argentine, au Paraguay, en République dominicaine et en Uruguay, tandis que, dans le reste des pays latino-américains, elle est fondée sur la jurisprudence et la doctrine[3051]. En outre, aucune convention internationale ni législation interne ne régit spécifiquement la question de l'accord procédural et ses effets ; hormis la jurisprudence argentine, peu de développements ont été réalisés à ce sujet dans la région[3052].

530. Les solutions du droit souple. L'article 2.3 des Principes de La Haye dispose que : « Le choix peut être fait ou modifié à tout moment. Les choix ou modifications opérés

[3050] V. *supra* n° 160.

[3051] V. *supra* Partie I.

[3052] Pour la question de l'accord procédural dans la jurisprudence argentine, v. *supra* n° 290.

après la conclusion du contrat ne portent pas atteinte à sa validité formelle, ni aux droits des tiers »[3053].

Le commentaire des Principes (2.10) explique que l'autonomie de la volonté comprend la liberté des parties de faire ou de modifier un choix de loi à tout moment. Il est par conséquent « généralement accepté que les conditions et les effets d'une modification du choix de la loi applicable sont régis par l'autonomie de la volonté, sous réserve de certaines limites liées à la validité formelle du contrat et aux droits préexistants des tiers ».

Cette solution a également été adoptée par le Guide de l'OEA, qui recommande aux systèmes juridiques nationaux de :

> « Prévoir que le choix de la loi applicable peut être modifié à tout moment et que toute modification concernant la loi applicable ne peut pas porter atteinte à sa validité formelle, ni aux droits des tiers, conformément à l'article 8 de la Convention de Mexico et à l'article 2.3 des Principes de La Haye (recommandation 12.1) »[3054]

531. La pertinence des solutions. L'autonomie de la volonté englobe également la liberté pour les parties de créer ou de modifier leur choix de loi à tout moment, généralement sous réserve de certaines restrictions, notamment en ce qui concerne la validité formelle du contrat et la protection des droits acquis des tiers. La doctrine latino-américaine soutient largement l'idée que les parties peuvent désigner ultérieurement la loi applicable à leurs relations contractuelles. Plusieurs auteurs considèrent cette position comme une extension légitime de la liberté laissée aux parties quant au choix de la loi gouvernant leur accord[3055].

Dans le contexte du Mercosur, il est déjà établi dans la doctrine qu'une nouvelle réglementation en matière de loi applicable aux contrats internationaux devrait permettre aux parties de procéder à tout moment à une élection de la loi applicable au contrat, sous réserve de certaines limites, notamment la validité du contrat et les droits des tiers[3056]. Il a également été soutenu que la loi désignée comme applicable en cours de contrat, après modification du choix, doit régir le contrat à compter de sa conclusion[3057].

De même, les instruments les plus modernes de droit international privé reconnaissent aux parties à un contrat international la possibilité de choisir la loi applicable après la conclusion de celui-ci, ou de modifier la loi applicable à tout moment, tout en respectant généralement les droits des tiers et la validité du contrat. Telle est la solution de

---

[3053] HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015.

[3054] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019 (traduction libre de l'anglais).

[3055] V. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 343.

[3056] En ce sens, v. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 178 et s. ; et F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 343.

[3057] Cf. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 347.

l'instrument conventionnel américain, la Convention de Mexico (art. 8, § 1). C'est également la solution adoptée par le règlement européen Rome I (art. 3.2).

En raison des importantes lacunes observées dans les sources latino-américaines en la matière, les recommandations du Guide se révèlent particulièrement utiles lorsqu'elles clarifient que les parties peuvent modifier leur choix sans que cette modification n'altère la validité formelle de celui-ci ni ne porte atteinte aux droits des tiers. Cette recommandation s'inscrit dans une volonté de sauvegarder l'expression de la volonté des parties tout en renforçant la prévisibilité et la sécurité juridique.

Il est toutefois regrettable que le nouveau Guide de l'OEA n'ait pas explicitement indiqué si la nouvelle loi choisie s'appliquait ou non rétroactivement, à l'instar de la nouvelle loi uruguayenne. Cette loi dispose que, si le choix est effectué après la conclusion du contrat, il est rétroactif au jour de la conclusion de celui-ci, sous réserve des droits des tiers et de ce qui a déjà été exécuté conformément à la loi auparavant applicable (art. 45, IV).

532. L'accord procédural. Il convient également d'observer qu'en cas de litige déjà institutionnalisé, le terme du délai pendant lequel les parties peuvent effectuer un tel choix ou le modifier dépendra des règles applicables à la procédure. En ce sens, les commentaires des Principes de La Haye (2.13) précisent que les Principes « ne cherchent pas de façon générale à régler les questions communément considérées comme procédurales […] si le choix ou la modification du choix de la loi applicable intervient en cours d'instance, l'effet […] peut dépendre de la *lex fori* ou des règles régissant la procédure arbitrale »[3058]. En raison de ces divergences, les Principes de La Haye laissent à la loi du for le soin de déterminer l'effet d'un tel accord. Le Guide de l'OEA se limite, quant à lui, à faire référence à ces commentaires des Principes, sans toutefois se positionner explicitement à ce sujet.

Ces réflexions conduisent à la notion d'accord procédural, défini comme l'accord conclu entre les parties pendant l'instance qui déroge à la règle de conflit généralement applicable pour la procédure en cours[3059]. La difficulté réside dans le fait que les États peuvent, et souvent le font, traiter différemment cette question, notamment en ce qui concerne la forme et les effets d'un tel choix en cours de procédure[3060].

[3058] HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015.

[3059] S. Corneloup, « L'application de la loi étrangère », *Revue internationale de droit comparé*, 2014, vol. 66, n° 2, p. 363-390, p. 371. Pour une discussion autour des incertitudes liées au régime de l'accord procédural, v. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale*, *op. cit.*, p. 471 et s. ; T.M. de Boer, « Facultative Choice of Law the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law », *RCADI*, 1996, vol. 257.

[3060] Pour une analyse du point de vue européen, v. B. Fauvarque-Cosson, « L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion française controversée », *Le droit international privé : esprit et méthodes,* Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 263-284. V. aussi N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I ? », *op. cit.*, p. 249-252.

Il est essentiel de distinguer l'accord procédural de l'accord de fond portant sur le choix de la loi applicable au contrat dans son ensemble. Selon la professeure Fauvarque-Cosson, deux différences majeures demeurent entre les deux accords. D'une part, la validité matérielle du choix : en droit français, la loi choisie par les parties gouverne cette validité dans le cadre d'un accord de fond, alors qu'elle relève du droit du for en cas d'accord procédural. D'autre part, l'objet : l'accord procédural ne concerne que le litige en cours et peut supplanter un choix antérieur de manière temporaire, tandis que l'accord de fond désigne la loi du contrat pour toutes les conséquences et tous les litiges futurs, sous réserve d'une modification ultérieure[3061]. En outre, contrairement à l'élection de loi, qui repose sur l'autonomie de la volonté des parties garantie par la règle de conflit elle-même, l'accord procédural ne constitue pas une application de cette règle, mais « un moyen d'éluder son application »[3062].

La question de l'acceptation d'un accord procédural tacite et son articulation avec l'office du juge d'appliquer des lois étrangères soulève également des difficultés. Cette question demeure largement inexplorée dans la pratique juridique latino-américaine. En Argentine, néanmoins, la jurisprudence recourt fréquemment à cette notion — parfois sans la nommer expressément — en admettant une désignation tacite de la loi applicable (généralement la loi argentine) au cours de la procédure. Celle-ci est inférée du comportement concordant des parties, révélant l'existence d'une loi déterminée, sans qu'aucune exigence de forme ne soit imposée pour la validité de cet accord. Toutefois, dans la majorité des autres États, les tribunaux n'ont pas véritablement abordé cette question, et la doctrine ne lui a accordé qu'une attention limitée[3063].

En Europe, et plus particulièrement en France, la position s'avère plus affirmée. Il convient de souligner que le projet de code de droit international privé français de mars 2022 accorde une importance notable à l'accord procédural, tout en maintenant la reconnaissance de l'accord procédural implicite consacrée par la jurisprudence, mais cette fois en l'encadrant avec précision (art. 9, alinéa 3)[3064]. En ce qui concerne les droits disponibles, ce projet admet que les parties peuvent, par un accord procédural, même tacite (manifesté par des « écritures concordantes et non équivoques »), soumettre leur litige au droit français.

Le rapport de présentation explicite qu'« il n'était pas envisageable de prendre en considération un accord procédural tacite d'application de la loi française s'il ne ressortait

[3061] B. Fauvarque-Cosson, « L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion française controversée », *op. cit.,* p. 267-268.

[3062] S. Corneloup, « L'application de la loi étrangère », *op. cit.*, p. 371.

[3063] V. *supra* n° 302 et s.

[3064] Art. 9 : « L'application du droit internationalement désigné est impérative pour le juge. / Lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits, elles peuvent, par un accord procédural, soumettre leur litige au droit français. Cet accord est exprès ou résulte d'écritures concordantes et non-équivoques./ En matière de divorce, l'accord procédural doit être exprès./ Lorsque les parties s'abstiennent de s'expliquer sur le droit applicable, le juge les y invite et applique, au besoin d'office, la règle française de conflit de lois. ».

pas clairement des écritures des parties que celles-ci avaient eu conscience du caractère international du litige et de la possible application d'une loi étrangère »[3065]. Il souligne que l'accord ne peut résulter que d'écritures concordantes et non équivoques, ce dernier terme impliquant que « les parties devaient avoir été pleinement conscientes, d'une part, du caractère international du litige, et d'autre part, de la possible application d'une loi étrangère »[3066]. Ainsi, « si le juge a un doute sur la perception des parties et leur réelle volonté d'évincer la loi étrangère, il lui appartiendra, dans ce cas, de mettre dans le débat la question du droit applicable »[3067].

À notre avis, le Guide aurait également pu aborder cette question en invitant les États à réglementer le traitement de l'accord procédural, afin de l'accepter et l'encadrer, à l'image du projet de code français. Une telle démarche contribuerait à harmoniser les solutions au sein de la région et à fournir une meilleure orientation aux acteurs juridiques.

En bref, compte tenu de l'actuelle lacune du droit latino-américain à ce sujet, il serait opportun de spécifier de manière expresse jusqu'à quand un choix de loi peut être exercé par les parties, y incluant la possibilité d'un accord procédural, selon les approches promues par les Principes de La Haye et le Guide de l'OEA. En dépit du silence gardé par le Guide de l'OEA à cet égard, il serait intéressant également de préciser, à l'instar de la nouvelle loi uruguayenne, qu'un nouveau choix, ou la modification d'un choix antérieur de la loi applicable devraient avoir des effets rétroactifs au jour de la conclusion du contrat, tout en respectant les limites de la validité formelle du contrat, et du respect des droits des tiers. Cette démarche semble cohérente en l'absence d'opposition à cet égard, que ce soit à l'échelle régionale ou nationale.

§3 — Non-exigence de liens entre l'État de la loi choisie et la transaction

533. Rappel du système actuel. L'actuel système de droit international privé des États latino-américains manque de précisions quant au sujet de l'exigence des liens avec la loi choisie et la transaction. Rappelons que la Convention de Mexico ne traite pas expressément de ce sujet, bien que des interprétations aient été avancées selon lesquelles, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté adopté par la Convention, l'application d'une loi « neutre » peut être choisie librement par les parties. Comme dans le contexte de l'Union européenne, ce silence est aussi interprété comme signifiant qu'un lien n'est pas nécessaire[3068].

[3065] « Projet de code de droit international privé », Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Pierre Ancel, mars 2022, p. 24-25.

[3066] *Ibidem*.

[3067] *Ibidem*.

[3068] V. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 322.

À propos du droit international privé de source interne, qui a été abordé dans la première partie de cette étude, seul le Paraguay possède une réglementation spécifique sur l'absence de lien entre la loi choisie, le contrat ou les parties. Les autres pays n'abordent pas explicitement cette question dans leurs lois nationales. En l'absence de disposition explicite et, le plus souvent, de jurisprudence établie sur cette question, la doctrine de ces pays a généralement interprété le cadre juridique existant comme n'exigeant aucun lien de rattachement pour la validité du choix de la loi applicable[3069].

534. Les solutions du droit souple. Par contraste, les instruments de droit souple ont traité explicitement du sujet. La question a été expressément réglée par les Principes de La Haye. L'article 2.4 de ces Principes dispose qu'« aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction »[3070]. Dès lors, il est admis que la volonté des parties n'est pas limitée par l'exigence d'un lien, géographique ou autre, entre l'État dont la loi est choisie et le contrat ou les parties. De ce fait, les parties peuvent choisir la loi d'un État avec lequel elles ou leur transaction n'ont aucun lien (commentaire 2.14)[3071]. De plus, les commentaires des Principes de La Haye (2.14) indiquent que la non-exigence de liens « va dans le sens de la délocalisation croissante des transactions commerciales. Les parties peuvent choisir une loi particulière parce qu'elle est neutre à l'égard des parties ou parce qu'elle est particulièrement adaptée au type de transaction envisagé (par exemple, une loi étatique renommée pour le transport maritime ou les transactions bancaires internationales) »[3072].

À son tour, le Guide de l'OEA s'inspire des Principes de La Haye. Sa recommandation 12.1 dispose que les systèmes juridiques nationaux de droit applicable aux contrats commerciaux internationaux doivent, entre autres, prévoir qu'« aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction, conformément à l'article 2.4 des Principes de La Haye »[3073].

535. La pertinence des solutions. Le Guide de l'OEA note qu'« historiquement, on considérait que la loi choisie par les parties devait avoir un certain lien soit avec les parties elles-mêmes, soit avec la transaction ». Cette idée, selon le Guide, « pourrait trouver son origine sous l'influence de doctrines telles que la localisation au XIX[e] siècle »[3074].

Nous avons déjà évoqué que cette école de pensée repose sur l'idée que le droit international privé doit être résolu « à travers la détermination du milieu juridique où tout

---

[3069] V. *supra* n° 306 et s.

[3070] HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015.

[3071] *Ibid*, commentaire 2.14 (original sans italiques).

[3072] *Ibidem* (original sans italiques).

[3073] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019 (traduction libre de l'anglais).

[3074] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, para. 309 (traduction libre de l'anglais).

rapport semble objectivement enraciné » et rejette, par conséquent, l'idée que le siège du rapport puisse être fixé de manière unilatérale par les parties dans un lieu étranger au rapport lui-même[3075]. Ce rattachement peut n'être que géographique, ou même, plus généralement, supposer que les parties justifient d'un intérêt « légitime » ou « raisonnable » dans le choix du droit applicable[3076]. Ce principe se retrouve, par exemple, au paragraphe 187(2)(a) du second *Restatement* des conflits de lois (1971), où il est stipulé que l'État dont la loi a été choisie doit avoir un « lien substantiel » avec les parties ou la transaction, à moins qu'il y ait un autre « motif raisonnable »[3077].

Toutefois, il est indéniable que la tendance actuelle consiste à lever toute restriction liée à l'exigence d'un lien objectif pour la désignation de la loi applicable, ou du moins à les remplacer par des limites précisément déterminées pour certains types de contrats[3078]. Sur ce sujet, le professeur Kohler a souligné : « Il est vrai que le législateur limite parfois le choix des parties pour des catégories déterminées de contrats (par exemple en matière d'assurances ou de transport) en précisant les droits qui seuls peuvent être choisis. Toutefois […] il s'agit là d'une méthode atypique visant à la protection de la partie considérée comme plus faible »[3079]. Ainsi, l'exigence de liens demeure cantonnée à des matières bien spécifiques, dans lesquelles le législateur entend délibérément protéger une partie déterminée du contrat.

Dans le contexte européen, aucun lien n'est exigé entre l'État de la loi choisie et le contrat ou les parties. Ni la Convention de Rome ni le Règlement Rome I (ou, auparavant, les Conventions de La Haye de 1955 et 1978, par exemple) ne limitent le choix de la *lex contractus* en imposant une liste de lois parmi lesquelles les parties peuvent choisir. Comme il était affirmé par la doctrine européenne, dans ce système, « n'importe quelle loi peut faire l'affaire, si elle sied aux parties »[3080]. Les parties peuvent, ainsi, choisir, une loi « neutre »[3081]. En outre, il a été souligné que « Cela s'explique par le fait qu'il arrive fréquemment que les seules législations ayant un rattachement avec le contrat manquent de neutralité à l'égard de l'une ou l'autre des parties »[3082]. Limiter la liberté de choix reviendrait alors à imposer à certains cocontractants la soumission à une législation potentiellement partiale.

[3075] A. Curti Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 877.

[3076] *Ibidem* ; V. aussi C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 341.

[3077] S.C. Symeonides, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 807-842, p. 816-817.

[3078] V. A. Curti Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.,* p. 879 ; et C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 341. V. également les commentaires des Principes de La Haye (2,5) et la recommandation du Guide de l'OEA.

[3079] C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, n° 44.

[3080] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 184-185.

[3081] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 915.

[3082] P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 1047.

La non-exigence de liens entre l'État de la loi choisie et la transaction a également été soutenue dans le contexte de propositions visant à instaurer une nouvelle réglementation en la matière au sein du Mercosur[3083]. Lors de sa proposition, Mme Vieira da Costa Cerqueira a observé qu'il existe actuellement un consensus, tant dans la doctrine latino-américaine que dans la doctrine européenne, sur l'absence d'un lien particulier entre la loi choisie par les parties et le contrat. Elle a également souligné que, lors de l'élaboration de la Convention de Mexico de 1994, cette question n'a même pas été débattue pendant la Conférence[3084].

En adhérant à cette approche, nous sommes d'avis que les États latino-américains devraient reconnaître l'autonomie de la volonté sans exiger des liens entre la loi choisie par les parties et le contrat ou entre les parties, en respectant intégralement le principe d'autonomie de la volonté. Cette approche est à nos yeux pertinente et réalisable, étant donné l'absence d'opposition législative dans la région, et le soutien jurisprudentiel et doctrinal concernant ce point spécifique. Cette proposition semble encore bénéficier d'un solide soutien au sein de la communauté juridique dès lors que les parties pourront choisir une loi neutre et plus avantageuse à leurs relations commerciales.

§4 — Acceptation nuancée du dépeçage

536. Rappel du système actuel. Comme la première partie de cette thèse l'a mis en lumière, le dépeçage est peu réglementé dans les instruments régionaux et dans les législations nationales. Pour mémoire, la Convention de Mexico était le seul instrument à accepter le dépeçage volontaire (art. 7)[3085], c'est-à-dire la possibilité pour les parties de désigner « l'application des règles de pays différents aux différents éléments d'une même situation juridique »[3086].

En ce qui concerne les législations nationales, parmi les dix pays de la région qui reconnaissent explicitement l'autonomie de la volonté, seule la moitié d'entre eux inclut dans leurs législations des dispositions reconnaissant la possibilité du dépeçage volontaire, à savoir l'Argentine, le Panama, le Paraguay, la République dominicaine et l'Uruguay. En revanche, les autres pays disposent de réglementations incomplètes sur ce sujet, lorsqu'ils en ont[3087]. Néanmoins, de façon générale, dans les pays qui ne reconnaissent pas explicitement le dépeçage, la majorité de la doctrine soutient l'admission de ce mécanisme

[3083] En ce sens, v. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 202-203. ; et F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 322-323.

[3084] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 322-323.

[3085] V. *supra* n° 164.

[3086] Cf. P. Lagarde, « Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1975, p. 649.

[3087] V. *supra* n° 309 et s.

et souligne que le silence des dispositions législatives ne devrait pas être interprété comme une interdiction de son utilisation[3088].

537. Les solutions du droit souple. Le droit souple international et américain (art. 2.2 des Principes de La Haye et la recommandation 14 du Guide de l'OEA) suit la même approche que la Convention de Mexico et que le Règlement Rome I. Les Principes de La Haye prévoient à l'article 2.2 que : « les parties peuvent choisir : a) la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat ; b) différentes lois pour différentes parties du contrat »[3089]. Cela se justifie, selon les Principes, en raison du fait que le dépeçage est, par sa nature même, une des formes d'exercice de l'autonomie de la volonté, même si le recours au dépeçage peut impliquer un risque de contradiction ou d'incohérence dans la détermination des droits et obligations des parties[3090].

Suivant les commentaires des Principes de La Haye, en cas de choix partiel ou multiple, et sans qu'aucune mention soit faite concernant le choix de cette loi comme applicable au restant de la relation contractuelle, « la loi applicable au reste du contrat devra être déterminée par le tribunal étatique ou arbitral en vertu des règles applicables à défaut de choix » (commentaire 2.7). Les commentaires des Principes de La Haye indiquent également que « dans la pratique, de tels choix partiels ou multiples peuvent concerner, par exemple, l'unité monétaire dans laquelle le contrat est libellé, des clauses particulières relatives à l'exécution de certaines obligations, tels que l'obtention d'autorisations délivrées par des organismes publics, et des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité » (commentaire 2.9)[3091].

Le Guide commence par exposer les raisons multiples pour lesquelles les parties contractantes peuvent souhaiter soumettre différentes parties de leur contrat à des lois distinctes. Par exemple, il estime qu'au sein d'un contrat de vente internationale, la plupart des obligations contractuelles peuvent être régies par la loi d'un seul État, mais il peut s'avérer préférable que les conditions liées à l'obtention de certificats d'inspection soient soumises à la loi de l'État ou des États de destination finale des marchandises. De même, le délai pour signaler tout défaut des marchandises transportées pourrait dépendre de la loi du lieu de livraison. Le Guide cite aussi l'exemple d'une clause de paiement dans une monnaie et dans un État particulier, où les parties peuvent vouloir que la loi de l'État du lieu de paiement régisse les questions relatives au montant et à la forme du paiement[3092].

[3088] V. F. Vieira Da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 337.

[3089] HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015 (original sans italiques).

[3090] V. Commentaire 2.6 des Principes de La Haye. HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015 (original sans italiques).

[3091] *Ibidem*.

[3092] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, n° 398.

Il reconnaît que le dépeçage « est une manifestation du principe de l'autonomie de la volonté »[3093]. Il relève cependant que les doctrines opposées au dépeçage s'appuient sur des arguments tels que l'avantage limité du dépeçage face aux risques qu'il comporte, en raison des difficultés techniques liées à l'application de différentes lois, ainsi que sur le risque de déséquilibre, le dépeçage pouvant devenir une arme entre les mains de la partie la plus forte au détriment de la plus faible. Selon ces opposants, des aspects favorables à la partie dominante peuvent être manipulés au travers du choix des lois applicables. Néanmoins, le Guide admet que même les critiques du dépeçage reconnaissent que certaines questions, telles que la forme du contrat et la capacité des parties, peuvent légitimement être régies par des lois distinctes ou par les règles impératives du for. À l'inverse, le Guide mentionne que les défenseurs du dépeçage soulignent que l'autonomie de la volonté permet aux parties de réguler librement leurs intérêts, le principe devant servir leur intention, tandis que l'ordre public et les règles impératives sont là pour contrecarrer tout abus potentiel. Le Guide relève en outre de manière approximative que, si ces garde-fous existent, la partie la plus forte « peut néanmoins profiter du dépeçage pour échapper à la portée de certaines règles impératives ou de l'ordre public normalement applicables sous la loi choisie »[3094]. Toutefois, le Guide se limite à cette observation sans en explorer les conséquences concrètes ni proposer de solutions pour y remédier.

Après avoir dressé ce panorama doctrinal, le Guide procède à une analyse du dépeçage à la lumière de la Convention de Mexico, des Principes de La Haye, des lois internes et du droit de l'arbitrage. En conclusion, le Guide recommande :

> « Le régime juridique interne relatif à la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux devrait admettre le dépeçage, conformément aux dispositions des articles 7 et 9 de la Convention de Mexico et de l'article 2.2 des Principes de La Haye. » (recommandation 14.1)[3095]

De plus, le Guide incite les juges et les arbitres à accepter le dépeçage dans l'application et l'interprétation de la loi interne dans des cas concrets (recommandation 14.2)[3096].

538. La pertinence des solutions. La solution proposée par le droit souple correspond à l'approche actuelle du droit européen, comme le montre l'article 3.1 du Règlement Rome I, selon lequel « les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ». La doctrine a aussi, depuis longtemps, considéré le dépeçage comme une conséquence logique du principe de l'autonomie de la volonté. Comme l'a souligné le professeur Paul Lagarde, le dépeçage garantit « le plein accomplissement de la

[3093] V. *Ibid*, n° 399-402 (traduction libre de l'anglais).

[3094] *Ibid*, n° 402 (traduction libre de l'anglais).

[3095] *Ibid*, p. 184.

[3096] *Ibid*, p. 184.

volonté des parties ». En effet, « si l'équilibre de leur contrat international le requiert, il faut leur permettre de répartir les divers éléments de ce contrat entre plusieurs lois »[3097].

Malgré cela, lors des discussions sur la Convention de Rome, plusieurs experts ont souligné que le contrat devrait, en principe, être régi par une loi unique, sauf si « ce contrat — en apparence unique — ne se compose en réalité de plusieurs contrats ou parties détachables et indépendantes l'une de l'autre du point de vue juridique et économique ». Selon ces experts, aucune référence au dépeçage n'aurait dû figurer dans le texte même de la Convention. En revanche, d'autres experts considéraient que le dépeçage est directement lié au principe de l'autonomie de la volonté et qu'il serait donc difficilement interdit, solution qui a été retenue par la Convention[3098].

Dans le cadre du Mercosur, des propositions ont été formulées afin qu'un futur instrument régional autorise expressément le dépeçage[3099]. Parmi ces arguments, on compte celui de Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira, qui avance plusieurs raisons en faveur de l'acceptation du dépeçage. Elle évoque notamment la pleine réalisation de la volonté des parties de s'assurer que leurs souhaits soient entièrement respectés, la complexité inhérente à certaines opérations contractuelles, pouvant rendre inadaptée la soumission du contrat à une loi unique, ainsi que « l'actuel consensus tant au sein de la doctrine européenne que latino-américaine, ainsi qu'au sein du droit conventionnel »[3100]. Elle propose également que l'élaboration d'une future réglementation au sein du Mercosur s'inspire de l'article 7 de la résolution de l'Institut de droit international sur « L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées », adoptée à Bâle en 1991, selon laquelle « les parties peuvent choisir la loi applicable pour la totalité ou pour une ou plusieurs parties du contrat »[3101].

La professeure María Mercedes Albornoz s'est également prononcée en faveur de l'acceptation du dépeçage dans le cadre d'un futur instrument mercosurien, soulignant que cette solution se justifie par le principe de l'unité du contrat. Selon l'auteure, ce principe n'exclut pas la faculté pour les parties de soumettre différentes parties d'un même contrat à des lois distinctes, à condition toutefois que la combinaison résultante demeure harmonieuse et exempte de contradictions. Ainsi, elle conclut que : « Si la combinaison des différentes parties est harmonieuse, le dépeçage pratiqué par les parties pourra déployer ses effets sans problèmes (l'application à chaque partie du contrat de la loi choisie

---

[3097] P. Lagarde, « Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 651.

[3098] M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, art. 3, para. 4.

[3099] En ce sens, v. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 207 et s. ; et F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 339 et s.

[3100] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 339-340. Pour la problématique du contrat sans loi, v. P. Level, « Le contrat dit sans loi », *Comité français de droit international privé,* 1967, p. 203 ; J.-P. Beraudo, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde,* Dalloz, 2005, p. 93-112.

[3101] *Ibid*, p. 340.

à cet effet). En revanche, si le juge aperçoit des incohérences, le dépeçage sera dépourvu d'efficacité. En conséquence, nous pensons que la cohérence demeure la seule et vraie limite au dépeçage volontaire »[3102].

À ce sujet, il convient de noter l'opinion du professeur Paul Lagarde, selon lequel l'argument de l'unité du contrat ne se confond pas avec celui de la cohérence du contrat. Selon lui, le principe de l'unité du contrat, en plus de son imprécision, « ne peut être opposé valablement au dépeçage »[3103]. Comme il l'explique, « quelle que soit la thèse, objective ou subjective, que l'on adopte pour expliquer le droit international privé des contrats, il reste que la volonté des parties intervient toujours, sinon pour choisir la loi applicable, du moins pour localiser les différents éléments du contrat, afin que le juge déduise la loi qui les régira ». Ainsi, « il n'y a donc pas d'obstacle de principe, à ce niveau, au dépeçage du contrat par les parties ». Toutefois, s'il n'admet pas que le principe de l'unité du contrat puisse être opposé à un dépeçage voulu par les parties, il peut l'être au juge, lorsque la volonté des parties ne s'est pas exprimée. Selon lui : « Leur silence laisse présumer qu'elles ont entendu maintenir l'unité législative de leur opération et laisser le juge déterminer la loi applicable »[3104]. Cependant, le professeur Lagarde souligne qu'on peut limiter le dépeçage en lui imposant la nécessité d'un dépeçage « cohérent ». Ainsi, « on arrive donc à l'idée que le dépeçage voulu par les parties doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'il ne doit pas conduire à des solutions incohérentes »[3105].

La nécessité de cohérence a aussi été abordée lors de l'adoption de la Convention de Rome. Comme l'a souligné le Rapport Giuliano-Lagarde, il a été précisé dans les discussions qu'en cas de dépeçage, le choix de loi devrait être cohérent, c'est-à-dire « concerner des éléments du contrat qui peuvent être régis par des lois différentes sans donner lieu à des résultats contradictoires ». Par conséquent, il a été affirmé que, si les lois choisies ne peuvent pas se combiner de manière cohérente, il convient d'appliquer le rattachement objectif déterminé à défaut de choix[3106].

En ce qui concerne les limites au dépeçage, en plus de la cohérence, il a été également soulevé par une partie de la doctrine que le dépeçage ne peut pas porter atteinte à l'autorité d'une loi ayant un caractère internationalement impératif[3107]. Ainsi, il a été souligné que le

---

[3102] M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 214-219.

[3103] P. Lagarde, « Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 667.

[3104] *Ibid*, p. 668.

[3105] *Ibid*, p. 669.

[3106] M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, art. 3, para. 4.

[3107] En ce sens, v. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 341-342. Pour la doctrine européenne, v. P. Lagarde, « Le "dépeçage » dans le droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 670 et s. Dans un sens divergent, v. M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 217-218. Selon cette deuxième : « Dans notre opinion, il n'y a pas ce problème : les contractants ont le droit de choisir des lois différentes pour diverses parties de leur contrat international et chaque choix importe la mise en échec des règles impératives du Droit privé qui aurait été applicable au contrat ou à une certaine partie du contrat en l'absence de ce choix. C'est une conséquence directe de l'autonomie de la volonté que

fait d'offrir aux parties la faculté de soumettre différentes parties de leur contrat à plusieurs lois distinctes ne saurait signifier pour autant que ce contrat serait dépourvu de toute loi applicable (le problème du contrat sans loi). Le contrat demeure en effet toujours régi par des lois étatiques, même si celles-ci diffèrent selon les aspects du rapport contractuel. Par ailleurs, comme l'a rappelé Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira, il reste soumis tant aux règles impératives propres à chacune des *lex contractus* retenues qu'aux lois de police du for, de sorte qu'il demeure impossible d'éluder des dispositions impératives jugées contraignantes[3108].

Comme l'ont noté les professeurs Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier et Malik Laazouzi, le dépeçage est peu fréquent dans la pratique contractuelle générale, mais il est observé dans certains secteurs spécifiques, tels que le transport, la distribution, la banque ou la finance. Selon ces professeurs, le dépeçage volontaire peut présenter un risque élevé pour les parties. Il peut, selon eux, entraîner des problèmes d'interprétation de la volonté, car « il ne sera pas toujours facile de déterminer si, en visant telle loi pour un aspect de leur contrat, les parties ont vraiment voulu faire régir cette partie par la loi citée et par elle seule »[3109]. En outre, ils soulignent un problème de principe : les abus de droit commis par les parties, notamment lorsque ces dernières choisissent une loi plus conciliante que celle prévue dans le contrat pour valider une stipulation illégale. Ils soulèvent enfin une troisième difficulté concernant la mise en œuvre du dépeçage lorsque le contrat est régi par des lois dont l'application, bien que propre à différents aspects, s'avère contradictoire[3110]. Les professeurs conseillent ainsi aux parties souhaitant procéder à un dépeçage volontaire de leur contrat d'exprimer leur intention de manière très claire,

---

la loi choisie se substitue à une autre loi. Et chacune régit le contrat avec toute la force de ses dispositions impératives. On ne voit pas là de motif d'alarme. Surtout parce que les règles internationalement impératives applicables assurent le respect des intérêts liés au contrat qui sont jugés comme fondamentaux par l'État du for — et éventuellement par des pays tiers, mais proches du contrat —. L'autorité de la loi n'est pas ébranlée par le dépeçage volontaire ; elle se maintient par rapport à la partie dépecée. Ceci nous permet de conclure que le respect à l'autorité de la loi n'opère pas comme limite au dépeçage volontaire ».

[3108] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 339.

[3109] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 201.

[3110] Selon les professeurs Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier, et Malik Laazouzi : « Aussi bien, de longue date, certains auteurs se montrent hostiles au dépeçage de pure convenance. À leurs yeux, ce n'est pas procéder à une soumission volontaire à une loi que de l'expurger des dispositions qui gênent. Au fond, un tel choix constitue un abus de droit dans l'exercice de la liberté de choisir la *lex contractus*. Le troisième problème concerne la mise en œuvre du dépeçage, dans la mesure (discutée) où celui-ci serait admissible. En effet, le contrat ne doit pas se trouver régi par des lois dont l'application, bien que propre à différents aspects du contrat, s'avérerait finalement contradictoire. De fait, des blocages sont à craindre si les parties font régir les obligations de l'une par la loi A et les obligations de l'autre par la loi B : que faire lorsque, selon la loi A, l'inexécution de la première obligation est si grave qu'elle doit provoquer la résolution du contrat, tandis que, selon la loi B, l'obligation réciproque reste exigible ? L'assujettissement de la formation et de l'exécution du contrat à des lois différentes comporte aussi son lot d'incertitudes : pour savoir, en vertu de la loi choisie pour gouverner les effets, si une obligation a été exécutée correctement ou non, ne faut-il pas aussi déterminer ce que les parties ont véritablement voulu et, pour cela, appliquer la loi choisie pour la formation ? Les lois en cause diront peut-être des choses différentes, se cumulant ou se contredisant. Dès lors, si le dépeçage n'est pas judicieux, s'il est pathologique, la cohérence du contrat sera mise à mal. » *Ibid*, p. 202-203.

en précisant les questions relevant de chaque loi et en anticipant les risques d'incohérence, tout en indiquant quelle loi doit primer en cas de contradictions[3111].

Nous sommes d'avis que, malgré la complexité inhérente à la notion de dépeçage et de sa mise en œuvre dans le domaine contractuel, celui-ci peut, dans certains contextes, présenter une réelle utilité. Interdire catégoriquement ce mécanisme au seul motif des difficultés qu'il soulève apparaîtrait disproportionné et incompatible avec le principe de l'autonomie de la volonté. En pratique, certains cas de dépeçage ne soulèvent aucune difficulté majeure, notamment lorsque le contrat comprend des parties clairement identifiables et aisément dissociables. Tel est le cas, par exemple, des stipulations relatives à l'obtention d'autorisations administratives ou des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité[3112].

En outre, nous partageons l'opinion de ceux qui ont soutenu que le dépeçage doit éviter les incohérences liées à l'application de plusieurs lois. Cette interprétation semble opportune pour l'Amérique latine, où les lacunes sur ce sujet sont courantes. Toutefois, certaines législations incluent déjà des précisions sur ce sujet. Par exemple, l'article 14 du Code civil fédéral du Mexique et l'article 11 de la Loi générale de droit international privé de l'Uruguay prennent en compte la nécessité d'une « application harmonieuse des lois », en « tenant compte des exigences d'équité »[3113]. Le Code de droit civil international privé du Panama, article 70, permet le dépeçage uniquement lorsque « la nature du contrat juridique international le permet » et, tout comme la Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux du Paraguay, lorsque les parties du contrat soumises à des droits différents sont clairement distinctes. Chaque droit choisi doit ainsi régir « une obligation ou une situation donnée de l'acte juridique » conformément à l'article 70 de la législation du Panama, et « dans la mesure où elles [les parties du contrat] se distinguent clairement les unes des autres », selon l'article 4.2. de la loi du Paraguay. En outre, le dépeçage est interdit par la loi panaméenne dans certains cas d'abus, notamment « si elle empêche l'exécution de la prestation objet du contrat, ou si elle constitue une fraude ou porte préjudice à l'une des parties » (art. 70 du Code de droit civil international privé du Panama)[3114].

Par conséquent, en suivant les recommandations du Guide de l'OEA, nous sommes d'avis qu'il sera avantageux de préciser ce point et d'autoriser les parties à choisir la loi applicable pour l'intégralité ou pour une ou plusieurs parties du contrat, ainsi que de prévoir que les différents aspects du contrat peuvent être régis par des lois distinctes. Néanmoins, en raison du risque de contradiction ou d'incohérence dans l'établissement

[3111] *Ibidem*.

[3112] Les professeurs Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier, et Malik Laazouzi donnent également l'exemple d'un contrat de fourniture d'un ensemble industriel, où les opérations de construction sont soumises à la loi du lieu, tandis que les prestations de mise en marché et de maintenance relèvent de la loi de l'entreprise chargée du projet. Cf. *Ibidem.*

[3113] V. Annexe 2.

[3114] V. Annexe 2.

des droits et obligations des parties dans l'exercice du dépeçage, il est nécessaire de préciser que les parties peuvent choisir différentes lois pour différentes parties du contrat, à condition que ces parties soient clairement distinguées les unes des autres, comme le prévoit la loi paraguayenne[3115].

§5 — Précisions quant à la validité formelle, à la loi applicable à l'accord de choix, et à la séparabilité du choix de la loi applicable du reste des stipulations contractuelles

539. Validité formelle. En général, le choix de la loi applicable peut être effectué par les parties dans le contrat principal ou par un accord séparé. Les instruments de droit souple les plus modernes n'exigent aucune condition de forme pour le choix de la loi applicable, sauf convention contraire des parties (p. ex., l'art. 5 des Principes de La Haye[3116] et la recommandation 9.1 du Guide de l'OEA[3117]). Dès lors, sauf convention contraire, il ne serait pas nécessaire que le choix soit fait par écrit, devant des témoins, ou dans un langage spécifique. Cette technique vise principalement à renforcer la validité des accords, ce qui correspond au concept juridique de *favor negotii*[3118].

Les commentaires de l'article 5 des Principes de La Haye précisent qu'il concerne uniquement la validité formelle d'un choix de loi. Le reste du contrat (le contrat principal) doit remplir les conditions de forme de la loi désignée par la règle de droit international privé applicable (commentaire 5.5).

De plus, les recommandations 9.2 et 9.3 du Guide de l'OEA précisent que, exceptionnellement, les règles impératives applicables peuvent imposer des conditions de forme :

> « Les juges et arbitres, pour déterminer la validité formelle d'un choix de loi, ne doivent imposer aucune exigence de forme, sauf accord contraire des parties ou sauf si cela est requis par des règles impératives applicables.

[3115] Au Paraguay, selon la Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux, article 4.2, « Les parties peuvent choisir : […] (b) des droits différents pour des parties différentes du contrat, dans la mesure où ils se distinguent clairement les uns des autres. » (Traduction libre de l'espagnol).

[3116] Selon l'article 5 des Principes de La Haye : « Le choix de la loi applicable n'est soumis à aucune condition de forme, sauf convention contraire des parties ». HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015.

[3117] « 9.1. Le régime juridique national relatif à la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, en ce qui concerne la validité formelle du choix de loi, ne doit pas contenir de prescriptions concernant la forme, sauf accord contraire des parties, conformément aux dispositions de l'article 5 des Principes de La Haye ». OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019 (traduction libre de l'anglais).

[3118] Cf. OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, p. 135-136.

> Les parties contractantes et leurs conseils juridiques doivent tenir compte de toute règle impérative relative à la forme qui pourrait être applicable. »[3119]

Par conséquent, selon le Guide, le principe fondamental devrait être l'absence d'exigences de forme pour la sélection de la loi applicable, sauf si ces conditions sont spécifiées par les parties elles-mêmes ou requises par des règles impératives. Cette approche libérale, défendue par les Principes et le Guide marque, ainsi, un véritable changement de paradigme sur cette question, notamment en Amérique latine, où la forme écrite demeure une exigence dans de nombreuses législations nationales[3120].

540. Loi applicable à l'accord de choix (*pactum de lege utenda*). Lorsqu'un choix de loi est effectué, la loi régissant le contrat principal découle de ce choix. Cependant, une autre question subsiste : celle de déterminer quelle loi décide de l'existence et la validité de l'accord des parties sur la loi applicable (question du *pactum de lege utenda*). Pour répondre à cette question, trois options se présentent : appliquer la *lex fori*, la loi désignée en l'absence de choix, ou encore, la loi choisie par les parties. La première solution risque de contrarier les attentes des parties. La deuxième peut engendrer des incertitudes que la clause de choix de la loi applicable visait à éviter. Enfin, la troisième solution pourrait également générer des difficultés, en particulier lorsque le consentement n'a pas été obtenu de manière adéquate[3121].

Ce principe est aussi adopté par des instruments de droit souple, comme les Principes de La Haye (art. 6.1) et le Guide de l'OEA (recommandation 10.1). Selon ce dernier :

> « Le régime national relatif à la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux devrait prévoir que la question de savoir si les parties ont convenu d'un choix de loi doit être déterminée par la loi que ces parties sont censées avoir acceptée, en conformité avec l'Article 6 des Principes de La Haye et l'Article 12, paragraphe 2, de la Convention de Mexico. »[3122]

En droit comparé, la question du consentement, de l'existence et de la validité de la clause de choix de la loi applicable relève en principe de la loi régissant le contrat. C'est le principe établi dans les instruments internationaux, supranationaux ou régionaux, tels que le Règlement Rome I (art. 10) et la Convention de Mexico (art. 12.1).

En outre, l'alinéa 2 de l'article 6 des Principes de La Haye, auquel le Guide fait référence, introduit une exception. Cet article précise que la loi de l'État dans lequel est situé

[3119] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[3120] Cf. J.A. Moreno Rodríguez, « Miscelánea: la nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte II) », *op. cit.,* p. 271.

[3121] V. *Ibidem* ; V. aussi, J.A. Moreno Rodríguez, « The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past? », *op. cit.*, p. 1146-1178.

[3122] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019 (traduction libre de l'anglais).

l'établissement d'une partie détermine si cette partie est d'accord sur le choix de la loi applicable « lorsqu'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable d'apprécier ce consentement selon la loi prévue au paragraphe 1 », c'est-à-dire la loi réputée faire l'objet de l'accord. De même, l'article 12, paragraphe 2, de la Convention de Mexico, lui aussi visé par le Guide, ajoute, de manière plus directe, que le juge « devra tenir compte » de la loi de l'établissement ou le lieu de résidence des parties pour déterminer leur consentement quant au choix de la loi applicable[3123].

Lues ensemble, ces dispositions obligent le juge, pour déterminer la validité du consentement relatif au choix de la loi applicable, à appliquer la loi réputée désignée par les parties. Le juge doit également prendre en compte la loi de l'État du lieu de résidence ou d'établissement des parties lorsque les circonstances indiquent qu'il ne serait pas raisonnable d'évaluer ce consentement selon la loi présumée être l'objet de l'accord, ou lorsqu'il est nécessaire de vérifier si le consentement de l'une des parties a été obtenu de manière valable.

Les dispositions de la Convention de Rome et celles du Règlement Rome I sont très proches de celles des Principes de La Haye. En effet, le premier alinéa de l'article 10 du Règlement Rome I dispose que « L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition étaient valables ». La Convention de Rome adoptait la même solution. Comme l'a souligné le Rapport Giuliano-Lagarde, cette solution était destinée « à couvrir tous les aspects de la formation du contrat en dehors de la validité formelle », y incluant « l'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable »[3124]. Et, selon l'alinéa 2 de l'article 10 du Règlement, une partie peut se référer à la loi du pays où elle a sa résidence habituelle pour démontrer qu'elle n'a pas consenti, « s'il résulte des *circonstances* qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'*effet du comportement* de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe 1 », qui est la loi du contrat.

La différence principale réside dans le fait que, tandis que les Principes mentionnent explicitement le « consentement », le Règlement se réfère à l'« effet du comportement ». Dans le cadre de la Convention de Rome, il a été précisé que le terme « comportement » doit être compris comme englobant « aussi bien une attitude active que passive de la partie en cause », se référant pas ainsi uniquement au silence[3125]. Cette notion est donc plus large que celle de « consentement » tel qu'employé dans les Principes. Par ailleurs, l'expression « s'il résulte des circonstances » implique que le juge « doit prendre en considération toutes les circonstances de la cause et non pas se référer uniquement à celles dans lesquelles a agi la partie qui prétend n'avoir pas consenti au contrat ». Le juge prendra en considération,

[3123] V. *supra* n° 165 et s.

[3124] M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, art. 8, para. 1.

[3125] *Ibid*, art. 8, para. 2.

ainsi, notamment « les usages observés par les parties aussi bien que leurs relations d'affaires précédentes »[3126].

Les commentaires des Principes de La Haye précisent que le recours à la loi de l'établissement pour déterminer l'existence du consentement doit rester exceptionnel. Cette « clause d'exception », selon les Principes (commentaire 6.28), s'applique sous deux conditions cumulatives : « Premièrement, il faut qu'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable d'évaluer le consentement d'après la loi prévue au paragraphe 1. Deuxièmement, il est nécessaire qu'aucun accord valable sur le choix de loi ne puisse être établi en application de la loi de l'État dans lequel est situé l'établissement de la partie qui invoque cette disposition (par ex., pour des raisons de violence ou fraude ou en raison du silence dans le processus de formation du contrat) ».

L'article 6 des Principes de La Haye apporte également des précisions sur le conflit de conditions générales, ou « bataille de formulaires » (*battle of forms*). Selon l'article 6.1, b :

> « Si les parties ont eu recours à des conditions générales qui désignent deux lois différentes, mais qu'en vertu de ces lois les mêmes conditions générales prévalent, la loi désignée par les conditions générales qui prévalent s'applique ; si en vertu de ces lois, des conditions générales différentes prévalent, ou si en vertu de l'une de ces lois, ou de ces deux lois, il n'y a pas de conditions générales qui prévalent, alors il n'y a pas de choix de la loi applicable. »

Ainsi, le paragraphe 1, alinéa b, des Principes énonce trois hypothèses distinctes. La première correspond à un faux conflit : les deux lois désignées par les parties règlent le conflit de conditions générales en faveur des mêmes conditions générales. Telle est le cas, par exemple, quand les lois respectivement désignées retiennent toutes deux une règle selon laquelle, en cas de conflit, les dernières conditions générales utilisées prévalent (*last-shot rule*). Dans ce cas, il n'y a pas de difficulté majeure : la loi applicable dans les dernières conditions générales utilisées est réputée faire l'objet d'un accord.

Les deux autres hypothèses recouvrent de véritables conflits de lois. Dans la seconde hypothèse, les droits respectivement choisis par les parties prescrivent des solutions divergentes : l'un applique la règle du *first shot* (la loi applicable dans le premier formulaire prévaut), tandis que l'autre privilégie la règle du *last shot* (la loi applicable dans le dernier formulaire prévaut). Dans un tel cas, les commentaires des Principes (6.17) précisent que les clauses de choix de loi incluses dans les conditions générales s'annulent réciproquement (règle du *knock-out*)[3127]. Il en résulte que la loi applicable doit être déterminée selon les règles de conflit applicables en l'absence de choix contractuel.

[3126] *Ibidem*.

[3127] Pour les différences entre les règles de « first shot », « last shot » et « knock-out » dans une perspective de droit comparée, v. T.M. Kadner Graziano, « Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of

La troisième hypothèse vise les situations dans lesquelles, en vertu de l'une ou des deux lois désignées, aucune condition générale ne prévaut. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'une des lois désignées applique une règle de « knock-out », tandis que celle de l'autre loi indiquée retient une solution différente, telle que la règle du « first shot » ou celle du *last shot*. Comme l'indiquent les commentaires des Principes (6.19), le simple fait qu'au moins l'une des lois appliquées adopte la règle du *knock-out* conduit à neutraliser les clauses de choix de loi en conflit. Dans ce scénario, comme dans le deuxième cas, il n'existe donc pas de choix valable de loi applicable ; la détermination de cette dernière doit également être effectuée par le biais des règles de conflit prévues en l'absence de choix exprimé par les parties.

Cette disposition des Principes a été introduite grâce à la délégation suisse, et, en particulier au professeur Thomas Kadner Graziano[3128]. En fait, la question de bataille de formulaires se révèle beaucoup plus complexe et controversée lorsque les parties désignent, dans leurs conditions générales respectives, non pas une, mais différentes lois pour régir le contrat, ce qui est fréquemment le cas lorsque les deux parties utilisent des clauses types dans des contrats transnationaux. Cette problématique, qui avait déjà été mise en avant par le professeur argentin Antonio Boggiano lors de son cours à l'Académie de droit international de La Haye en 1981[3129], n'avait jamais été explicitement réglée dans une règle de droit formelle, ni par le Règlement Rome I. En raison de cette complexité, les juridictions ont souvent cherché à éviter ou contourner la question de la loi applicable à l'accord portant sur le choix de la loi, ou ont simplement appliqué la *lex fori*[3130].

Le professeur Kadner Graziano a mené une analyse approfondie de cette question, soulignant le degré élevé d'incertitude qui subsiste lorsque les parties insèrent des clauses de soumission à des lois différentes dans leurs conditions générales. Comme il l'a relevé, la jurisprudence en la matière demeure rare et la doctrine profondément divisée, donnant

---

Forms Situations: The Hague Solution », *Yearbook of Private International Law*, 2013, vol. 14, p. 71-101, p. 75 et s.

[3128] S.C. Symeonides, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *op. cit.*, p. 813.

[3129] Selon le professeur Boggiano : « En ce qui concerne la célèbre *battle of forms*, le conflit entre les conditions standards des deux parties ne peut être résolu qu'en donnant la préférence à l'une d'elles lorsque, conformément au principe de confiance, l'une des parties a eu des raisons de croire que l'autre partie avait sans aucun doute accepté ses conditions. Ce n'est qu'ainsi qu'on peut donner préférence à un formulaire standard. Avant d'exclure les deux conditions standards conflictuelles, d'autres méthodes peuvent néanmoins être acceptables. Une adaptation matérielle ou une harmonisation des conditions contradictoires peut être tentée. Cette adaptation peut être effectuée en vue d'aboutir à une solution substantiellement plus équitable au différend. Un choix de conditions standards peut aussi être appliqué comme s'il s'agissait d'un choix de la loi objective applicable. Ainsi, par exemple, l'opinion très bien fondée selon laquelle le tribunal devrait appliquer les conditions standards du fournisseur a été soutenue. Lorsque le principe de confiance ne conduit pas à préférer un ensemble de conditions standards à un autre, et qu'aucune adaptation possible ni une harmonisation équitable n'a donné de résultats, il convient alors de se référer au droit subsidiaire. Les règles de conflit doivent déterminer ce droit matériel subsidiaire ». Cf. A. Boggiano, « International Standard Contracts a Comparative Study », *RCADI*, 1981, vol. 170, p. 86-87 (traduction libre de l'anglais).

[3130] T.M. Kadner Graziano, « Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situations: The Hague Solution », *op. cit.*, p. 81-81.

lieu à des solutions variées, parfois d'une grande complexité. Dans un tel contexte, il est extrêmement difficile pour les parties contractantes d'anticiper avec précision la loi qui sera finalement applicable à leur convention. C'est précisément ce constat qui a conduit, lors de l'élaboration des Principes de La Haye de 2012 sur le choix de la loi applicable, à la recherche d'un consensus sur certaines hypothèses et, corrélativement, à l'adoption de l'article 6. Ce dernier vise, comme l'a souligné le professeur suisse, à concilier l'autonomie des parties avec la nécessaire sécurité juridique dans des situations caractérisées par une « bataille des formulaires ». Bien que complexe, l'article 6 propose ainsi une solution hybride qui reprend et harmonise les approches existantes[3131].

541. Séparabilité. Une autre question importante concerne la séparabilité du choix de la loi applicable par rapport au reste du contrat. La séparabilité est le concept selon lequel la validité du contrat principal n'a pas nécessairement d'impact sur l'accord de choix de la loi applicable. À titre d'exemple, lorsqu'un contrat de vente est frappé de nullité, la clause attributive de compétence législative qu'il contient, ou celle figurant dans un document séparé, demeure en principe inaffectée par cette invalidité et conserve sa pleine validité. Cette approche est largement adoptée en droit international des contrats, notamment par les instruments internationaux contraignants, tels que le Règlement Rome I (art. 10) et la Convention de Mexico (art. 12.1).

Les instruments internationaux de nature souple adoptent également cette position (art. 7 des Principes de La Haye et la recommandation 11.1 du Guide de l'OEA). Selon la recommandation 11.1 du Guide de l'OEA :

> « Le régime juridique national devrait confirmer qu'un choix de loi applicable aux contrats commerciaux internationaux ne peut être contesté uniquement au motif que le contrat auquel il s'applique n'est pas valide, en conformité avec l'Article 7 des Principes de La Haye. »[3132]

L'autonomie ou séparabilité de la clause de choix de loi s'impose comme un principe cardinal du droit international des contrats, consacré tant par les instruments contraignants que par les textes de *soft law*. Cette autonomie juridique garantit la prévisibilité et la sécurité juridique des parties, en préservant leur volonté quant au droit applicable même lorsque le contrat principal s'avère invalide. L'harmonisation progressive de cette règle dans l'Amérique latine, notamment à travers les recommandations du Guide de l'OEA, témoignerait ainsi d'une convergence bienvenue vers les standards internationaux, renforçant la cohérence du système conflictuel latino-américain.

[3131] *Ibid*, p. 999-100.

[3132] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019 (traduction libre de l'anglais).

*
* *

542. Sur le plan régional, seule la Convention de Mexico contient des dispositions expresses sur la validité formelle, la loi applicable à l'accord de choix, et à la séparabilité du choix de la loi applicable du reste des stipulations contractuelles (art. 12.1 de la Convention)[3133]. Pour le droit interne des États latino-américains également, l'existence de dispositions expresses constitue l'exception. Seules les législations nationales du Paraguay et de l'Argentine intègrent de telles directives[3134]. Dans la plupart des cas, des lacunes persistent, que ce soit du point de vue législatif ou jurisprudentiel. Ainsi, l'introduction de normes précises sur ces sujets, en suivant l'approche des Principes de La Haye et du Guide de l'OEA, améliorerait considérablement le régime régional des contrats internationaux, apportant plus de sécurité pour les parties contractantes.

Conclusions du Chapitre

543. En conclusion, nous appuyons les orientations du Guide de l'OEA sur l'adoption de l'autonomie de la volonté par les États latino-américains, ainsi que les précisions sur son régime et sa portée.

Ainsi, en suivant les principes et recommandations de ceux-ci, nous soutenons que le cadre juridique latino-américain doit reconnaître la liberté contractuelle des parties dans le choix de la loi applicable à leur contrat. Ce choix pouvant être exprimé de manière expresse ou *tacite*, mais, dans ce dernier cas, il doit être précisé qu'il doit résulter de façon claire ou certaine des dispositions contractuelles et des circonstances de la cause. En outre, il conviendrait de prévoir qu'un accord entre les parties visant à donner compétence à un tribunal étatique ou arbitral pour connaître des différends liés au contrat, n'est pas en soi équivalent à un choix de la loi applicable. Dans le même sens, nous défendons l'idée qu'aucun *lien particulier* ne doit être exigé entre la loi choisie et les parties ou leur transaction.

Nous ajoutons quelques observations sur l'effet rétroactif et les limites d'une modification d'un choix antérieur de la loi applicable, et l'importance d'éviter les contradictions ou incohérences en cas de dépeçage.

En effet, les recommandations du Guide et des Principes sont bienvenues en ce qui concerne la précision quant au *moment* que les parties peuvent exercer un choix de la loi applicable, en intégrant la question de l'accord procédural. Mais, en dépit du silence gardé par le Guide de l'OEA à cet égard, il serait intéressant de préciser, à l'instar de la nouvelle loi uruguayenne, qu'un nouveau choix, ou la modification d'un choix antérieur de la loi

[3133] V. Annexe 1.

[3134] V. Annexe 2.

applicable devraient avoir des effets rétroactifs au jour de la conclusion du contrat, tout en respectant les limites de la validité formelle du contrat, et du respect des droits des tiers.

En outre, en ce qui concerne le *dépeçage*, nous partageons la recommandation du Guide de l'OEA qu'il sera avantageux de préciser le recours au dépeçage et d'autoriser les parties à choisir la loi applicable pour l'intégralité ou pour une ou plusieurs parties du contrat, ainsi que de prévoir que les différents aspects du contrat peuvent être régis par des lois distinctes. Néanmoins, il existe un risque de contradiction ou d'incohérence dans l'établissement des droits et obligations des parties dans l'exercice du dépeçage. Pour cette raison, il est à notre avis nécessaire de préciser que les parties peuvent choisir différentes lois pour différentes parties du contrat, à condition que ces parties soient clairement distinguées les unes des autres, comme le prévoit la loi paraguayenne.

Nous souscrivons également aux solutions proposées par le droit souple en ce qui concerne la précision nécessaire quant à la *validité formelle* du choix de la loi, à la *détermination de la loi applicable à cet accord de choix*, ainsi qu'à la *séparabilité* de la clause de choix de la loi applicable du reste des stipulations contractuelles, domaines qui demeurent encore largement lacunaires dans la région. En outre, malgré l'absence d'orientation dans le Guide de l'OEA, il serait intéressant de prévoir une disposition spécifique pour l'*accord procédural*, à la lumière du projet de code de droit international privé français.

S'inspirant des sources de droit souple, notamment du Guide de l'OEA, des Principes d'Unidroit, du projet de Loi type de l'OHADAC, des instruments conventionnels les plus récents, tels que la Convention de Mexico et le Règlement Rome I, ainsi que des législations latino-américaines les plus modernes, une disposition relative à l'autonomie de la volonté pourrait être formulée comme suit :

> « Article […] — Liberté de choix
>
> 1. Un contrat est régi par le droit choisi par les parties.
>
> 2. Ce choix peut être exprimé de manière expresse ou tacite, mais, dans ce dernier cas, il doit résulter de façon certaine des dispositions du contrat et des circonstances de la cause.
>
>> §1 — Un accord entre les parties visant à donner compétence à un tribunal étatique ou arbitral pour connaître des différends liés au contrat n'est pas en soi équivalent à un choix de la loi applicable.
>
> 3. Le choix peut être effectué ou modifié à tout moment.
>
>> §1 — S'il est fait après la conclusion du contrat, il sera rétroactif au moment de sa conclusion, à condition que ces choix ou modifications, effectués après la conclusion du contrat, ne portent pas atteinte à la validité formelle du contrat ni aux droits des tiers.

4. Les parties peuvent choisir : a) la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat ; et b) différentes lois pour régir différentes parties du contrat, à condition que ces parties soient clairement distinguées les unes des autres.

5. Aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction. »

Cette disposition gagnerait à être complétée par d'autres règles portant spécifiquement sur l'*accord procédural*, la *validité formelle* de l'élection de loi, la *détermination de la loi régissant cet accord de loi*, ainsi que l'*autonomie* de la clause d'*electio juris* par rapport aux autres stipulations contractuelles. Les formulations suivantes pourraient être envisagées :

Article […] — Accord procédural

1. Lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits, elles peuvent, par un accord procédural, soumettre leur litige au droit national. Cet accord doit être exprès ou résulter d'écritures concordantes et non-équivoques.

Article […] — Validité formelle du choix de la loi applicable

1. Le choix de la loi applicable ne sera soumis à aucune condition de forme, sauf convention expresse contraire des parties.

Article […] — Accord sur le choix de la loi applicable et conflit de conditions générales (*battle of forms*)

1. La loi réputée faire l'objet de l'accord détermine s'il y a un accord des parties sur le choix de la loi applicable.

2. Si les parties ont eu recours à des conditions générales ou des clauses type qui désignent deux lois différentes, mais qu'en vertu de ces lois, les mêmes conditions générales prévalent, la loi désignée par les conditions générales qui prévalent s'applique ; si en vertu de ces lois, des conditions générales différentes prévalent, ou si en vertu de l'une de ces lois, ou de ces deux lois, il n'y a pas de conditions générales qui prévalent, alors il n'y a pas de choix de la loi applicable.

3. La loi de l'État dans lequel est situé la résidence habituelle ou l'établissement d'une partie détermine si cette partie a consenti au choix de la loi applicable lorsqu'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable d'apprécier ce consentement selon la loi prévue au présent article.

Article […] — Séparabilité

1. Le choix de la loi applicable ne peut être contesté au seul motif que le contrat auquel il s'applique n'est pas valable.

L'application de ces recommandations renforcerait la sécurité juridique dans la région et contribuerait à l'harmonisation du droit international privé des contrats. En promouvant une approche concordante en matière de choix de loi et en clarifiant les modalités d'application de l'autonomie de la volonté, les États pourraient créer un environnement juridique plus stable et plus propice aux échanges commerciaux internationaux, dès lors qu'ils assurent que la loi choisie par les parties sera respectée en cas de litige.

À ce stade, cette approche semble tout à fait réalisable, conformément aux constatations présentées dans la première partie de cette étude. Dans les pays où l'autonomie de la volonté n'est pas encore officiellement reconnue à titre de principe, elle est acceptée par la jurisprudence et largement soutenue par les doctrines nationales. Même l'Uruguay, qui était, il y a peu encore, le seul pays à s'opposer ouvertement à ce principe, l'a formellement accueilli lors de la récente réforme de son régime des contrats internationaux en 2020. Par conséquent, d'un point de vue d'ensemble, il apparaît que le contexte actuel latino-américain est favorable à la reconnaissance formelle de ce principe dans les contrats internationaux, ainsi qu'à la clarification de son régime et de son application.

CHAPITRE II — VERS L'HARMONISATION DU DROIT APPLICABLE EN L'ABSENCE DE CHOIX

544. En l'absence d'un choix de loi effectif exercé par les parties (ou lorsqu'un tel choix n'est pas autorisé), la question se pose de savoir quelle loi doit être appliquée, ou en d'autres termes, quelle est la *loi compétente*. Comme nous l'avons analysé dans la première partie, en Amérique latine, les règles de conflit de lois maintiennent généralement la séparation entre la forme et le fond des actes juridiques[3135]. Ainsi, il convient d'examiner de manière distincte les solutions du droit souple pour ces deux types de questions : la forme (Section 1) et le fond des contrats (Section 2).

Section 1 — Précisions quant à la loi applicable à la forme

545. Rappel du système actuel. À ce jour, aucune harmonisation n'existe en Amérique latine concernant la loi applicable à la forme des contrats. Les États de la région ont adopté des approches diverses, que ce soit par le biais de conventions internationales ou dans leurs législations nationales respectives.

[3135] V. *supra* n° 168 et n° 343.

Pour rappel, en ce qui concerne les sources conventionnelles, les Traités de Montevideo donnent préférence à la loi de l'État du lieu d'exécution pour régir les contrats, sans écarter d'autres rattachements, comme la loi de l'État du lieu de conclusion. La première version de 1889 distingue la forme des actes authentiques, soumise à la loi de l'État où ils ont été conclus, et celle des actes sous seing privé, qui demeurait toujours subordonnée à la règle générale du lieu d'exécution (arts. 32 et 39). La version révisée, de 1940, a introduit encore un autre élément de rattachement. La loi du lieu d'exécution reste le principal élément de rattachement pour la forme, laquelle doit déterminer « la qualité des actes en quoi ils consistent » ; toutefois, il revient à la loi de l'État du lieu de conclusion de décider des « formes et solennités » à respecter et à la loi de chaque État de régir « les modes de publicité » (art. 36)[3136].

Le Code Bustamante établit également un élément de rattachement mixte. L'article 180 du Code prévoit que la nécessité de conclure un contrat en forme publique ou écrite est régie par « la loi du lieu du contrat » (c'est-à-dire la loi de l'État où le contrat est conclu) et par la loi de l'État où il sera exécuté[3137].

L'instrument régional le plus récent, la Convention de Mexico, adopte une règle de conflit à coloration matérielle avec des facteurs de rattachement alternatifs. En cherchant à favoriser la validité du contrat et la réalisation de l'accord des parties, l'article 13 de la Convention établit que les contrats seront valides en ce qui concerne la forme s'ils respectent les exigences de l'une des trois lois suivantes : la loi régissant le fond du contrat, la loi du lieu de conclusion, ou encore la loi du lieu de son exécution. Par rapport à ses prédécesseurs, la Convention de Mexico ajoute, ainsi, la loi applicable au fond du contrat, qui peut être celle choisie par les parties. L'article 16 de la Convention ajoute à propos de la publicité, que : « La loi de l'État dans lequel doivent être inscrits ou publiés les contrats internationaux régit toutes les questions relatives à la publicité de ceux-ci »[3138].

En ce qui concerne les législations internes, une multitude de critères coexistent[3139]. Rappelons que la plupart des États latino-américains attribuent à l'État où un contrat est conclu la compétence législative sur sa forme (p. ex., le Chili, la Colombie, Cuba, El Salvador, l'Équateur, le Guatemala, le Honduras et l'Uruguay). Certains de ces États estiment que d'autres liens sont aussi pertinents, tels que la loi applicable au fond (Argentine, Pérou, République dominicaine, Venezuela et Uruguay), la loi d'exécution du contrat (République dominicaine et Venezuela), la loi du for (Brésil, Mexique, et Nicaragua), ou, exceptionnellement, la volonté encadrée des parties (Costa Rica). Certains pays ont également choisi l'unification des lois applicables tant au fond qu'à la forme des

[3136] Pour une analyse des solutions des Traités de Montevideo à ce sujet, v. *supra* n° 170 et s.

[3137] Pour une analyse des solutions du Code Bustamante à ce sujet, v. *supra* n° 175 et s.

[3138] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s. Pour une analyse des solutions de la Convention de Mexico à ce sujet, v. *supra* n° 178 et s.

[3139] V. *supra* n° 344 et s.

contrats, tout en laissant aux parties la liberté de choix, comme c'est le cas du Paraguay et du Panama.

Face à cette diversité, le droit souple, à travers des instruments tels que les Principes de La Haye ou le Guide de l'OEA, propose des solutions pragmatiques qui tendent à faciliter la validité des contrats transnationaux. Ce cadre flexible soulève cependant des questions sur sa portée pratique et sa pertinence réelle pour les juridictions nationales et les parties contractantes. Les paragraphes suivants s'efforceront ainsi d'explorer d'abord les mécanismes offerts par le droit souple en ce qui concerne la loi applicable à la forme des contrats (§1), puis d'en examiner leur pertinence pour l'harmonisation du droit dans ce domaine en Amérique latine (§2).

§1 — Les solutions du droit souple

546. Pour ce qui est du droit souple, les Principes de La Haye disposent que la loi choisie par les parties régit la validité et les conséquences de la nullité du contrat (art. 9.1, e), sans exclure l'application de toute autre loi applicable établissant la validité formelle du contrat (art. 9.2). Ainsi, selon le commentaire des Principes (9.13), toute autre loi applicable est déterminée en vertu des règles de droit international privé de l'État du for ou appliquées par un tribunal arbitral[3140].

Le Guide de l'OEA ne contient aucune disposition propre aux formes de contrats. Cependant, la recommandation 16.2 aborde la question de leur publicité et recommande :

> « Le régime juridique national relatif à la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux devrait prévoir à la fois que la loi de l'État dans lequel un contrat commercial international doit être enregistré régit toutes les questions relatives à la publicité, conformément aux dispositions de l'article 16 de la Convention de Mexico, et que les règles d'autres accords internationaux qui peuvent être spécifiquement applicables à un contrat commercial international devraient prévaloir, conformément aux dispositions de l'article 6 de la Convention de Mexico. »[3141]

L'article 16 de la Convention de Mexico, auquel le Guide fait référence, dispose que : « La loi de l'État dans lequel doivent être inscrits ou publiés les contrats internationaux régit toutes les questions relatives à la publicité de ceux-ci »[3142]. Et, l'article 6 de la Convention de Mexico dispose que les normes de cette dernière « ne s'appliquent pas aux contrats qui

[3140] HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015.

[3141] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019 (traduction libre de l'anglais).

[3142] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s. Sur l'interprétation de ces dispositions, v. *supra* n° 178 et s.

sont régis par des normes autonomes dans le droit conventionnel international en vigueur entre les États parties à ladite Convention »[3143].

§2 — La pertinence des solutions du droit souple

547. Les solutions du droit souple, et notamment des Principes de La Haye, ont toute leur pertinence pour la situation latino-américaine, où les éléments de rattachement pour valider la forme des contrats ne sont pas harmonisés et ne favorisent pas la validité des contrats. Dès lors, afin de favoriser la validité des contrats et de respecter la volonté des parties, il est essentiel que le juge dispose d'un éventail plus large de lois applicables pour déterminer la validité formelle du contrat.

Cette flexibilité permettrait non seulement de mieux respecter la volonté réelle des parties, qui peuvent avoir choisi ou conclu leur contrat en s'appuyant sur plusieurs systèmes juridiques, mais également de réduire le risque d'invalidation fondée sur des critères formels trop stricts, justifiée ainsi par une politique de *favor negotii*. Déjà consacrée dans plusieurs codifications latino-américaines (notamment en République dominicaine, au Venezuela, au Pérou et au Costa Rica) ainsi que dans la Convention de Mexico, cette approche favorise la validité formelle des contrats en prévoyant un éventail prédéfini de lois et en rendant applicable, parmi celles-ci, toute loi établissant la validité formelle par le biais de facteurs de rattachement alternatifs. En élargissant le champ des législations susceptibles d'être retenues, le juge disposerait d'un instrument mieux adapté à la complexité des relations commerciales internationales dans la région, garantissant ainsi la stabilité et la validité des contrats. Nous estimons qu'une telle solution renforcerait significativement la sécurité juridique, stimulant par conséquent la confiance des opérateurs économiques et le développement des échanges commerciaux en Amérique latine.

Toutefois, quelles lois doivent être choisies pour assurer la validité du contrat ? Comme il a été démontré, l'éventail des législations susceptibles d'être appliquées varie considérablement en Amérique latine, pouvant inclure la loi du lieu de conclusion, celle du lieu d'exécution, la loi régissant le fond du contrat, la volonté des parties, le domicile des contractants, voire la *lex fori*.

Ainsi, bien que le Guide de l'OEA demeure silencieux sur cette question, il conviendrait d'adopter une approche s'inspirant des Principes de La Haye, laquelle présenterait l'avantage de consolider la validité contractuelle. En conséquence, une disposition selon laquelle la loi choisie par les parties régit la validité et les conséquences de la nullité du contrat devrait être adoptée, tout en précisant que cette règle n'exclut pas l'application d'autres lois susceptibles d'assurer la validité formelle de l'acte, sans toutefois définir un éventail rigide et préétabli de lois applicables.

[3143] *Ibidem.*

Il convient toutefois de souligner que cette disposition n'exclut pas l'application des lois de police, qu'elles soient du for ou étrangères[3144]. À titre d'exemple, les questions relatives à la forme des contrats portant sur des droits réels immobiliers ou sur un droit d'utilisation d'un immeuble peuvent relever de telles lois impératives. Par exemple, au Brésil, la vente de certains biens immobiliers situés sur le territoire national exige l'intervention d'un acte notarié respectant des formes spécifiques[3145]. Dès lors, la préoccupation exprimée par la recommandation 16.2 du Guide de l'OEA, portant sur les questions relatives à la « publicité », apparaît justifiée.

En l'absence de dispositions spécifiques, le juge du for appliquera nécessairement ses propres règles impératives. Toutefois, il dispose en général d'un simple pouvoir — et non d'un devoir — de prendre en considération des lois de police étrangères[3146]. Par conséquent, si l'immeuble est situé dans l'État du for, aucune difficulté majeure ne se pose. La situation devient toutefois plus complexe lorsque l'immeuble se trouve à l'extérieur du ressort du juge saisi, car l'éventuelle loi de police applicable sera celle du lieu où il est situé, et donc une loi étrangère.

Il nous paraît donc raisonnable d'adopter une disposition similaire à celle de la recommandation 16.2 du Guide concernant les questions de publicité, et, plus spécifiquement sur celle relative à la forme des contrats ayant pour objet un droit réel, à l'instar de l'article 11.5 du Règlement Rome I. Ce dernier impose l'application des lois de police de la loi du pays où l'immeuble est situé à ces contrats, à condition que ces règles impératives s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi applicable au fond[3147]. Une telle inclusion assurerait, ainsi, l'application effective des lois de police étrangères, contribuant ainsi à renforcer la sécurité juridique dans ce domaine.

Section 2 — Précisions quant à la loi applicable au fond

548. Rappel du système actuel. En ce qui concerne la loi applicable au fond des contrats, lorsque les parties n'ont pas fait un choix de loi (ou quand ce choix n'est pas permis), il est nécessaire de prévoir une solution pour le conflit de lois. Les systèmes

[3144] À ce sujet, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 948.

[3145] V., p. ex., les arts. 108 et 1245 du Code civil brésilien, que disposent : « Art. 108 — Sauf disposition légale contraire, l'acte notarié public est essentiel à la validité des actes juridiques visant la constitution, le transfert, la modification ou la renonciation à des droits réels sur des biens immobiliers d'une valeur supérieure à 30 fois le salaire minimum le plus élevé en vigueur dans le pays. » ; « Art. 1245 — « La propriété d'un bien immobilier est transférée entre vifs à partir du moment où le titre translatif est enregistré auprès du Registre de la propriété immobilière. §1 — Tant que le titre transférant la propriété n'est pas enregistré, le cédant continue d'être considéré comme le propriétaire du bien immobilier. » (Traduction libre du portugais).

[3146] V. *infra* n° 584.

[3147] L'art. 11.5 du Règlement Rome I sur la validité formelle dispose que : « Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 à 4, tout contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est soumis aux règles de forme de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que, selon cette loi : a) ces règles s'appliquent quels que soient le lieu de conclusion du contrat et la loi le régissant au fond, et b) ne peut être dérogé à ces règles par accord ».

juridiques varient considérablement dans leurs méthodes et règles pour déterminer un critère de rattachement aux fins de désigner la loi compétente. À une extrémité, une règle « rigide » exige l'application de critères objectifs, souvent la loi du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat. À l'autre, une méthode « flexible » détermine la loi en évaluant divers rattachements pour identifier celle ayant les liens les plus significatifs avec l'affaire. Les adeptes de cette dernière méthode sont cependant divisés en plusieurs écoles. Il a ceux qui ont soutenu que la loi applicable peut être déterminée par des « présomptions », comme celle indiquant qu'un contrat de vente de biens est régi par la loi du pays où le vendeur réside habituellement. Mais, une autre méthode propose de trancher chaque cas selon ses mérites, en évaluant les facteurs de rattachement sans faire référence à aucune présomption. Les avis divergent également sur les considérations influençant l'évaluation des rattachements. Une école se concentre uniquement sur les intentions et intérêts des parties, tandis qu'une autre accorde aussi de l'importance aux considérations sociales et économiques[3148].

Rappelons que, au XIX[e] siècle, plusieurs pays européens, dont la France, ont progressivement abandonné l'ancienne règle stricte de la *lex loci contractus* pour adopter une approche plus souple et flexible, tenant compte de l'intention réelle des parties, conformément à l'idéologie juridique de l'époque. Ainsi, la loi applicable au contrat était celle que les parties avaient expressément choisie ou que l'on pouvait raisonnablement présumer qu'elles avaient voulu voir régir leur relation contractuelle. Cette méthode flexible s'est surtout développée en Angleterre, où elle a été pleinement adoptée comme règle générale. Comme l'a souligné le professeur Paul Lagarde, « depuis 1951, la *most real connection* est la seule règle retenue, sans qu'aucun des indices généraux courants, comme le lieu de conclusion, le lieu d'exécution, la résidence des parties, le lieu où elles font des affaires, ait un rôle prépondérant »[3149]. Ce « principe de proximité » a traversé l'Atlantique grâce aux doctrines de Cavers, Morris ou Lagarde, pour trouver sa consécration positive aux États-Unis[3150]. Dans ce pays, également membre de l'OEA, bien que la règle applicable varie selon les États fédérés, ceux qui suivent le second *Restatement* des conflits de lois (1971) ont adopté une formule souple reposant sur le lien le plus étroit ou la relation la plus significative[3151].

En Europe, le principe de proximité a également trouvé sa place avec la Convention de Rome de 1980 et la règle du rattachement des liens les plus étroits (même si cela a été nuancé par l'introduction de présomptions préétablies, ou des « règles-présomptions »[3152]). Cependant, des préoccupations relatives à l'imprévisibilité ont amené les commentateurs

[3148] V. O. Lando, « The Conflict of Laws of Contracts General Principles », *op. cit.*, p. 318-319.

[3149] P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 36

[3150] D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale, op. cit.,* p. 433.

[3151] Pour une perspective historique de l'évolution du principe de proximité, v. O. Lando, « The Conflict of Laws of Contracts General Principles », *op. cit.*, p. 330 et s. ; V. aussi D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale*, *op. cit.*, p. 433 et s.

[3152] A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, p. 289, n° 256.

de la Convention à se demander s'il ne serait pas préférable d'assurer une plus grande sécurité juridique, ce qui pourrait être garanti par l'application stricte de la présomption, solution qui a fini par être adoptée, le Règlement Rome I reléguant le principe de proximité à un rôle bien plus subsidiaire[3153].

La première partie de ce travail a analysé en détail les différents facteurs de rattachement adoptés en Amérique latine, que ce soit par les instruments régionaux latino-américains ou les lois étatiques de ces États. À partir de cette étude, nous avons conclu à l'absence d'harmonisation concernant le facteur de rattachement privilégié, lequel varie entre le lieu d'exécution, celui de conclusion, celui de la nationalité commune des parties ou encore, celui des liens les plus étroits avec la relation contractuelle[3154].

Concernant les sources régionales, rappelons que les trois instruments latino-américains ont adopté des critères divers. Alors que les Traités de Montevideo et le Code Bustamante ont privilégié l'établissement de critères de rattachement préfixés et rigides, mais divergents (la loi du lieu d'exécution pour les Traités de Montevideo ; la loi commune des parties, et, à défaut, la loi du lieu de conclusion du contrat pour le Code Bustamante), la Convention de Mexico s'est distanciée en adoptant, pour la première fois en Amérique latine, un système flexible basé sur la proximité comme règle générale[3155].

La fragmentation persiste en ce qui concerne les normes de source interne[3156]. Comme souligné précédemment, un grand nombre de pays d'Amérique latine préfère la loi de l'État du lieu d'exécution pour régir le fond des contrats (à savoir l'Argentine, Cuba, le Panama, le Pérou et l'Uruguay, Mexique, Nicaragua et le Guatemala), même si certains limitent son application à certains aspects du contrat (tels que le Mexique, le Nicaragua et le Guatemala). Suivant l'approche du Code Bustamante, le Brésil privilégie le lieu de conclusion comme critère de rattachement pour régir le fond des contrats, et le Costa Rica favorise la loi nationale commune des parties en tant que principal critère de rattachement, en utilisant la loi de l'État du lieu de conclusion de manière subsidiaire. En outre, de nombreuses normes unilatérales de conception territorialiste persistent, exigeant l'application de la loi interne aux contrats dont l'exécution doit se dérouler sur le territoire national, comme c'est le cas au Chili, et des pays qui se sont inspirés du Code civil chilien, comme la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Honduras et le Salvador. Ces règles furent ensuite bilatéralisées par la doctrine ou la jurisprudence. De manière minoritaire, le Paraguay, la République dominicaine et le Venezuela suivent le modèle de la Convention

[3153] Commission des Communautés Européennes, Livre Vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM (2002) 654 final, Bruxelles, 2003, p. 28. V. aussi, F. Ferrari, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 18e année, 2006-2008, 2009, p. 115-149.

[3154] V. *supra* n° 212 et n° 397.

[3155] V. *supra* n° 168 et s.

[3156] V. *supra* n° 343 et s.

de Mexico, utilisant le rattachement des liens les plus étroits comme règle de principe[3157]. En Argentine, en Uruguay et au Panama, le principe de proximité est utilisé comme un correctif à la rigidité des règles traditionnelles de conflit de lois, soit par le biais d'une clause d'exception dans le cas argentin, soit en tant que principe subsidiaire dans les systèmes uruguayen et panaméen.

549. Face à cette fragmentation juridique, il est judicieux d'examiner dans quelle mesure les sources de droit souple, en particulier les Principes de La Haye et le Guide de l'OEA, peuvent contribuer à l'harmonisation de la loi applicable aux contrats internationaux en l'absence de choix valable des parties. Il convient ainsi, dans un premier temps, d'analyser les solutions qu'ils proposent en matière de détermination de la loi applicable en l'absence de choix (§1), puis d'évaluer la pertinence concrète de ces solutions dans le contexte de l'harmonisation des règles juridiques applicables en la matière dans la région latino-américaine (§2).

§1 — Les solutions du droit souple

550. Pour ce qui est du droit souple, les Principes de La Haye ne portent aucune orientation au sujet du droit applicable en l'absence de choix, dès lors qu'ils portent exclusivement sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux.

En revanche, la loi applicable en l'absence de choix est analysée par le Guide de l'OEA. Sur ce sujet, le Guide recommande :

> « 13.1. Le régime juridique national relatif à la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, en cas d'absence de choix de loi effectif, devrait inclure les critères souples des "liens les plus étroits", conformément aux dispositions de l'article 9 de la Convention de Mexico.
>
> 13.2. Les juges et arbitres doivent appliquer les critères flexibles des "liens les plus étroits" dans une approche interprétative libérale. »[3158]

Au soutien de cette recommandation, le Guide rappelle la position de la Convention de Mexico, qui dispose que si les parties à un contrat n'arrivent pas à choisir la loi applicable, ou que leur choix n'est pas valable, la loi ayant le lien le plus étroit avec le contrat s'appliquera. Le Guide note encore que, bien que de nombreux États continuent de suivre l'approche traditionnelle d'un lien de rattachement fixe et prédéterminé, « un changement est en cours et les nouvelles réformes, ainsi que la jurisprudence récente, indiquent une

[3157] Pour une comparaison des solutions nationales, v. Annexe 2.

[3158] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019 (traduction libre de l'anglais).

nouvelle orientation pour les conflits de lois dans les Amériques »[3159] vers l'emploi de la méthode casuistique des liens les plus étroits.

De façon étonnante, le Guide ajoute que cela reflète une tendance observée dans les décisions récentes des tribunaux européens, notamment belges et français. Selon le Guide : « Ceci est également cohérent avec une tendance similaire dans les décisions récentes des tribunaux en Europe »[3160]. Sur ce point, le Guide de l'OEA fait référence à des « décisions rendues par la Cour de cassation belge en 2009 et les deux décisions françaises rendues par la Cour d'appel de Reims en 2012 et la Cour de cassation en 2015, toutes rapportées dans la base de données UNILEX »[3161]. En recherchant les arrêts mentionnés par le Guide sur UNILEX, nous n'avons identifié que trois décisions : un arrêt de la Cour d'appel de Reims du 4 septembre 2012 (n° 11/02698, *D21 c. Gabo*)[3162], un arrêt de la Cour de cassation française du 17 février 2015 (n° 12-29.550 13-18.956 13-20.230, *Dupiré Invicta Industrie c. Gabo*)[3163], ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation belge du 19 juin 2009 (n° C.07.0289.N, *Scafom International BV c. Lorraine Tubes S.A.S.*)[3164]. Cette convergence nous laisse penser que le Guide se réfère essentiellement à ces trois arrêts pour illustrer ses propos.

Dans le premier arrêt mentionné, rendu par la Cour d'appel de Reims le 4 septembre 2012[3165], la Cour confirma que le contrat objet du litige relevait de la CVIM, les parties contractantes ayant leur établissement en France et en Pologne, deux États parties à cette Convention. La question principale portait sur l'application conjointe des Principes d'Unidroit, en particulier la doctrine du *hardship*, pour interpréter et compléter la CVIM. La société française invoquait cette doctrine pour justifier une renégociation des prix due à la forte hausse des coûts des matières premières. La Cour reconnut que ces principes avaient un champ d'application plus vaste que celui de la CVIM, servant à son interprétation et à son complément. Elle précisa que la loi polonaise choisie par les parties ne pouvait s'appliquer qu'aux questions non couvertes par la Convention, ce qui, selon la Cour, ne concernait pas la théorie du *hardship*. Ainsi, en se fondant essentiellement sur la CVIM et les Principes d'Unidroit, la Cour conclut que la preuve du *hardship* n'était pas rapportée et que la hausse des prix constituait un risque assumé par le vendeur[3166].

[3159] *Ibid*, p. 164-165 (traduction libre de l'anglais).

[3160] *Ibid*, p. 164-165 et note de bas de page 191.

[3161] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[3162] Cour d'appel de Reims, 4 septembre 2012, n° 11/02698.

[3163] Cass. Com., 17 février 2015, 12-29.550 13-18.956 13-20.230, Inédit.

[3164] Belgique, Cour de cassation, 19 juin 2009, C.07.0289.N.

[3165] Cour d'appel de Reims, 4 septembre 2012, n° 11/02698.

[3166] En l'espèce la Cour a statué que « l'application de la loi polonaise pour toutes les questions non réglées par le contrat d'après son art. 11 ne remet pas en cause le rôle prépondérant des principes généraux pour toutes les matières qui entrent dans le domaine de la Convention de Vienne bien que non expressément tranchées par elle, l'intervention de la loi nationale étant limitée aux matières exclues de la Convention ». Cf. *Ibidem.*

Par la suite, la société française forma un pourvoi devant la Cour de cassation, donnant lieu au deuxième arrêt mentionné par le Guide de l'OEA, rendu par cette Cour le 17 février 2015[3167]. Dans cet arrêt, la haute juridiction française rejeta la demande de la société, au motif qu'elle n'avait ni apporté la preuve d'une augmentation des coûts d'exécution justifiant une renégociation, ni démontré une altération fondamentale de l'équilibre du contrat. En conséquence, selon l'arrêt, la Cour d'appel avait légalement motivé son jugement. À nouveau, aucun examen portant sur le critère des liens les plus étroits ne fut effectué.

De même, l'arrêt cité de la Cour de cassation belge du 19 juin 2009 n'aborde pas la question de la loi ayant les liens les plus étroits[3168]. L'affaire concernait plusieurs contrats de vente de tuyaux en acier conclus entre une société néerlandaise et une société française. Après la conclusion des contrats, le prix de l'acier subit une augmentation imprévue de 70 %, et la demanderesse invoqua la théorie de l'imprévision (*hardship*) pour demander une adaptation des prix. La Cour rappela que la CVIM ne prévoyait aucune disposition spécifique relative à cette théorie. Toutefois, elle souligna, conformément aux articles 7.1 et 7.2 de la Convention, que les questions non réglées par celle-ci devaient être tranchées selon les principes généraux inspirant la Convention ou, à défaut, selon la loi applicable désignée par les règles du droit international privé. Afin d'assurer une complémentarité uniforme, la Cour retint le recours aux Principes d'Unidroit, lesquels consacrent le droit pour une partie d'exiger la renégociation d'un contrat en cas de changement fondamentale de l'équilibre contractuel due à des circonstances modifiées. La Cour valida ainsi la décision imposant à la demanderesse de renégocier les termes du contrat. La Cour de cassation belge mit ainsi en évidence le rôle subsidiaire du droit national dans l'interprétation de l'article 7.2 de la CVIM, sans faire référence au principe de proximité ni procéder à une analyse fondée sur la loi ayant les liens les plus étroits.

En résumé, les trois arrêts cités dans le Guide de l'OEA, émanant des juridictions française et belge, portent tous sur des contrats de vente internationale de marchandises soumis à la CVIM. Dans chacun des cas, la Convention a été reconnue comme droit matériel applicable, tandis que les Principes d'Unidroit ont été admis pour combler ses lacunes, notamment en matière de renégociation contractuelle face à des circonstances imprévues affectant l'équilibre des prestations (doctrine dite du *hardship*). Ces décisions affirment unanimement que les lacunes de la Convention doivent être comblées prioritairement par ses principes généraux, et seulement subsidiairement par la loi désignée selon les règles du droit international privé. Toutefois, ils ne font pas recours au critère de la loi ayant les liens les plus étroits, que ce soit pour justifier l'application des Principes d'Unidroit ou pour déterminer la loi applicable. Par conséquent, il est difficile de comprendre pourquoi le Guide invoque ces arrêts pour justifier l'adoption d'un tel critère en Europe, qui n'est pas expressément mis en œuvre dans ces jurisprudences.

[3167] Cass. Com., 17 février 2015, 12-29.550 13-18.956 13-20.230, Inédit.

[3168] Belgique, Cour de cassation, 19 juin 2009, C.07.0289.N.

De plus, pour renforcer l'affirmation du facteur de rattachement des liens les plus étroits, le Guide cite aussi une enquête menée par l'OEA en 2015 (publiée en 2016), au cours de laquelle les États membres ont été interrogés sur la conformité de leur législation nationale avec la disposition de la Convention de Mexico relative à l'adoption du critère des liens les plus étroits en l'absence de choix de loi. Il est relevé que, sur les onze États ayant répondu, sept ont donné une réponse affirmative, dont cinq Latino-Américains : l'Argentine, la Bolivie (sous réserve des contrats exécutés en Bolivie), le Mexique, le Panama et le Paraguay. En revanche, le Brésil, l'Uruguay et le Chili ont répondu par la négative[3169].

Cependant, il est important de noter que, même parmi les États qui ont répondu par l'affirmative à la question de savoir si leur législation est compatible avec le rattachement des liens les plus étroits, cela ne signifie pas que leurs systèmes sont compatibles avec l'utilisation de ce rattachement comme règle principale pour régir les contrats. Parmi ceux qui ont répondu positivement, seul le Paraguay applique cette approche. Pour les autres, comme l'Argentine et le Panama, ce rattachement est utilisé uniquement de manière exceptionnelle, en tant que clause d'exception, et en Bolivie et dans le Mexique, cela n'est même pas prévu par la législation[3170].

Or, selon la recommandation 13 du Guide de l'OEA, les États américains devraient « inclure » le critère flexible des liens les plus étroits dans leurs systèmes juridiques en cas d'absence de choix. Cela signifie-t-il que ce critère doit être adopté comme rattachement principal pour régir les contrats sans choix des parties, ou doit-il être inclus uniquement à titre subsidiaire ? Le Guide précise que cette inclusion doit se faire « conformément aux dispositions de l'article 9 de la Convention de Mexico ». Selon l'article 9, en l'absence de choix, « le contrat est *régi* par la loi de l'État avec lequel il est en rapport plus étroit »[3171]. Ainsi, nous comprenons que, contrairement au modèle du Règlement Rome I[3172], le Guide

[3169] Pour les pays ayant répondu « non », la réponse était la suivante : « Brésil (à l'exception des clauses de choix de la loi applicable dans les conventions d'arbitrage et les contrats auxquels s'applique la CVIM, auxquels le Brésil est partie) ; Uruguay (la loi applicable au contrat est celle du lieu d'exécution) ; Chili (cela nécessiterait une nouvelle règle ; si un contrat doit être exécuté au Chili, quel que soit le lieu où il a été *conclu* (sic), il sera soumis à la loi chilienne) ». Cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.*, p. 18-19 (traduction libre de l'anglais).

[3170] La réponse au questionnaire était la suivante : « Pays ayant répondu "oui" — Argentine, Canada, Jamaïque, Mexique, Panama ; Bolivie (cette disposition est une disposition de droit international privé établie dans le Code Bustamante auquel la Bolivie est partie, mais elle ne s'applique qu'aux contrats internationaux entre parties privées et non aux contrats auxquels l'État est partie) ; Paraguay (cependant, la loi paraguayenne n'inclut pas la dernière partie du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention de Mexico, selon laquelle "les principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales" doivent être pris en compte) ». Cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe A, p. 26 (traduction libre de l'anglais).

[3171] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s. (original sans italiques).

[3172] V. art. 4.4 du Règlement Rome I, selon lequel « 4. Lorsque 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 ».

de l'OEA considère ce rattachement comme une règle de principe, et non simplement comme une clause d'exception ou un principe subsidiaire.

§2 — La pertinence des solutions du droit souple

551. L'évolution du droit international privé contemporain met en lumière un dilemme récurrent entre la nécessité de garantir la prévisibilité juridique et celle d'assurer une certaine flexibilité adaptée aux réalités concrètes des relations transnationales (A). Dans cette perspective, il convient d'analyser les propositions formulées par le droit souple, notamment celles du Guide de l'OEA, qui ont privilégié une approche flexible pour déterminer la loi applicable en l'absence de choix fait par les parties (B).

A. L'ancienne tension entre prévisibilité et flexibilité

552. En ce qui concerne la loi applicable au fond des contrats, diverses méthodes ont été développées en droit comparé pour déterminer la loi en absence de choix effectué par les parties. D'un côté, on trouve les méthodes fonctionnelles, plus souples, telles que la *proper law of the contract* anglaise ou de son analogue américain, la *most significant relationship*, qui vise à rechercher pour chaque cas les solutions les mieux adaptées[3173]. En opposition, on trouve la méthode classique savignienne, plus rigide, qui consiste à choisir un facteur de rattachement posé de manière générale et abstraite pour désigner la loi applicable[3174].

Cette problématique illustre la tension, à la fois historique et toujours actuelle, entre l'exigence de sécurité juridique, incarnée par la rigidité des règles de conflit, et la recherche d'une certaine souplesse dans la détermination de la loi applicable en cas d'absence de choix par les parties, afin de rechercher une justice matérielle. D'un côté, l'adoption de critères objectifs, rigides et prédéterminés, tels que le lieu d'exécution ou le lieu de conclusion, favorisant la prévisibilité de la loi applicable et des solutions et assurant ainsi la sécurité juridique ; et, de l'autre côté, le critère de rattachement flexible, qui respecte mieux les attentes légitimes des parties et s'approche d'une solution plus « juste » à chaque cas concret.

Au Venezuela, où une approche flexible est privilégiée en matière de détermination de la loi applicable, la doctrine se montre largement favorable à la souplesse que cette méthode peut apporter, bien que certaines préoccupations subsistent quant à la rigueur des solutions

[3173] V. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n° 107. Selon ce dernier : « Lorsque, dans la common law du milieu du XX^e^ siècle, on plaidait pour la recherche de la loi appropriée du contrat, ou du délit (*proper law of the contract, of the tort*), on cherchait à localiser le rapport de façon prépondérante dans un ressort légal, par examen comparatif et addition des points de contact. Ceux-ci écartelant la situation internationale entre deux ressorts ou plus encore, le rôle du juriste devient celui d'argumenter au départ de cette diversité afin de recentrer la relation dans un ressort juridiquement homogène ».

[3174] V. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, p. 963-965.

dans des cas d'espèce. Selon la professeure vénézuélienne Claudia Madrid Martínez, l'identification de l'ordre juridique présentant les liens les plus étroits avec le contrat constitue une mission « naturellement confiée au juge », laquelle « suscite certaines inquiétudes doctrinales en raison de la prudence et de la préparation qu'elle exige de ce dernier pour parvenir à une détermination judicieuse du droit le plus étroitement lié à la relation contractuelle »[3175]. Néanmoins, rejoignant en cela la position de la professeure Maekelt, elle considère qu'il ne s'agit pas là d'un motif suffisant pour renoncer à l'application de principes souples. Bien au contraire, elle affirme qu'« avant d'adapter les lois à des juges négligents, il convient d'adapter les juges à des lois efficaces »[3176].

La question s'était déjà posée en Europe au moment de la transformation de la Convention de Rome en Règlement Rome I. Le Livre vert a mis en évidence cette tension, soulevant des débats autour de l'exception prévue à l'article 4.5 de la Convention, qui, selon certains, ne devrait être mobilisée « qu'à bon escient et de manière exceptionnelle », car une utilisation trop fréquente risquerait de réintroduire l'imprévisibilité quant à la loi applicable, que les présomptions de l'article 4 visaient précisément à éviter. Il a en outre souligné que le choix dépend fondamentalement de l'objectif recherché : assurer la plus grande proximité possible ou une meilleure sécurité juridique[3177].

Comme l'a noté le professeur Paul Lagarde, la solution du principe de proximité peut se justifier par plusieurs raisons. Entre elles, il mentionne le respect des attentes légitimes des parties, l'équilibre entre les intérêts respectifs des États à régir la situation, et la « justice » de la solution du conflit de lois, car « cette solution ne dépend plus d'un facteur de rattachement abstrait, souvent inadapté à une situation concrète, mais d'un rattachement déterminé concrètement pour la situation considérée »[3178]. Toutefois, comme le professeur français l'a également noté, « si le principe de proximité a pu en effet parfois détruire en la matière toute prévisibilité, il a débouché souvent aussi sur un affinement de la règle de conflit, conciliant prévisibilité de la solution et réalisme du résultat »[3179].

En outre, bien que le critère du lien le plus étroit ait conféré plus de souplesse aux règles de conflit, comme l'a noté le professeur Andreas Bucher, « l'objectif propre à celle-ci reste, cependant, tout aussi indéterminé que le contenu de ces critères s'avère vide de substance »[3180]. Elle se traduit, ainsi, surtout par une diversification des solutions, sans pour autant repenser la fonction ou la méthode des règles conflictuelles. Cela veut dire que cette ouverture ne va pas jusqu'à intégrer la dimension sociale des lois ni l'efficacité

[3175] C. Madrid Martínez, « Los contratos internacionales en la jurisprudencia venezolana », *op. cit.*, p. 258 (traduction libre de l'espagnol).

[3176] *Ibidem*.

[3177] Commission des Communautés Européennes, Livre Vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM (2002) 654 final, Bruxelles, 2003, p. 28.

[3178] P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 29.

[3179] *Ibid*, p. 39.

[3180] A. Bucher., « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *op. cit.*, p. 64.

matérielle qu'elles poursuivent[3181]. Dans cette logique, la règle de conflit et sa clause d'exception visent une justice internationale privée supposée neutre, et, comme l'a souligné le professeur Lagarde, « indépendante de la teneur matérielle des règles de conflit »[3182].

Il convient toutefois de préciser que le professeur Lagarde n'a jamais entendu ériger le principe de proximité en une règle destinée à se substituer aux règles classiques de conflit de lois. Comme il l'a souligné : « Il ne faut surtout pas en faire le support d'une idéologie qui remplacerait les autres »[3183]. En réalité, selon le professeur français, si ce principe devait remplacer intégralement la règle de conflit — ainsi que le suggèrent la Convention de Mexico et le Guide de l'OEA —, il permettrait certes d'apporter des solutions adaptées à certaines situations particulières, mais au prix de la disparition de toute règle stable et, partant, de la prévisibilité nécessaire à la sécurité juridique[3184].

Toutefois, comme le professeur Lagarde lui-même l'a indiqué, il est possible de trouver un équilibre en intégrant le principe de proximité sans compromettre la règle de conflit. Selon lui, « Une formule consiste à diversifier la règle de conflit en prévoyant à l'avance les diverses hypothèses concevables et en prédéterminant les groupements d'indices à retenir. Une autre, plus souple, consiste à privilégier un indice déterminé, ou un groupement déterminé d'indices, sauf à l'assortir d'une clause d'exception laissée à l'appréciation du juge »[3185]. La première méthode est celle adoptée par la Convention de Rome, et, dans une certaine mesure, par les Traités de Montevideo ; et, la deuxième est celle retenue actuellement par le Règlement Rome I.

553. L'exemple du droit européen. Actuellement, la tendance dominante en droit européen est claire : le principe de proximité est principalement mis en œuvre comme une règle exceptionnelle ou, encore, un principe subsidiaire, destiné à corriger et affiner les solutions issues des règles de conflit aux critères abstraits et généraux. Plutôt que de constituer une règle autonome et systématique de rattachement, il joue un rôle de mécanisme correctif permettant d'ajuster la loi applicable en fonction des liens effectifs et concrets avec l'affaire. Cette approche pragmatique embrasse la complexité des situations internationales et vise à assurer une meilleure adéquation entre la loi retenue et le contexte global du litige, afin de concilier la nécessité d'une règle objective et stable avec la prise

[3181] *Ibidem*.

[3182] P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 122-126, spéc. p. 124. Le professeur Lagarde diffère la méthode de la *better law* du principe de proximité qui inspire les clauses d'exception. Comme il l'explique : « la méthode inspirée du principe de proximité, au contraire, ce sont les points de contact de la situation de fait qui servent à déterminer l'ordre juridique dont les règles matérielles seront applicables. La considération de ces points de contact intervient donc avant l'identification des règles matérielles en conflit et la détermination de ces points est indépendante de la teneur des règles en conflit. Les points de contact à prendre en considération sont ceux qui caractérisent la situation dans son ensemble et pas seulement ceux qui révèlent l'intérêt de telle loi à se voir appliquer ».

[3183] *Ibid*, p. 194.

[3184] *Ibid*, p. 45.

[3185] *Ibid*, p. 45-46.

en compte des particularités propres à chaque situation, limitant, ainsi, les rigidités excessives de règles purement formelles. Nous y reviendrons.

Comme la professeure María Mercedes Albornoz l'a remarqué à l'occasion d'une comparaison du modèle américain de la Convention de Mexico de 1994 avec le modèle européen de la Convention de Rome de 1980, les courants favorables à une certaine flexibilité qui prévalaient en Europe au début des années 1990, notamment avec l'entrée en vigueur de cette dernière convention, ont exercé une certaine influence sur les négociateurs de la Convention interaméricaine. Ceux-ci ont adopté un système encore plus flexible que le modèle européen[3186].

La Convention de Rome, comme celle de Mexico, adopta le critère des liens les plus étroits, mais les deux instruments n'ont pas envisagé de la même manière la façon dont le juge doit déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits. Tandis que la Convention de Mexico est plus libérale, ce qui laisse une grande marge d'appréciation au juge[3187], la Convention de Rome, à son article 4, a assorti le critère des liens les plus étroits d'une série de présomptions permettant au juge de situer le contrat dans un ordre juridique spécifique. Elle comporte également une clause d'exception autorisant le juge à écarter ces présomptions lorsque l'ensemble des circonstances indique que le contrat est plus étroitement lié à un autre pays. Toutefois, ainsi que l'ont relevé les professeurs Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, cette méthode retenue par la Convention de Rome se heurtait à de redoutables difficultés d'agencement entre les différentes présomptions de l'article 4, « pour lesquelles la doctrine soutenait des positions radicalement divergentes et avec lesquelles la jurisprudence tentait difficilement de composer »[3188].

Au nom de la sécurité juridique et de la prévisibilité des solutions, le Règlement Rome I, adopté le 17 juin 2008, soit plus de vingt ans après la Convention de Rome de 1980, se caractérise par une plus grande rigueur sans pour autant exclure toute forme de flexibilité. En effet, le Règlement a changé le critère adopté par la Convention pour la détermination de la loi applicable en l'absence de choix, jugé trop abstrait[3189]. Tout d'abord, il procède à une suppression de la référence au principe de proximité. L'article 4.1 du Règlement établit désormais une liste de rattachements rigides et prédéterminés pour différents types de contrats (incluant, p. ex., les contrats de vente de biens, de prestation de services, de franchise ou de distribution), suivie d'une règle générale, applicable lorsque le contrat n'est pas couvert de manière certaine par la liste (p. ex., un contrat complexe, unissant un contrat de vente et un contrat de prestation de services, ou un contrat de transfert de

[3186] M.M. Albornoz, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement "Rome I" », *op. cit.*, p. 4-40, spéc. p. 24.

[3187] V. art. 9 de la Convention de Mexico, Annexe 1.

[3188] D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale, op. cit.,* p. 413-414.

[3189] V. P. Lagarde, A. Tenenbaum, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP,* 2008, p. 727-780.

propriété intellectuelle). Selon cette règle, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle (art. 4.2). Par la suite, l'article a conservé la clause d'exception, tout en la renforçant, indiquant que, lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens « manifestement » plus étroits avec un pays autre que celui désigné par la règle de conflit, la loi de cet autre pays s'applique (art. 4.3). Et, enfin, l'article ajoute comme principe subsidiaire le critère des liens les plus étroits. D'après ce principe, lorsque les règles précédentes sont inopérantes (p. ex., un contrat d'échange), le contrat sera régi par la loi du pays avec lequel il entretient les liens les plus étroits (art. 4.4)[3190].

Le Règlement marque ainsi un tournant majeur dans la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux au sein de l'Union européenne, en établissant un cadre plus clair, assurant ainsi une meilleure prévisibilité pour les parties. Comme il a été souligné lors de la proposition de Règlement, les modifications proposées pour l'article 4 :

> « […] visent à renforcer la sécurité juridique grâce à la transformation de simples présomptions en règles fixes, d'une part, et la suppression de la clause d'exception de l'autre. En effet, la clé de voûte de l'instrument étant la liberté de choix, il est opportun que les règles applicables à défaut de choix soient les plus précises et prévisibles possibles afin de permettre aux parties de savoir si elles souhaitent ou non exercer cette liberté »[3191].

Le changement sur ce point par rapport à la Convention de Rome a été salué par la doctrine[3192]. Comme l'a noté le professeur Bertrand Ancel, l'article 4 de la Convention de Rome posait de problèmes pratiques de fonctionnement, qui ont déterminé le besoin de réforme. Comme il l'a fait remarquer avec raison : « Le maniement de cette ambitieuse combinaison requérait sans doute une éducation juridique assez sophistiquée que ne reçoivent pas toujours, ni partout, les agents de son application »[3193]. Au vu de ces difficultés, il n'est pas surprenant que la Convention ait été interprétée diversement selon les États parties, et même à l'intérieur d'un même État. Cette « lecture plurielle », selon le professeur Ancel, était « incompatible avec les exigences d'uniformité et de sécurité

[3190] Pour une analyse détaillée des rattachements adoptés par le Règlement Rome I en absence de choix, v. B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 926 et s.

[3191] Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) /*COM/2005/0650 final — COD 2005/0261.

[3192] V. B. Ancel, « La loi applicable à défaut de choix », *in* E. Cashin-Ritaine, A. Bonomi (dir.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles* : actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Genève, Schulthess, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé nº 62, 2008, p. 77-93, p. 77. En revanche, dans une approche critique, v. F. Ferrari, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I », *op. cit.*, spéc. p. 122 et s., pour qui « Seul un système souple semblable à celui de la Convention de Rome peut concilier les finalités apparemment contradictoires de la sécurité juridique et d'une justice adaptée au cas d'espèce. » (*Ibid*, p. 124).

[3193] *Ibid*, p. 79.

juridiques », compromettant les objectifs essentiels de la Convention[3194]. Pour cette raison, le Règlement a choisi, « de contenir les aspirations à la flexibilité pour mieux apporter la sécurité »[3195]. Il a ainsi réduit le pouvoir du juge en optant pour un rattachement rigide, ou plus précisément « semi-rigide », lui laissant néanmoins une certaine marge d'appréciation avec la clause d'exception et le principe subsidiaire qui prévoit l'application de la loi d'un autre pays lorsque des liens plus étroits existent[3196].

Ainsi, dans le système européen, il appartient au juge d'appliquer d'abord les rattachements rigides énumérés à l'article 4.1 du Règlement afin de désigner la loi applicable en l'absence de choix. Lorsque le contrat n'entre dans aucune des catégories prévues à cet alinéa, il doit déterminer la loi du pays où la partie qui fournit la prestation caractéristique a sa résidence habituelle, conformément à l'article 4.2. Le recours à la loi d'un autre pays n'est admis que si l'ensemble des circonstances de la cause révèle que le contrat présente des liens « manifestement » plus étroits avec cet autre État, conformément à la clause d'exception de l'article 4.3. Le professeur Ancel salue le fait que ce troisième paragraphe ait introduit l'adverbe « manifestement » pour qualifier ces liens, soulignant ainsi le caractère « quasi-exceptionnel » de cette dérogation. Selon lui, cette exigence impose à l'interprète l'obligation de « justifier de manière solide toute dérogation au rattachement fixe, en démontrant avec rigueur que ce rattachement est manifestement inapproprié, autant que l'évidence du rattachement alternatif qu'il propose »[3197].

Finalement, si la législation applicable reste toujours incertaine après avoir appliqué les règles énoncées précédemment, le principe subsidiaire de l'article 4.4 entre en vigueur. Selon les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, cette disposition « synthétise différentes approches plus ou moins objectives connues des droits nationaux : groupement des points de contact, centre de gravité, *proper law* ou, en droit français, localisation »[3198]. Cette subsidiarité vise à éviter l'insécurité juridique tout en conservant une certaine adaptabilité aux cas concrets. Cependant, le Règlement demeure silencieux sur la méthodologie que le juge doit mettre en œuvre pour identifier la loi applicable, et notamment sur le point de savoir si cette proximité doit être appréciée sous un angle géographique ou, au contraire, en considération d'une affinité matérielle[3199]. Néanmoins, les considérants 20 et 21 apportent une orientation (sans résoudre pour autant l'ambiguïté)

[3194] Comme l'a souligné l'auteur, la difficulté à concilier le principe de rattachement présomptif avec celui des liens les plus étroits a nourri une grande incertitude, incitant parfois les interprètes à rester fidèles à leurs habitudes nationales ou à développer leur propre lecture de l'article 4. *Ibid*, p. 79-80.

[3195] *Ibid*, p. 82.

[3196] *Ibidem*.

[3197] B. Ancel, « La loi applicable à défaut de choix », *op. cit.*, p. 77.

[3198] B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, p. 928.

[3199] Sur ce sujet, v. B. Ancel, « La loi applicable à défaut de choix », *op. cit.*, p. 89, selon lequel : « Jusqu'à présent, l'expression *liens plus étroits* renvoyait à l'ordre de la topographie, de l'espace ; on avait même parlé de *proximité* et le terme était assez ambigu puisqu'exprimant tantôt l'insertion d'une situation dans un milieu local, tantôt une certaine affinité matérielle et c'est cette ambiguïté qui permettait de faire fonctionner la réserve avec une rationalité apparente ».

en soulignant que, l'identification du pays présentant les liens les plus étroits avec l'opération litigieuse doit « prendre en compte, notamment, l'existence de liens plus étroits avec un ou plusieurs autres contrats ».

Le Règlement Rome I a, dès lors, entrepris de concilier — nonobstant les critiques qu'il a pu susciter[3200] — la rigueur normative, avec la nécessité de flexibilité, cherchant ainsi à articuler l'impératif de sécurité juridique avec celui d'une justice individualisée, dans un équilibre à la fois délicat et indispensable à l'uniformisation du droit des contrats internationaux.

Contrairement au Règlement Rome I, qui a privilégié la sécurité, le Guide de l'OEA de 2019, s'inspirant et faisant référence à la solution de la Convention de Mexico, favorise la flexibilité et encourage les États américains à adopter cette approche. À la différence de la Convention de Rome (et plus encore du Règlement Rome I), le Guide a adopté le critère des liens les plus étroits sans indiquer aucune présomption pour déterminer quels sont ces liens. Au contraire, il recommande aux juges et arbitres d'appliquer ce critère « dans une approche interprétative libérale » (recommandation 13.2) et fait expressément référence à l'article 9 de la Convention de Mexico, lequel n'indique que le fait que, lors de la détermination de cette loi, le juge doit tenir compte de tous les facteurs objectifs et subjectifs inhérents au contrat[3201]. Le Guide accorde ainsi une grande latitude aux juges pour déterminer quelle loi est la plus étroitement liée au contrat, puisqu'aucun indice de localisation n'a été privilégié par celui-ci[3202].

B. La convenance d'une proposition diverse du Guide, plus adaptée au contexte latino-américain

554. Comme cela a déjà été mentionné, le Guide de l'OEA a choisi, en suivant les discussions de la Convention de Mexico, de recommander un critère très souple. Mais, dans la recherche de l'harmonisation du droit des contrats en Amérique latine, ce système est-il le plus approprié ? Cette question se résume à un choix essentiellement politique : accorder davantage d'importance à la flexibilité ou à la prévisibilité des solutions.

[3200] V., en particulier, P. Lagarde, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *op. cit.*, p. 331, spéc. n° 12 : « Elle *[la proposition de la Commission]* répudie toute flexibilité au nom de la sécurité juridique. L'article 4, § 1, édicté une règle de rattachement fixe pour huit contrats nommés, supprime la clause d'exception et ne recourt au critère de la prestation caractéristique et au principe de proximité qu'à titre très subsidiaire, pour les contrats non nommés. Cette fixité n'est pas satisfaisante et donne l'impression, sur le plan de la méthode, d'un retour aux années soixante, à l'époque de la rédaction des lois de droit international privé de Tchécoslovaquie et de Pologne. ». Selon le professeur Lagarde, il serait préférable de suivre les propositions qui avaient été faites de « simplement de renforcer la formulation de la clause d'exception, afin de dissuader les juges d'y recourir par facilité ».

[3201] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[3202] Pour une analyse des facteurs auxquels se réfère l'art. 9 de la Convention, v. *supra* n° 208 et s.

Nous avons déjà souligné que chaque méthode a ses propres forces et faiblesses. D'un côté, les systèmes flexibles confèrent un pouvoir considérable aux juges en diminuant la prévisibilité des solutions, tandis que, de l'autre côté, ils répondent mieux à la justice concrète[3203]. D'autre part, bien que les facteurs rigides favorisent la sécurité juridique et la prévisibilité, il est possible de sacrifier l'appréciation des particularités du cas concret. Comme le résume le professeur Diego P. Fernández Arroyo « dans la mesure où la flexibilité devient le principe de solution (offrant des possibilités d'adapter la réponse juridique aux circonstances de chaque cas), la solution est moins prévisible (la sécurité juridique tend à se désagréger) »[3204].

Si les besoins peuvent varier selon les domaines et les situations, néanmoins, dans le domaine des contrats, le besoin de prévisibilité revêt une importance capitale[3205]. La prévisibilité constitue en effet un facteur déterminant pour assurer la sécurité juridique des relations contractuelles, particulièrement dans un contexte international, où la multiplicité des systèmes juridiques peut engendrer des incertitudes quant à la loi applicable et aux conséquences de l'exécution contractuelle[3206]. Comme l'a nettement souligné le professeur Paul Lagarde, « Le besoin de prévisibilité est prioritaire dans tous les cas où les sujets de droit doivent faire une anticipation sur l'avenir avant de prendre des dispositions qui produiront ou continueront à produire leurs effets dans une période de temps éloignée »[3207].

Si ce principe intuitif permet d'identifier le système juridique présentant les liens les plus étroits avec la relation contractuelle, son application concrète se heurte à la difficulté d'établir une hiérarchisation objective des rattachements à prendre en compte, notamment lorsque ceux-ci sont de nature identique ou présentent une intensité comparable[3208]. Comme l'a noté le professeur Louis d'Avout, les parties à une relation internationale présentent une grande diversité d'attaches (ou des « points de contact innés ») avec plusieurs pays (par exemple, la nationalité ou l'établissement), auxquelles s'ajoutent celles générées par la relation transfrontière elle-même (par exemple, lieu de conclusion, rédaction d'acte par le recours à des autorités ou à un système de droit donné, ainsi que les lieux d'exécution et d'inexécution prévus, prévisibles ou improbables)[3209]. Ces « liens

[3203] V. P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 29.

[3204] D.P. Fernández Arroyo, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, p. 178-186.

[3205] P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *Droit international privé*, 12e éd., LGDJ, 2019, n° 772.

[3206] P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 116.

[3207] *Ibidem.*

[3208] V. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n° 109. Selon l'auteur : « Or il en existe régulièrement plusieurs *[liens étroits]* dans les situations réellement internationales ; et ces liens sont parfois de nature identique, ce qui rend leur hiérarchisation périlleuse (mariage entre deux personnes de nationalités distinctes et vivant chacune dans son pays de nationalité, vente de marchandises entre professionnels établis dans des pays différents) ».

[3209] *Ibid*, n° 107.

innés »[3210] peuvent encore évoluer dans le temps et se démultiplier avant qu'une autorité ne soit amenée à en apprécier la valeur[3211], rendant, ainsi, encore plus délicate l'évaluation des points de contact par le juge du for.

Par ailleurs, ainsi que l'a relevé le professeur Bernard Audit, la notion de liens les plus étroits ne saurait s'appréhender sous le seul prisme géographique. Elle requiert également une appréciation substantielle tenant compte des orientations de politique législative en présence :

> « […] La notion de proximité peut difficilement être prise en considération de manière purement géographique, parce que l'on conçoit mal que les rattachements d'une situation soient dénombrés sans être affectés d'un facteur de pondération ; un rattachement est pratiquement inséparable de sa signification au regard de la situation envisagée. […] Le vocable de proximité, semblable en cela à celui de siège du rapport de droit, est suffisamment ambigu pour permettre d'intégrer tous les facteurs d'une analyse d'intérêts. »[3212]

Dès lors, selon le professeur Louis d'Avout, « La proximité d'une situation juridique avec un pays donné est une métaphore géographique, une formule commode résumant de façon visuelle une *convergence de vues psychologiques* et d'*objectifs politiques* quant au régime juridique et judiciaire adéquat (alternativement, le compromis entre ces divers paramètres lorsque, spontanément, ils divergent) »[3213]. Cette ambiguïté conceptuelle comporte un risque non négligeable : celui d'introduire une part d'arbitraire dans le processus de détermination de la loi applicable[3214].

C'est précisément pour pallier cette incertitude que les instruments conventionnels et législatifs modernes accompagnent généralement le principe de proximité de présomptions destinées à encadrer le pouvoir d'appréciation du juge, ou encore lui assignent une place de principe correcteur[3215]. L'absence de telles dispositions — comme c'est le cas dans la Convention de Mexico, qui se limite à inviter le juge à prendre en considération l'ensemble des éléments objectifs et subjectifs du contrat — ne peut que favoriser la multiplication des contentieux et compromettre la prévisibilité indispensable au bon fonctionnement du commerce international. Le professeur Bernard Audit avait d'ailleurs anticipé ce risque en observant, au sujet de la Convention de Mexico, qu'il semble difficilement envisageable d'éviter un recours judiciaire pour l'application d'une telle disposition dès lors qu'un

---

[3210] C'est-à-dire, « un lien de fait préexistant à sa formulation par le juge ou le législateur ». Cf. *Ibid*, note de bas de page n° 604.

[3211] *Ibid*, n° 107.

[3212] B. Audit, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, 2001, vol. 305, n° 337.

[3213] L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n° 108.

[3214] V. B. Audit, « Le droit international privé en quête d'universalité », *op. cit.*, n° 334.

[3215] V., p. ex., le Règlement Rome I (art. 4.4).

différend surgit entre les parties[3216]. Il s'avère donc, à notre sens, indispensable, pour garantir l'efficacité des mécanismes de droit international privé, de définir par des règles précises et objectives les liens qu'entretient la situation avec plusieurs lois, afin de concilier l'exigence de justice conflictuelle avec l'impératif de sécurité juridique[3217].

En Amérique latine, une réflexion a déjà été engagée sur cette question dans le cadre d'une proposition d'instrument uniforme au sein du Mercosur. Il s'agit précisément de la proposition de Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira visant à instaurer un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur. Il convient dès lors d'analyser cette proposition (1) avant d'envisager les conditions de son extension à l'ensemble de l'Amérique latine (2). Cette réflexion nous conduira à examiner l'opportunité d'adopter un critère de rattachement rigide, objectif et prédéterminé, tout en envisageant une flexibilisation du système par l'introduction d'une clause d'exception ou d'un principe subsidiaire introduisant le principe de proximité (3). Enfin, il conviendra de s'interroger sur le choix du rattachement objectif à privilégier (4).

1. La proposition de Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira

555. Parmi les études portant spécifiquement sur le régime de la loi applicable aux contrats internationaux dans la région de l'Amérique latine[3218], la proposition avancée par Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira se distingue en ce qu'elle représente l'unique initiative offrant une proposition détaillée et structurée d'un système dualiste de détermination de la loi applicable, conçu dans le but de contribuer à l'élaboration d'une nouvelle réglementation propre à l'espace juridique du Mercosur. Les observations et conclusions auxquelles parvient Mme Cerqueira s'avèrent particulièrement instructives et méritent une attention approfondie, afin de déterminer si elles pourraient servir de modèle pour la proposition ici examinée, laquelle dépasse le cadre du Mercosur et vise à englober l'ensemble des États relevant de la région latino-américaine.

Dans sa thèse sur la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur, Mme Vieira da Costa Cerqueira analyse les avantages et les inconvénients des deux systèmes (flexible et rigide) et propose des règles uniformes pour le Mercosur, inspiré du modèle européen du Règlement Rome I, fondé sur un équilibre entre un critère de

[3216] Selon l'auteur : « On voit difficilement comment éviter un procès pour la mise en œuvre d'une telle disposition dès l'instant que s'élève un désaccord entre les parties ». B. Audit, « Le droit international privé en quête d'universalité », *op. cit.*, n° 336.

[3217] V. l'avis du professeur Louis d'Avout, selon lequel : « Pour que les mécanismes de droit international privé fonctionnent facilement, il faut donc, à travers des règles, formuler les critères de pertinence et de départage des liens innés qu'entretient la situation avec plusieurs collectivités territoriales ou nationales ». Cf. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n° 109.

[3218] V., en particulier, les travaux de M.M. Albornoz, *thèse, op. cit.* ; et N. Posenato, *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, *op. cit.*

rattachement objectif et prédéterminé, complété par une clause d'exception. Elle considère ce modèle plus pertinent, compte tenu du contexte actuel et varié du régime des contrats internationaux en Amérique du Sud[3219].

Mme Vieira da Costa Cerqueira débute son argumentation en signalant l'inadéquation d'une « règle de conflit rigide sans l'insertion d'une clause d'exception »[3220], pratique actuellement en vigueur dans la majorité des pays latino-américains. Elle fait référence à la doctrine qui prône l'adoption de règles de conflit rigides en matière contractuelle. Selon cette perspective, l'introduction du principe de proximité, que ce soit en tant que règle générale ou clause d'exception, entraînerait de l'imprévisibilité en la matière, car elle accorderait au juge une certaine latitude dans l'application des critères de rattachement. Cela irait ainsi, selon cette doctrine, à l'encontre de l'objectif d'uniformisation des solutions et de la sécurité juridique, nécessaires à la matière[3221]. Mais elle rappelle par la suite, en citant la doctrine des professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, selon lesquels « la prévisibilité ne constitue peut-être pas un impératif aussi pressant dans tous les domaines : elle est moins nécessaire lorsque les parties n'ont pas vraiment envisagé l'application d'une loi donnée »[3222]. De ce fait, elle conclut que « si l'impératif de prévisibilité est tellement déterminant pour les parties, il leur est possible, en amont ou durant le procès, de faire le choix de la loi applicable »[3223]. Elle mentionne enfin que la mise à l'écart d'une rigidité portée à l'excès est d'actualité en Europe, notamment avec le Règlement Rome I, et que « cela tend à indiquer un mouvement global de rejet d'une rigidité démesurée en matière contractuelle et que ce mouvement n'est pas cantonné à un espace économique intégré en particulier ou à un continent »[3224].

Par la suite, elle examine la règle de conflit fondée sur un « critère de rattachement flexible et indéterminé », comme celui adopté par la Convention de Mexico (et recommandé par le Guide de l'OEA), qui, selon elle, est inapproprié en raison de l'insécurité juridique qu'elle entraîne[3225]. Elle constate qu'au fil des dernières décennies, certains États ont cherché à abandonner les critères rigides, en adoptant un critère flexible fondé sur le principe de proximité et que le principe gagne du terrain dans l'espace juridique du Mercosur. Elle rappelle par la suite les avantages liés à la détermination de la loi applicable par l'emploi d'un critère flexible et indéterminé, qui amène à l'application d'une loi plus adaptée à la réalité du contrat objet du litige, mais estime préférable de ne pas adopter ce type de règle dans l'espace juridique de ce bloc régional[3226].

[3219] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 358 et s.

[3220] *Ibid*, p. 358.

[3221] *Ibidem*.

[3222] V. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 164.

[3223] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 359.

[3224] *Ibid*, p. 360.

[3225] *Ibid*, p. 360 et s.

[3226] *Ibid*, p. 361.

Elle énonce plusieurs raisons pour lesquelles le Mercosur ne devrait pas adopter un critère flexible inspiré du modèle de la Convention de Mexico, qui peuvent être regroupées en cinq arguments principaux. La première raison est que les règles de conflit de ce type ne sont pas en mesure de garantir la prévisibilité et la sécurité juridique recherchées pour un instrument de droit international privé, notamment en raison du très large pouvoir discrétionnaire donné au juge saisi. La deuxième raison est qu'un tel critère serait difficile à mettre en œuvre, car il impose au juge saisi de prendre en considération, dans chaque cas, les différents liens qui rattachent étroitement un contrat à un pays, ce qui alourdirait et compliquerait considérablement sa tâche. La troisième raison est le risque de ne pas aboutir à des solutions uniformes, ce qui contrarierait l'objectif principal de ce type d'instrument. Or, selon l'auteure, « en laissant au juge saisi l'entière liberté de déterminer la loi applicable sans lui donner d'indices, on prendra le risque d'avoir des solutions hétérogènes »[3227]. À cela s'ajoute une quatrième raison : l'absence d'un organe juridictionnel chargé d'interpréter de manière uniforme les dispositions des instruments juridiques émanant des instances normatives du Mercosur[3228]. Et enfin, une cinquième raison, d'ordre historique : il ne serait pas opportun de suivre la solution de l'article 9 de la Convention de Mexico, car cette solution était le résultat du désaccord existant entre les pays, et notamment avec la délégation nord-américaine (ce qui, par ailleurs, n'a pas changé jusqu'à ce jour). Pour ces raisons, elle conclut qu'une nouvelle réglementation pour le Mercosur ne doit pas s'inspirer de la solution offerte par la Convention de Mexico de 1994[3229].

En continuant son raisonnement, Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira est d'avis que le futur instrument de droit uniforme pour ce bloc économique ne devra pas non plus adopter une « règle de conflit fondée sur un critère flexible, assortie d'une présomption générale », sur le modèle de la Convention de Rome de 1980 et certains droits nationaux[3230]. Elle examine l'exemple de la Convention de Rome et met en évidence les critiques doctrinales formulées à l'encontre de son système de présomption. Elle conclut que ce système « n'a jamais bien fonctionné et n'a jamais été appliqué comme les auteurs l'ont voulu »[3231], et qu'il « laisse un très large pouvoir discrétionnaire au juge saisi, ce qui a pu conduire à des solutions hétérogènes, contraires au but recherché »[3232]. Elle mentionne la nouvelle solution du Règlement Rome I, qui écarte le mécanisme de présomptions, qu'elle considère comme « tout à fait appropriée »[3233], dès lors qu'elle « permet d'aboutir plus facilement à une harmonie des solutions, en garantissant une plus grande prévisibilité et sécurité dans les rapports contractuels »[3234].

[3227] *Ibid*, p. 362.

[3228] V. *supra* n° 80.

[3229] V. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 360-363.

[3230] V. *Ibid.*, p. 365.

[3231] *Ibidem*.

[3232] *Ibidem*.

[3233] *Ibid*, p. 366.

[3234] *Ibid*, p. 367.

Pour ces diverses raisons, elle propose l'adoption d'une règle inspirée de celle du Règlement Rome I, c'est-à-dire un « rattachement fixe, objectif et préalablement déterminé, complété par une clause d'exception », pour définir la loi applicable aux contrats internationaux en l'absence de choix exprimé par les parties[3235]. Selon elle, ce type de règle de conflit serait en mesure de garantir une grande prévisibilité tout en introduisant une dose de flexibilité, qui est nécessaire au bon développement du commerce international[3236]. De plus, d'après Mme Cerqueira, l'adoption de cette règle de conflit « garantira un système juridique non seulement prévisible, mais aussi en harmonie avec la culture juridique sud-américaine »[3237].

Elle précise, s'appuyant sur la doctrine de Bertrand Ancel[3238], qu'en adoptant une telle approche, on évitera que le choix de la loi applicable ne diffère au cas par cas, « échappant à des solutions semblant plus relever du hasard que de l'application d'un système cohérent »[3239], et de plus, en prévoyant une clause d'exception « on introduira un peu de souplesse dans le système proposé, permettant ainsi "de corriger la règle de conflit si, dans un cas concret, elle semble inappropriée aux vues des circonstances particulières de la cause" »[3240].

2. *L'ampliation de la proposition de Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira au contexte de l'Amérique latine : la pertinence de l'adoption d'un critère de rattachement rigide, objectif et prédéterminé*

556. Nous souscrivons à l'opinion de Mme Cerqueira selon laquelle l'aspect culturel doit être pris en compte lors de l'instauration de cette règle et « qu'opter pour une règle fondée sur un critère de rattachement objectif correspond parfaitement à la tradition juridique sud-américaine »[3241]. De plus, nous estimons que son argumentation peut être étendue au-delà du périmètre du Mercosur, étant en adéquation avec la tradition juridique prédominante dans la plupart des États de la région latino-américaine.

En effet, l'application de la *proprer law* ou de la relation la plus significative en tant que principe directeur, s'inspirant notamment du droit anglo-saxon, constitue un véritable défi dans la région d'Amérique latine. D'abord, la diversité des systèmes juridiques et des pratiques judiciaires en Amérique latine concernant ce sujet rend particulièrement complexe l'application d'une règle trop souple. Cette difficulté découle d'abord des

[3235] *Ibidem*.

[3236] *Ibidem*.

[3237] *Ibid*, p. 370.

[3238] B. Ancel, « La loi applicable à défaut de choix », *op. cit.,* p. 82.

[3239] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 371.

[3240] *Ibidem*.

[3241] *Ibidem*.

approches classiques plus rigides adoptées par les États, qui reflètent leurs conceptions propres du droit international privé des contrats. Bien que des réformes aient été mises en œuvre dans la région, à ce jour, seul un nombre restreint d'États optent pour le critère des liens les plus étroits comme règle de principe pour régir les contrats en cas d'absence de choix. Actuellement, cette approche est adoptée seulement par trois États latino-américains : le Paraguay, la République dominicaine et le Venezuela.

La problématique inhérente à la conciliation des différentes approches a d'ailleurs été expressément soulevée dans l'étude publiée par l'OEA en 2016 sur l'avenir de la Convention de Mexico[3242]. Il en est résulté que le principe des liens les plus étroits peut entraîner des problèmes pratiques, notamment en raison du manque de directives claires pour les juges afin de déterminer la loi ayant cette connexion privilégiée. De plus, il a été noté que, dans les juridictions peu familières avec ce concept (ce qui vaut pour la plupart d'entre elles dans la région latino-américaine), il serait nécessaire d'améliorer les compétences et d'adapter la formation des magistrats pour pondérer les facteurs entrants dans la détermination de la loi applicable[3243].

Outre la contrainte pratique que suppose l'adoption d'une telle approche, sur un plan juridique, le principe des liens les plus étroits révèle en pratique, comme déjà évoqué[3244], une grande subjectivité, puisque son application nécessite souvent une appréciation *in concreto* complexe, fondée sur une pluralité de facteurs contractuels, relationnels, voire culturels, pouvant varier significativement selon le juge saisi. Cette variabilité dans l'interprétation engendre inévitablement une insécurité juridique préoccupante, susceptible de conduire à des solutions divergentes selon le tribunal saisi, ce qui nuit à l'objectif d'harmonisation recherché. Par exemple, un même contrat analysé par un tribunal argentin pourrait être soumis à la loi du lieu d'exécution, plus en phase avec la culture juridique locale, tandis qu'au Brésil, le juge serait plus incliné à privilégier le critère du lieu de conclusion, traditionnellement adopté dans ce système. Cette disparité devient particulièrement problématique dans la région Amérique latine, où les critères retenus pour la détermination de la loi applicable en l'absence de choix sont très diversifiés, et où la jurisprudence reste rare et hétérogène, ne permettant pas une consolidation claire des pratiques jurisprudentielles susceptibles d'orienter efficacement les décisions des juridictions nationales[3245].

Cette question a été déjà soulevée par la doctrine latino-américaine, en particulier au Venezuela, où les liens les plus étroits sont la règle générale en l'absence de choix. Comme l'a bien expliqué la professeure Tatiana B. de Maekelt, en notant les difficultés liées à la mise en œuvre du principe de proximité : « certains partisans de cette méthode, séduits par

[3242] V. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.*, p. 18-19.

[3243] *Ibidem*.

[3244] V. *supra* n° 552.

[3245] V. Première Partie *supra*, spéc. n° 168 et s. et n° 343 et s.

la facilité d'appliquer directement leur propre norme matérielle, cèdent fréquemment à la tentation de recourir à la *lex fori*, en négligeant la prise en considération du droit « de l'autre côté du balcon »[3246]. C'est pourquoi elle note, par ailleurs, que « s'élèvent de plus en plus souvent des voix en faveur de l'instauration d'une juridiction spécialisée pour les affaires de droit international privé, afin de disposer de magistrats compétents, en mesure de répondre pleinement aux exigences de la justice de chaque cas d'espèce »[3247].

Par conséquent, à notre avis, adopter une telle approche aussi libérale revient à s'éloigner de l'objectif principal de l'harmonisation des solutions. En outre, comme il a été justement souligné par Mme Cerqueira, contrairement à la situation européenne où existe une Cour de justice assurant une interprétation uniforme des règles établies au sein de l'Union, aucun organe juridictionnel comparable n'est chargé d'assurer une interprétation cohérente et uniforme des instruments juridiques émanant des instances normatives du Mercosur[3248]. Cette absence d'un mécanisme centralisé d'harmonisation juridique est d'ailleurs également caractéristique des autres blocs économiques en Amérique latine[3249], ce qui complique la consolidation d'une jurisprudence uniforme et limite la sécurité juridique dans la région. De ce fait, nous concordons avec l'auteure brésilienne que l'adoption d'un critère basé sur les liens les plus étroits compromettrait sérieusement la sécurité juridique ainsi que la prévisibilité des résultats, qui sont pourtant essentielles pour les parties engageant en une relation contractuelle internationale.

En bref, l'adoption d'un critère aussi flexible, tel que celui proposé par le Guide de l'OEA, pourrait compromettre la cohérence et l'uniformité nécessaires dans la région en matière contractuelle, surtout si aucune orientation n'est fournie au juge pour la recherche de cette loi. La marge exacerbée d'appréciation laissée au juge dans le cas concret pourrait entraîner des décisions divergentes et imprévisibles, nuisant ainsi à la sécurité juridique des transactions internationales. De plus, étant donné le contexte actuel en Amérique latine et les tendances régionales, tant du point de vue du droit conventionnel que du droit national, il sera difficile d'appliquer un tel critère de manière uniforme dans toute la région. Il nous semble aussi indéniable que, en adhérant à l'approche très libérale du Guide de l'OEA, chaque État aura tendance, lors de l'évaluation des liens les plus étroits, à privilégier le critère de rattachement en vigueur dans son propre pays, considéré comme le plus approprié selon sa tradition juridique. Par conséquent, les incohérences persisteront du fait que les juges peuvent considérer divers critères dans leurs décisions et l'harmonie des solutions ne sera pas atteinte. En conséquence, il apparaît que l'adoption d'un critère rigide, objectif et prédéterminé de type classique constitue, pour la région latino-américaine, la solution la plus appropriée, en ce qu'elle est susceptible d'assurer la

[3246] T.B. de Maekelt, « Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia », *op. cit.*, p. 31 (traduction libre de l'espagnol).

[3247] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[3248] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 362.

[3249] V. *supra* n° 62 et s.

sécurité juridique et la prévisibilité indispensables à l'harmonisation de la loi applicable aux contrats internationaux.

3. L'importance d'une flexibilisation par l'introduction d'une clause d'exception complétée par un principe subsidiaire

557. Ainsi que l'a relevé le professeur Bernard Audit, le recours exclusif à un critère de rattachement fixe et unique comporte le risque de « ne pas appliquer dans un certain nombre de cas la loi du pays avec lequel la situation présente en fait les liens les plus étroits »[3250]. Cette rigidité accrue du mécanisme plaide, comme l'a opportunément proposé Mme Cerqueira, en faveur de l'introduction d'une clause d'exception, seule à même de garantir un équilibre satisfaisant entre l'exigence de sécurité juridique et la nécessaire flexibilité, afin de tenir compte des besoins pratiques et des particularismes propres à la région.

Cette considération avait déjà été aussi soulevée dans l'étude élaborée l'OEA sur l'avenir de la Convention de Mexico, qui soulignait que les États pourraient œuvrer à instaurer une plus grande clarté quant aux critères objectifs de rattachement retenus, tout en envisageant d'intégrer le principe de proximité dans leurs législations nationales[3251].

Comme l'explique le professeur Louis d'Avout, la clause d'exception, dans ses diverses formulations, « apparaît comme une technique de compromis, entre l'expression des rattachements en forme de règles abstraites et la nécessité d'une justice adaptée aux cas concrets » ; ce mécanisme d'exception fait, ainsi « rejaillir l'esprit de souplesse et d'équité contre la règle légiférée »[3252]. Par ailleurs, le professeur Paul Lagarde souligne que, dans sa fonction correctrice, le principe de proximité « a vocation à intervenir non plus pour inspirer, mais pour corriger la règle de conflit de lois lorsque, dans des cas limites, celle-ci désigne une loi qui ne coïncide pas du tout avec la localisation concrète de la situation et dont l'application risque de conduire à une solution injuste ou boiteuse »[3253]. Le professeur Pamboukis note, de surcroît, que « La légitimité de son intervention réside dans le fait que la règle de conflit est trop abstraite et englobe une grande variété de situations qui peuvent être assez différentes entre elles. La clause d'exception peut donc affiner la règle de conflit si la proximité de l'espèce exige concrètement son rattachement à un ordre juridique manifestement plus proche »[3254].

[3250] B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 348.

[3251] V. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.*, p. 18-19.

[3252] L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 332.

[3253] P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 31 et spéc. p. 97 et s.

[3254] Cf. C.P. Pamboukis, « Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions », *Revue Hellénique de Droit International,* 1994, p. 475- 486, spéc. p. 477.

Cependant, comme l'ont montré les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, bien que la clause d'exception permette de résoudre certains conflits de manière souvent plus satisfaisante que la règle de conflit classique, elle « porte atteinte à la prévisibilité que procure normalement celle-ci »[3255]. Ils concluent qu'il est donc souhaitable que son application reste véritablement exceptionnelle. Le professeur Louis d'Avout insiste quant à lui sur la nécessité d'un usage très prudent et méthodique de cette clause, précisant qu'en cas de doute il faut s'abstenir de l'appliquer : « tout doute profite au rattachement érigé en règle »[3256]. Cette même prudence est partagée par Mme Cerqueira, qui considère que « la clause d'exception, en tant que mécanisme de correction de la règle de conflit, ne doit être appliquée qu'à titre exceptionnel et de façon subsidiaire »[3257].

Ainsi, dans la perspective d'une harmonisation de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine, l'adoption d'un critère objectif et rigide de rattachement, assorti de la possibilité d'une mise en œuvre subsidiaire de la clause d'exception, apparaît comme une solution équilibrée. Elle permet en effet de concilier deux exigences traditionnellement perçues comme antagonistes : d'une part, la prévisibilité normative, indispensable à la sécurité juridique, et, d'autre part, l'adaptabilité aux spécificités factuelles de chaque situation. Si la règle demeure la garantie de sécurité juridique et d'une plus forte unité interprétative, l'exception joue le rôle de soupape nécessaire pour éviter les effets manifestement inéquitables de l'application mécanique de la loi désignée. Toutefois, son efficacité dépendra de la rigueur méthodologique avec laquelle elle sera maniée, afin que la flexibilité recherchée ne se transforme pas en facteur d'incertitude.

Pour ces motifs, il convient de préserver le caractère exceptionnel de ce mécanisme en imposant au juge une justification particulièrement rigoureuse de son application. À cet égard, la solution retenue par le Règlement Rome I dans son article 4.3, qui exige l'existence de liens *manifestement* plus étroits avec un autre ordre juridique pour permettre l'activation de la clause d'exception, nous apparaît comme une approche judicieuse. Cette exigence constitue, ainsi, un garde-fou essentiel contre une utilisation arbitraire de la clause d'exception. Par ailleurs, contrairement au modèle argentin[3258], il ne nous paraît pas souhaitable de subordonner l'application de cette clause à une demande expresse des parties. Le juge devrait plutôt l'appliquer d'office dès lors qu'il constate que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre État, permettant ainsi de corriger les éventuelles incohérences et de préserver la flexibilité nécessaire dans les

[3255] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 164.

[3256] L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, p. 335.

[3257] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 393-394. Selon l'auteure : « il est nécessaire que deux conditions cumulatives soient remplies pour que le juge puisse écarter la loi normalement applicable : tout d'abord, que le juge saisi démontre dans sa motivation que l'élément de rattachement retenu ne désigne pas une loi ayant des liens suffisants avec le contrat (c'est-à-dire, qu'il n'a pas une véritable valeur de localisation) ; et ensuite, qu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays que celui désigné par la règle de conflit de lois proposée ».

[3258] V. *supra* n° 390.

situations où la localisation objective du contrat s'avère manifestement inadéquate au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce.

Par ailleurs, à l'instar du Règlement Rome I (art. 4.4) ainsi que des législations uruguayenne et panaméenne, le principe de proximité peut également fonctionner comme un critère subsidiaire. Ainsi, lorsque la loi applicable au contrat ne peut être déterminée au moyen des règles objectives prévues, il appartiendra au juge de retenir celle présentant les liens les plus étroits avec la situation en cause.

Dès lors, l'adoption d'un critère rigide, objectif et prédéterminé, assorti d'une clause d'exception et d'un principe subsidiaire, apparaît d'une utilité fondamentale pour parachever l'harmonisation, indispensable en matière de droit des contrats internationaux et de désignation de la loi qui leur est applicable. C'est précisément cet équilibre — subtil, mais essentiel — qui semble pouvoir apporter à l'Amérique latine un cadre cohérent, respectueux de ses spécificités, et harmonisé avec la dynamique contemporaine du droit international privé.

Cependant, il demeure essentiel de sélectionner le critère de rattachement le plus approprié, étant donné la diversité des approches adoptées par les législations en vigueur dans la région latino-américaine.

4. Le rattachement à privilégier

558. Nous avons démontré pourquoi l'adoption d'un rattachement flexible, en tant que règle de principe, ne constitue pas une solution idéale pour harmoniser le droit des contrats au sein de la région latino-américaine. Nous avons également expliqué pourquoi un critère de rattachement rigide, objectif et prédéterminé, mais tempéré par une clause d'exception ou un principe subsidiaire, semble plus pertinent dans ce contexte. Il reste désormais à analyser quel critère de rattachement devrait être privilégié.

559. Actuelle diversité de critères. Comme il a été exposé, la région latino-américaine se caractérise par la coexistence de multiples approches de rattachement visant à déterminer la loi applicable aux contrats en l'absence de choix exprimé par les parties[3259]. Les trois systèmes conventionnels en vigueur dans la région adoptent chacun une approche distincte : tandis que le système des Traités de Montevideo retient le critère du lieu d'exécution, le Code Bustamante privilégie la loi commune des parties et le lieu de conclusion du contrat, et la Convention de Mexico s'appuie sur la notion de liens les plus étroits. Toutes les théories classiques relatives à la détermination de la loi applicable aux contrats, objective et subjective, coexistent ainsi au sein de la région. Par ailleurs, les systèmes nationaux reflètent également cette diversité. Pour les États qui privilégient des critères rigides, représentant la grande majorité, le lieu d'exécution, hérité des Traités de

[3259] V. *supra* Première Partie, spéc. n° 168 et s. et n° 343 et s.

Montevideo et de la doctrine de Savigny, demeure le critère principal de rattachement. Dans une position plus minoritaire, le Code Bustamante continue d'influencer certains États, qui favorisent respectivement le lieu de conclusion du contrat et/ou la nationalité commune des parties, en suivant l'approche mancinienne[3260].

Il est donc très difficile d'affirmer l'existence d'un consensus ou d'une convergence au sein de la région latino-américaine sur le rattachement désignant la loi applicable aux contrats internationaux en l'absence de choix. Toutefois, d'un point de vue de droit interne, il semble qu'en première analyse, la loi du lieu d'exécution serait le critère de rattachement susceptible de recueillir la plus large adhésion des États de la région. Or, comme il a été précédemment établi, sur les dix-neuf États analysés dans le cadre de la présente étude, quatorze ont retenu le principe de la *lex loci executionis* pour régir les contrats (l'Argentine, Cuba, le Guatemala, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, l'Uruguay, le Chili, la Bolivie, la Colombie, le Salvador, l'Équateur et le Honduras). Deux, en revanche, se sont ralliés à l'approche consacrée par le Code Bustamante, en désignant la loi du lieu de conclusion du contrat et/ou la loi commune des parties (le Costa Rica et le Brésil). Enfin, trois États — le Venezuela, la République dominicaine et le Paraguay — se fondent sur le critère des liens les plus étroits en tant que règle principale pour déterminer la loi applicable en l'absence de choix opéré par les parties[3261]. Cette prédominance du rattachement au lieu d'exécution du contrat en Amérique latine conduit toutefois à s'interroger sur la véritable aptitude de ce critère à garantir la prévisibilité nécessaire à la matière contractuelle et une harmonisation effective de la loi applicable aux contrats internationaux dans la région.

560. La pertinence des différents rattachements. Les théories objectivistes ont longtemps débattu entre les différents rattachements possibles pour régir les contrats en l'absence de choix : loi commune des parties, lieu de conclusion ou, encore, loi lieu d'exécution du contrat.

Quant au premier rattachement, à savoir celui de la *loi commune* des parties, il ne saurait, à notre sens, constituer un critère déterminant dans l'opération de désignation de la loi applicable aux contrats internationaux. La principale difficulté, déjà relevée dans le contexte du Code Bustamante, tient à l'incertitude persistante quant à savoir si la loi commune doit être entendue comme celle du domicile ou bien celle de la nationalité des parties, les législations latino-américaines se partageant fréquemment entre ces deux options. À cela s'ajoute le fait que la probabilité que les cocontractants partagent la même nationalité ou le même domicile demeure extrêmement réduite dans le cadre des échanges internationaux. La situation se complique davantage encore dans l'hypothèse où l'une ou les deux parties possèdent plusieurs nationalités, rendant plus incertaine la détermination d'une loi commune.

[3260] V. *supra* n° 380 et s.

[3261] V. *supra* n° 386 et s.

En outre, en matière contractuelle, la nationalité — du moins s'agissant des personnes physiques, « n'a guère de signification au regard des opérations économiques que constituent les contrats »[3262], n'étant pas en soi pertinente pour déterminer l'internationalité d'un contrat, « matière *a priori* détachée de considérations personnelles »[3263]. Si l'on retenait ce critère, un contrat conclu entre deux Brésiliens, tous deux domiciliés en France, et exécuté en France devrait être qualifié d'international et être régi par la loi brésilienne (par exemple, le Brésilien qui achète du pain chez le boulanger brésilien du quartier)[3264]. Cette observation permet d'expliquer pourquoi, même dans les pays où la prédominance de la loi nationale commune était affirmée (par exemple, l'Italie et la France), l'adoption de cet élément n'a pas été suivie d'effet ou n'a exercé qu'une influence relative[3265].

S'agissant du *lieu de conclusion*, retenu comme critère de rattachement par le Code Bustamante, ainsi qu'au Brésil et au Costa Rica, celui-ci a fait l'objet de vives controverses doctrinales. En sa faveur, ses défenseurs invoquent plusieurs arguments : la tradition juridique qui consacre ce critère ; une certaine logique intrinsèque, dans la mesure où le lieu de conclusion correspond au lieu de naissance du contrat ; ou encore, des considérations d'ordre pratique, comme le fait d'être unique et déterminé (en opposition au lieu d'exécution), ou encore le fait qu'il puisse être plus accessible aux parties[3266].

Les opposants de cette approche critiquent, en revanche, son caractère aléatoire, le fait qu'il peut être souvent indéterminé, voire l'absence de rattachement substantiel avec la relation contractuelle en cause. En effet, très souvent, un contrat peut être conclu en un lieu n'ayant avec les intérêts des parties qu'un lien « purement temporaire ou fortuit »[3267], voire « accidentel »[3268]. Encore, la détermination même du lieu de conclusion fait difficulté dans les contrats entre absents, qui sont les plus fréquents en matière internationale[3269]. La situation se complexifie avec le développement du commerce électronique et la conclusion de contrats par voie électronique, souvent en « un clic », ainsi qu'avec le transfert électronique de données, rendant difficile l'identification précise du lieu de conclusion du contrat, problématique qui avait d'ailleurs déjà été soulevée lors de la réunion d'experts

---

[3262] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* n° 14.

[3263] P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, n° 1279, p. 967 ; Dans le même sens, Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, n° 47, pour qui la nationalité des contractants est pertinent seulement lorsqu'elle coïncide avec le *locus contractus* ou *locus solutionis*.

[3264] Exemple inspiré de celui donné par le professeur Louis d'Avout lors de son cours général à l'Académie de droit international de La Haye, L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 14.

[3265] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 108. L'auteur note cependant que le principe a eu un rôle plus déterminant dans la jurisprudence allemande (*Ibid*, n° 110).

[3266] Cf. H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé*, t. II, 7e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, n° 580.

[3267] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 108. L'auteur note cependant que le principe a eu un rôle plus déterminant dans la jurisprudence allemande (*Ibid*, n° 110).

[3268] Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, n° 55 ; B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 250.

[3269] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 250.

de Tucson (1993), qui a précédé l'adoption de la Convention de Mexico[3270]. Encore, lors même que les parties, ou leurs représentants, seraient en présence l'une de l'autre, le lieu de conclusion peut être « simplement dénué de signification au regard de l'économie du contrat »[3271]. Selon les professeurs Batiffol et Lagarde, « les arguments tirés de la tradition et de la logique vont à l'encontre de leur but : s'il existe un problème, c'est précisément parce que la tradition, ayant adopté la solution en apparence logique, a expérimenté qu'elle n'était pas praticable »[3272]. Ils considèrent que le lieu de conclusion « ne caractérise pas suffisamment l'opération contractuelle quant aux intérêts en jeu », étant « trop souvent fortuit » et « accidentel par rapport aux intérêts à régir »[3273]. Ils questionnent également l'argument de la facilité de l'information affirmant que « dans la plupart des cas les contractants ne songent aucunement à la légalité de leurs conventions et ne consultent donc aucune loi » et qu'il serait donc plus juste d'appliquer la loi qui régit leurs intérêts réels[3274].

Pour ce qui est de l'argument de la logique[3275], le professeur Alfonsín résume bien la faiblesse de cette affirmation : « […] s'il est vrai que le contrat est exécuté parce qu'il a été conclu, il est également vrai qu'il a été conclu afin d'être exécuté. La conclusion n'est qu'un moyen en vue d'une fin, et ce qui importe réellement dans le commerce international n'est pas le moyen, mais la fin — c'est-à-dire l'exécution des obligations convenues »[3276]. Cette logique pratique conduirait donc, selon lui, à considérer que c'est l'exécution qui doit imposer son régime au contrat, puisque c'est elle qui détermine la conclusion du contrat. Le professeur uruguayen soutien encore que, le contrat n'affecte l'« ordre socio-économique » du lieu de conclusion qu'au moment de son exécution, les obligations demeurant potentielles jusqu'à leur réalisation effective. Selon lui, « la conclusion ne fait naître que des obligations potentielles dont la réalité effective demeure en suspens tant qu'elles ne sont pas exécutées »[3277].

Ce rattachement présente également un risque de fraude à la loi, comme l'ont souligné les professeurs Audit et d'Avout ; les parties pourraient être tentées de conclure le contrat dans un lieu déterminé dans le seul dessein de se soustraire à l'application de règles impératives

---

[3270] G. Parra-Aranguren, « La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP-V, México, 1994 », *op. cit.*, p. 197, spéc. n° 43.

[3271] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 250.

[3272] H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé*, t. II, *op. cit.*, n° 580.

[3273] *Ibidem.*

[3274] *Ibidem.*

[3275] Selon cette logique, la conclusion du contrat serait plus importante que son exécution, car la conclusion est la cause de l'exécution, tandis que l'exécution n'en est qu'un effet. La logique théorique conduit donc à penser que c'est la conclusion qui doit imposer son régime au contrat, puisque de la conclusion dépend l'existence même du contrat et sa future exécution. V. Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, n° 58.

[3276] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[3277] *Ibid,* n° 59 (traduction libre de l'espagnol).

qui leur seraient normalement applicables, et de bénéficier ainsi d'une législation moins contraignante[3278].

Le lieu de conclusion soulève par ailleurs des difficultés particulières s'agissant des contrats conclus à distance. La solution proposée en droit positif consiste généralement à appliquer la loi du pays du domicile ou de la résidence de l'offrant ; toutefois cette solution demeure tout aussi incertaine. En effet, dans les contrats conclus à l'issue de négociations équilibrées entre les parties, l'identification même de l'offre peut s'avérer délicate. Le professeur Batiffol avait déjà constaté que la notion de contrat sur offre ne « parait pas en elle-même assez nette pour fonder une règle générale »[3279]. Comme il notait, « dans beaucoup de cas les négociations entre les parties ont fait subir à l'offre des retouches suffisantes pour que son caractère soit profondément transformé, [et] qu'elle ne soit plus un contrat "de l'offrant" »[3280]. En outre, la détermination du lieu d'émission de l'offre dans un contexte dématérialisé ne garantit nullement une prévisibilité accrue pour les parties, notamment si l'on considère le lieu de la résidence adopté pour certaines législations (p. ex., la brésilienne) qui peut s'avérer ainsi transitoire. Elle peut même conduire à des résultats arbitraires désignant une loi qui n'a aucun lien avec l'essence ou la nature du contrat[3281].

Le *lieu d'exécution*, quant à lui, présente certes un caractère moins fortuit que celui du lieu de conclusion, ayant également le mérite d'avoir le lien le plus « substantiel », comme disait Batiffol, avec les intérêts en jeu[3282]. Parmi ses avantages, il convient de relever qu'il correspond au lieu vers lequel se dirige principalement « l'attente des parties » contractantes, ainsi que l'affirmait Savigny[3283]. En Amérique latine, Manuel Quintana soutenait déjà lors du premier congrès de Montevideo tenu en 1888 que l'exécution appartenait à l'« essence » même de l'obligation, sur laquelle « se concentre l'attention des parties », devant ainsi être considérée comme le « siège juridique » de l'obligation[3284]. Cette conception plutôt subjective de la détermination de la loi applicable au contrat cédera

[3278] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 250.

[3279] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 114.

[3280] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 114. L'auteur l'admet, néanmoins, pour les contrats d'adhésion, nécessairement « rigides » ; selon lui « […] il peut être alors légitime d'appliquer la loi de la partie qui a conçu le contrat, c'est-à-dire la loi de son domicile, dont le client cocontractant a pu et dû prévoir l'intervention, parce que l'opération était nécessairement "localisée" de par sa conception même dans le système juridique en vigueur à ce domicile. » (*Ibid*, n° 115). Toutefois, il conclut que cela n'est pas un facteur général de rattachement : « elle vient surtout confirmer d'autres présomptions, et son influence suppose que l'une des parties n'a pu se méprendre sur le caractère stéréotypé de l'opération, et sur l'ignorance, dans laquelle se trouvait l'autre, de son domicile à l'étranger. » (*Ibid*, n° 118).

[3281] V. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 115, note de bas de page n° 2. Pour l'auteur cela serait une « question de fait », dominée par la teneur des contrats en jeu.

[3282] *Ibid*, n° 81.

[3283] F.C. de Savigny, *Traité de droit romain, op. cit.*, p. 212.

[3284] Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, México, 1889, p. 413 (traduction libre de l'espagnol).

progressivement la place à une approche purement objective, fondée sur la « nature » même du rapport contractuel[3285].

C'est ainsi que Batiffol reconnaît que le contrat, notion à la fois complexe et abstraite, se manifeste localement « non seulement par l'accord de volontés », mais encore par ses « effets »[3286]. Comme il le souligne, à la différence de l'accord de volonté, qui peut se produire n'importe où, les « effets sont par nature et en principe matériels : une livraison, un paiement, l'exécution d'un travail sont *naturellement* localisés, donc en relation substantielle avec les intérêts des parties »[3287]. Le lieu d'exécution constitue ainsi le lieu *matériellement* lié aux intérêts des parties, tout en étant celui où se manifeste extérieurement le contrat et dont les tiers ont normalement connaissance[3288]. Il représente, selon Batiffol, l'événement qui « de par sa nature » est destiné à faire apparaître le contrat au jour, le « but de l'accord », ce qui lui confère sa « valeur économique »[3289]. En Uruguay, le professeur Alfonsín, après avoir examiné en profondeur les différents rattachements susceptibles d'être retenus, s'est prononcé en faveur du lieu d'exécution comme critère de rattachement applicable aux contrats, considérant qu'il s'agit de celui qui permet le mieux d'appréhender la dimension « sociale et économique » du contrat[3290]. Le lieu d'exécution correspond ainsi à l'économie de l'opération contractuelle et à sa fonction économique, laquelle n'est pas artificiellement choisie, mais authentique et liée à la nature même du contrat.

Toutefois, le critère du lieu d'exécution soulève des difficultés majeures en présence de prestations contractuelles multiples ou indéterminées, rendant sa localisation particulièrement délicate. Afin de pallier les difficultés pratiques liées à la détermination du lieu d'exécution, les Traités de Montevideo ont établi une série de « présomptions légales » destinées à faciliter cette identification[3291]. En outre, ils prévoyaient déjà la possibilité d'appliquer « la loi du domicile du débiteur » dans les cas non résolus par ces présomptions. Ce modèle a d'ailleurs été repris par l'Uruguay, qui l'a conservé, moyennant quelques aménagements (notamment l'introduction de la notion de prestation caractéristique) dans sa nouvelle loi de droit international privé adoptée en 2020[3292]. Toutefois, comme nous l'avons déjà souligné, ces présomptions ont suscité de vives critiques doctrinales en raison de leur caractère excessivement abstrait et de la difficulté de leur mise en œuvre sur le plan pratique[3293]. La jurisprudence a d'ailleurs mis en évidence

[3285] M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 209.

[3286] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 83.

[3287] *Ibidem.*

[3288] H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé*, t. II, *op. cit.*, n° 580.

[3289] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 86.

[3290] Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, n° 61 (traduction libre de l'espagnol).

[3291] V. L'art. 34 du Traité de Montevideo de 1889 et l'art. 38 du Traité de 1940. Sur les présomptions adoptées par ceux Traités, v. *supra* n° 187 et n° 198.

[3292] V. l'art. 48 de la nouvelle Loi générale de droit international privé. Sur ce sujet, v. *supra* n° 369.

[3293] Sur les critiques doctrinales aux présomptions légales, v. *supra* n° 189 et s.

ces limites, en adoptant des approches divergentes selon les États, voire à l'intérieur d'un même ordre juridique[3294]. En réalité, les solutions dégagées par les juges à travers l'application de ces présomptions se sont souvent rapprochées de la théorie de la prestation caractéristique, laquelle a trouvé son plein développement, notamment, dans la doctrine et la jurisprudence suisses[3295].

561. La notion de « prestation caractéristique ». C'est précisément dans cette perspective qu'est apparue la notion de « prestation caractéristique », élaborée pour surmonter les difficultés inhérentes à la détermination du lieu d'exécution des obligations contractuelles. Comme l'exposent les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout :

> « Une réflexion plus approfondie a amené à constater que la plupart des contrats usuels se définissent par la prestation d'une partie, qui caractérise l'opération par sa fonction économique (transfert de propriété d'une chose dans la vente, mise à disposition dans le bail, conservation dans le dépôt, usage temporaire dans le prêt ; exécution d'un ouvrage ou d'un travail […]), tandis que l'autre prestation n'est que la rémunération en argent de la première (prix, loyer, salaire, intérêt […]). Il apparaît alors raisonnable, et conforme à l'entendement des parties, de soumettre le contrat à la loi du lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat. »[3296]

Cette théorie, synthétisée par la doctrine suisse, et particulièrement développée par les travaux du professeur Schnitzer, a inspiré des règles de conflit spécifiques aux contrats internationaux[3297]. Schnitzer essaye de se détacher des « points de nature extérieure », tels que le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, pour privilégier une approche fondée sur l'« essence » ou la « nature » du contrat. Cette démarche le conduit à identifier la « prestation caractéristique » comme élément déterminant du contrat[3298]. Dans l'expression du professeur suisse : « La prestation caractéristique est celle qui vise la *fonction du contrat* dans un ordre juridique déterminé »[3299]. Ce serait donc un rattachement « fonctionnel », qui « vise la fonction du rapport juridique, voire du contrat, dans la vie économique ou sociale de l'homme »[3300]. Le professeur Schnitzer considère que le contrat

---

[3294] Sur les décisions de justice appliquant les Traités de Montevideo en la matière, v. *supra* n° 192 et n° 200.

[3295] À ce sujet, v. *supra* n° 192 et *infra* n° 561.

[3296] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 236.

[3297] V., en particulier, les œuvres du professeur (en langue française) : A.F. Schnitzer, « La loi applicable au contrat », *Rev. crit. DIP*, 1955 ; A.F. Schnitzer, « Les contrats en droit international privé suisse », *RCADI*, 1968, vol. 123 ; en langue allemande, *Handbuch des Internationalen Handels-, Wechsel- und Checkrechts,* 1938, spéc. p. 234 et s.

L'idée d'un lieu d'« exécution principal » avait, cependant, déjà été soulevé par la doctrine. En langue française, v., p. ex., H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 91 et ses références. L'auteur considère l'exécution principale comme l'« acte essentiel qui caractérise l'opération ».

[3298] A.F. Schnitzer, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *op. cit.*, p. 578-579. Pour une analyse critique de la doctrine de Schnitzer, v. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 212 et s.

[3299] A.F. Schnitzer, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *op. cit.*, p. 594 (original sans italiques).

[3300] *Ibidem* (original sans italiques).

et sa « fonction socio-économique » s'intègrent dans un ensemble lui-même de nature « socio-économique » et « immatérielle ». Cette analyse le conduit à identifier la prestation caractéristique comme étant la prestation non monétaire, soit celle qui fait l'objet d'une rémunération et qui constitue l'élément distinctif du contrat[3301]. Le contrat est ainsi envisagé comme un « fait social », vu dans ses liens avec un ensemble plus vaste[3302]. Cependant, comme l'a noté professeure Marie-Élodie Ancel, cette approche socio-économique conduit Schnitzer à parfois oublier le contrat et ne tenir compte que du rôle socio-économique des parties, en évoquant la fonction des contractants et non plus du contrat lui-même. Cela l'amène à distinguer le « lieu de la dette » du « lieu de l'exécution » et considère que la prestation caractéristique s'exerce au premier. C'est donc la loi de ce lieu qui régit le contrat[3303].

Rappelons que, dans la jurisprudence suisse, la doctrine de la prestation caractéristique fut proclamée par l'arrêt *Chevalley* du Tribunal fédéral, rendu le 12 février 1952, par lequel le tribunal abandonna la « grande coupure » du contrat et généralisa la recherche du rapport territorial le plus étroit, se détachant de toute considération relative à la volonté hypothétique des parties[3304]. L'arrêt annonça que cette loi unique est « celle du lieu avec lequel le rapport juridique considéré a le *lien territorial le plus étroit* […] », et « s'agissant d'un contrat bilatéral, la jurisprudence considère désormais, pour opérer le rattachement, celle des deux *obligations qui est caractéristique pour le rapport juridique* en question, par exemple, pour la vente, l'obligation du vendeur […] »[3305]. En 1966, le Tribunal fédéral adopta une formule différente, qui s'imposa par la suite de manière durable : le domicile du débiteur de la prestation caractéristique[3306]. Ainsi l'affirma l'arrêt : « en vertu des règles du droit international privé suisse, et en l'absence d'une élection de droit, la loi applicable à un rapport d'obligations à caractère international est celle du pays avec lequel le contrat présente le rapport territorial le plus étroit ; il s'agit en règle générale (*in der Regel*) du *droit du domicile de la partie dont la prestation est caractéristique du contrat litigieux* »[3307]. C'est cette formule qui s'est finalement imposée dans le contexte européen, notamment à travers la Convention de Rome et le Règlement Rome I.

Il convient de rappeler aussi que l'analyse des solutions proposées par les Traités de Montevideo révèle que Ramírez, auteur du projet de 1888, avait déjà pensé à un système de désignation d'un lieu d'exécution unique fondé sur la notion d'« obligation caractéristique » ou « typique », et renvoyant aussi parfois au lieu du domicile du

---

[3301] V. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 214.

[3302] *Ibidem.*

[3303] *Ibidem.*

[3304] V. *supra* n° 192.

[3305] Suisse, Tribunal fédéral, *Chevalley*, 12 février 1952 (original sans italiques). L'arrêt réserve néanmoins la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable, cette réglè s'appliquant qu'en l'absence d'un choix. Au sujet de cet arrêt, v. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 35 et 243.

[3306] M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, p. 25, n° 36.

[3307] Suisse, Tribunal fédéral, *Sznajer*, 11 mai 1966 (original sans italiques). V. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, p. 25, n° 36.

prestataire de cette obligation[3308]. Cette conception se traduit dans le Traité par l'établissement de présomptions du lieu d'exécution, qui accordent une préférence au domicile du débiteur comme critère de rattachement.

Dans sa thèse, la professeure Marie-Élodie Ancel examine en profondeur la notion de prestation caractéristique et son application tant en droit interne qu'en droit international privé. Elle explique que les catégories contractuelles constituent « des fonctions économiques », qui comportent très fréquemment « un échange de prestations objectives, dont l'une est une somme d'argent »[3309]. Ces prestations, qu'elle qualifie de « prestations en nature », « réelles », « portent les particularités de ces contrats »[3310]. Or, selon l'auteure, les catégories contractuelles ne sauraient se différencier par la seule existence d'une obligation monétaire en leur sein, celle-ci constituant, selon ses termes, « un résultat banal, une prestation non significative »[3311]. L'obligation non monétaire constitue ainsi l'obligation la plus caractéristique du contrat, celle qui permet de distinguer un type contractuel d'un autre. C'est dans cette perspective qu'elle propose, de manière à la fois succincte et précise, une définition de la notion de prestation caractéristique :

> « La prestation caractéristique d'une catégorie contractuelle est donc une prestation objective, réelle, qui peut être de réalisation intellectuelle (conception, conseil, diagnostic…), à l'acquisition d'un droit réel, en passant par des opérations sur des unités de paiement. Dans les contrats à titre onéreux où une prestation réelle est rémunérée, ce qui constitue son milieu naturel, elle est la prestation rémunérée, et non la rémunération. Dans le cadre d'une catégorie contractuelle donnée, si plusieurs prestations réelles sont fournies par une même partie, elle est la prestation principale que les autres prestations réelles complètent ou garantissent. »[3312]

Dans son analyse, la professeure Ancel procède à un examen approfondi de la notion de prestation caractéristique à travers quatre catégories contractuelles distinctes : les contrats de fourniture rémunérée (de biens ou de services), les contrats à titre gratuit, les actes juridiques neutres et les contrats d'intérêt commun[3313]. Pour les premiers, les « contrats de fourniture rémunérée », l'identification de la prestation caractéristique ne présente aucune difficulté : elle correspondrait à la fourniture de biens ou des services. Elle illustre cette notion par des exemples classiques : dans la vente, la prestation caractéristique réside dans l'acquisition de propriété ; dans le louage de chose, il s'agit de l'octroi de la jouissance temporaire de la chose en question ; dans le louage d'ouvrage, c'est l'ouvrage lui-même ou, plus généralement, le service qui est fourni ; dans le prêt de consommation, il s'agit de l'acquisition d'une sorte de propriété temporaire sur la valeur des choses consomptibles

---

[3308] V. Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, n° 64. V. *supra* n° 192.

[3309] M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 152.

[3310] *Ibidem.*

[3311] *Ibid*, n° 158.

[3312] *Ibid*, n° 167.

[3313] *Ibid*, p. 112 et s.

remises ; dans le dépôt, c'est la garde assurée par le dépositaire ; dans le mandat, c'est la représentation[3314]. L'identification de la prestation caractéristique s'avère toutefois plus délicate pour certains contrats ne mettant en jeu que des flux monétaires, tels que le contrat de change, le contrat de compte bancaire ou le prêt à intérêt. Après analyse, l'auteure conclut que dans le contrat de change, la prestation caractéristique serait celle fournie par le changeur, à savoir le transfert de la monnaie spécifique. Pour le prêt à intérêt, relevant de la catégorie des prestations de services, c'est l'obligation du prêteur (le crédit fourni) qui constitue la prestation caractéristique, qui est seulement rémunérée par le remboursement. S'agissant du contrat de compte bancaire, après mûre réflexion, elle considère que la prestation caractéristique serait celle de la banque, en sa qualité de dépositaire ou de prestataire de services financiers[3315].

L'auteure démontre en outre que même les « contrats à titre gratuit » et les « actes neutres » peuvent également s'inscrire dans la logique de la prestation caractéristique. Dans le « contrat à titre gratuit », la prestation du bienfaiteur l'emporte, car elle émerge de l'intersubjectivité et demeure, dès lors, classifiable, tandis que la contre-prestation échappe à toute appréciation extérieure et, donc, à toute classification. Pour les « actes neutres », tels que les sûretés conventionnelles, la prestation caractéristique ne serait pas automatiquement liée au contrat principal, mais plutôt au bien ou au service fourni, c'est-à-dire à la prestation du garant qui attend la contre-prestation de son créancier (par exemple, la prestation de garantie pour le cautionnement, et l'octroi d'un droit réel accessoire pour l'hypothèque)[3316]. Enfin, pour les contrats dits « d'intérêt commun », c'est-à-dire, ceux qui « imposent de prestations réelles, dont la première, fournie par une des parties, joue le rôle de moyen et la seconde, fournie par l'autre partie, parfait l'opération envisagée », elle considère, après une longue analyse, que la prestation caractéristique est « la prestation réelle finale émanant de l'une des parties, contractuellement rendue possible par la prestation de son cocontractant et profitant à chacun ». Par exemple, dans le cas du mandat d'intérêt commun, celle-ci serait la prestation finale du mandataire, car c'est celui qui « joue un rôle particulier dans la structure et le régime de cette catégorie contractuelle »[3317].

Dans le contexte latino-américain, la jurisprudence des pays ayant retenu le lieu d'exécution comme critère de rattachement en l'absence de choix des parties — notamment en Argentine, en Uruguay et au Pérou — a, depuis longtemps, eu recours à la notion de prestation caractéristique ou à des notions assimilées afin de déterminer le lieu d'exécution du contrat et, par conséquent, la loi applicable à celui-ci. Cette approche a été développée

[3314] *Ibid*, n° 159.
[3315] *Ibid*, n° 161-164.
[3316] *Ibid*, n° 169 et s.
[3317] *Ibid*, n° 175 et s.

aussi bien pour l'application des Traités de Montevideo[3318] que dans le cadre du droit international privé de source interne[3319].

Cette inspiration s'est également reflétée dans le droit de l'Union européenne. Toutefois, la Convention de Rome, puis le Règlement Rome I, ont privilégié le rattachement à la *résidence habituelle* de la partie fournissant la prestation caractéristique et non le simple lieu d'exécution de la prestation caractéristique, parce que, comme l'ont relevé les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, « ce critère a été considéré, à tort ou à raison, moins incertain que celui de l'exécution de la prestation »[3320]. Nous y reviendrons.

Par ailleurs, tant en Argentine qu'en Uruguay, la notion de prestation caractéristique a été explicitement intégrée dans le droit positif par une mention explicite dans leurs législations internes de droit international privé. Ces deux États ont également introduit la référence au *domicile* du débiteur de la prestation caractéristique, bien que cette référence s'inscrive selon des logiques distinctes dans chacun des systèmes. Lorsque, en *Argentine*, le Code civil et commercial établit que, de principe, le droit applicable est celui du lieu d'exécution, ou, à défaut, celle du domicile actuel du débiteur de la prestation la plus caractéristique du contrat (art. 2653), l'*Uruguay*, dans sa Loi de droit international privé de 2020, adopte une approche plus stricte, à l'instar des Traités de Montevideo. La législation uruguayenne

---

[3318] V., p. ex., Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Quinto Turno, arrêt n° 492/2012, 8 août 2012. Dans cet arrêt, la Cour a constaté que les contrats de transport objet du litige rentraient dans le champ d'application de l'art. 34, al. 4, b, du Traité de 1889 et, par conséquent, « ils doivent être régis par la loi du lieu où la marchandise doit être livrée, *cette obligation étant typique du contrat* ». V. *supra* n° 192 et n° 200.

[3319] V., p. ex., des arrêts appliquant l'ancien Code civil en vigueur en Uruguay, en particulier, Trib. de Ap. en lo Civil de Segundo Turno, arrêt n° 59/2010, Montevideo, 24 mars 2010, dans lequel, en application de l'ancien Code civil, il a été jugé que, dans le cadre d'un contrat international de vente de marchandises, l'élément déterminant pour désigner la loi applicable était la livraison effective des marchandises sur le territoire uruguayen, au domicile de l'acheteur. Ce fait constituait, selon la Cour, « le lieu d'exécution du contrat et, par conséquent, désignait la loi applicable » ; et Trib. de Ap. en lo Civil de Primero Turno, arrêt n° 5/2020, Montevideo, 5 février 2020, où, dans le cadre d'un contrat international de fourniture de médicaments, le tribunal a considéré que la prestation caractéristique du contrat consistait en la fourniture d'une chose déterminée par sa nature, en l'espèce des médicaments. Le lieu d'exécution retenu était donc le domicile de la société chargée de cette fourniture, situé en Uruguay. En outre, il convient de mentionner un arrêt de la Cour suprême de l'Uruguay (arrêt n° 680/2012, Montevideo, 20 juillet 2012), se référant expressément au domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Dans cet arrêt, la Cour a noté que « l'orientation dégagée par les Conférences spécialisées de droit international privé est qu'en matière d'actions procédurales de nature patrimoniale, prévaut le domicile ou la résidence habituelle (pour les personnes physiques) ou l'établissement principal (pour les personnes morales ou les sociétés civiles ou commerciales) ». V. *supra* n° 372.

En Argentine, v. CNCom., sala D, Buenos Aires, *Pramac Ibérica c. Sincrolamp*, 19 novembre 2008. Selon cet arrêt, il a été précisé, en application de l'ancien Code civil, que la prestation caractéristique correspond à l'obligation principale non pécuniaire, notamment le lieu d'embarquement convenu dans les contrats intégrant des Incoterms des groupes « F » et « C ». Ces Incoterms indiquent que le contrat est exécuté dans le pays de chargement ou d'expédition des marchandises, adoptant ainsi une conception fondée sur la livraison « juridique » et non sur la livraison effective, ce qui diverge de la jurisprudence uruguayenne évoquée précédemment. V., aussi, CNCom., sala E, Buenos Aires, *I.A.B. Compañía de Seguros S.A por Arnaldo Hector y Otro*, 14 mars 2019. Dans cet arrêt, qui a appliqué l'actuel Code civil et commercial, il a été précisé que, pour déterminer la loi applicable, il faut se référer au lieu d'exécution de l'obligation et l'analyser au regard de sa nature. Plus précisément, la Cour a considéré que la prestation caractéristique d'un contrat international de transport de marchandises est celle assumée par le transporteur, à savoir la livraison des marchandises. La loi applicable est donc déterminée par celle du lieu de livraison des biens. V. *supra* n° 372.

[3320] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 237.

dispose que, à défaut des contrats régis par des critères d'« interprétation » prédéterminés[3321], c'est la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique qui s'applique. En outre, le *Pérou* a également intégré une notion proche de la prestation caractéristique dans son Code civil, faisant référence à la loi de « l'obligation principale » (art. 2095), sans pour autant faire référence au domicile du débiteur de cette prestation[3322]. Ainsi, dans ces trois États au moins, on observe une familiarisation avec la notion de prestation caractéristique, reflet d'une convergence progressive vers ce critère comme outil privilégié pour la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux en absence de choix[3323].

561bis. Résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique ou lieu d'exécution effective ? Toutefois, lors de la détermination de la règle de conflit, faut-il privilégier, à l'exemple du droit argentin (et bien d'autres latino-américains), le lieu effectif d'exécution de la prestation caractéristique, ou bien retenir, à l'instar du modèle européen, la résidence habituelle du débiteur de cette prestation ?

Le professeur suisse Schnitzer faisait référence au « centre de l'activité » de la personne fournissant la prestation caractéristique, concept qui, selon lui, simplifie considérablement la recherche du rattachement. Comme il l'explique, en adoptant cette approche :

> « Il n'est plus nécessaire de déterminer le domicile de la partie qui reçoit la prestation ou quelle est sa nationalité. Inutile de constater en quel lieu — souvent fortuit — le contrat fut conclu et de se soucier de qualifier un lieu de conclusion d'un contrat entre absents. De même, il n'est plus nécessaire de fixer ni de qualifier le ou les lieux de l'exécution du contrat. Finie la coupure du contrat. Inutile enfin de déterminer le lieu d'où vient l'offre, où se passe l'acceptation et où est parvenue cette acceptation. […] Les contrats de droit d'obligations sont gouvernés par la loi du lieu où celui qui se charge de la prestation caractéristique a le centre de son activité. »[3324]

En suivant cette approche et estimant que le lieu d'exécution « est parfois difficile à déterminer, car il peut être multiple ou alternatif, voire indéterminable », Mme Vieira da Costa Cerqueira propose comme critère uniformisateur au sein du Mercosur l'adoption du rattachement fondé sur « le lieu de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique »[3325]. Selon elle, ce critère présente des avantages qui justifieraient pleinement son adoption au sein de cette organisation régionale. En listant ses avantages, Mme Cerqueira mentionne que ce rattachement se distingue par sa « stabilité », évitant

[3321] V. *supr*a n° 369 et s. , pour les discussions à propos du caractère obligatoire de ces règles interprétatives.

[3322] Pour une analyse détaillée de ces normes, v. *supra* n° 367 et s.

[3323] Cela est également la conclusion de Mme F Vieira da Costa Cerqueira. V. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 381.

[3324] A.F. Schnitzer, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *op. cit.,* p. 563.

[3325] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 375.

ainsi les difficultés liées à la détermination du lieu d'exécution contractuel ou autre[3326]. De plus, selon elle, sa « simplicité » facilite la détermination de la loi applicable par les juges, offrant ainsi aux parties une plus grande sécurité juridique pour respecter leurs prévisions. En adoptant une interprétation extensive, elle affirme que, dans l'espace du Mercosur, ce critère aligne les règles de conflit de lois et de juridictions[3327], ce qui facilite la tâche du juge, qui appliquerait sa propre loi. En outre, selon l'auteure, il réduit également les divergences entre les États membres de ce bloc, limitant le *forum shopping*. Enfin, en favorisant la « prévisibilité des solutions », il encourage le développement du commerce international en offrant aux acteurs une certitude quant à la loi applicable, soutenant ainsi l'exportation de biens et de services[3328].

Les arguments avancés par Mme Cerqueira, notamment ceux relatifs à la sécurité et à la prévisibilité, sont bien connus de la doctrine européenne[3329]. Dans cette perspective s'inscrit l'analyse des professeurs Pascal de Vareilles-Sommières et Sarah Laval, qui considèrent que le lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique apparaît « pour des raisons de *commodité* aussi bien que de *sécurité juridique*, comme le lien prépondérant pour déclencher l'emprise législative de l'État sur le territoire duquel elle est située »[3330]. Cela s'explique, selon les auteurs, par le fait que ce lieu « est facilement identifiable par les parties » et que « l'application des règles en vigueur dans ce lieu a, pour le débiteur, le mérite de ne pas faire varier le régime juridique des transactions qu'il conclut selon l'origine de ses clients »[3331]. Selon le professeur

---

[3326] Sur ce point, elle rappelle les difficultés de localisation du « lieu d'exécution de l'obligation que sert de base à la demande » dans le cadre de l'application de l'art. 5. 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. V. *Ibid*, note de bas de page n° 1131.

[3327] Cet argument de Mme Cerqueira nous semble approximatif. En réalité, le Protocole de Buenos Aires sur la compétence internationale en matière contractuelle n'établit pas la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique comme rattachement principal. En effet, il suit la logique des Traités de Montevideo et dispose qu'en absence de choix, le demandeur peut choisir le tribunal du lieu d'exécution du contrat, le tribunal du domicile du défendeur, ou le tribunal de son propre domicile ou siège social, ce dernier à condition qu'il ait accompli son obligation contractuelle (art. 7). Mais l'article suivant (art. 8) précise ce qui doit être considéré comme le lieu d'exécution aux fins de l'art. 7. Ainsi : « 1. […] le lieu d'exécution du contrat sera réputé être l'État partie où l'obligation sur laquelle la créance est fondée a été ou doit être exécutée ; 2. L'exécution de l'obligation invoquée sera : a) pour les contrats qui portent sur des choses certaines et individualisées, le lieu où elles se trouvent lors de leur conclusion ; b) pour les contrats portant sur des choses déterminées en nature, le lieu du domicile du débiteur à l'époque où ils sont passés ; c) pour les contrats portant sur des choses fongibles, le lieu du domicile du débiteur à l'époque où ils sont passés ; d) pour les contrats sur une fourniture de services : 1. s'ils ont trait à des choses, le lieu où celles-ci se trouvaient lors de la conclusion [du contrat] ; 2. si leur efficacité a trait à un endroit déterminé, le lieu où ils doivent produire leurs effets ; 3. en dehors de ces cas, le lieu du domicile du débiteur à l'époque de la conclusion du contrat ». Mercosur, « Protocolo de Buenos Aires sobre juridicción internacional en materia contractual », 5 août 1994 (traduction libre du portugais).

[3328] V. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 384-387.

[3329] Déjà les professeurs Batiffol et Lagarde considérait que la solution en faveur de « la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique devrait apporter aux praticiens plus de certitude ». H. Batiffol, P. Lagarde, *op. cit.*, p. 295 ; En ce même sens, v., p. ex., M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* n° 1279 ; P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, n° 1279 ; et, dans une approche critique, F. Ferrari, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I », *op. cit.*, spéc. p. 122 et s.

[3330] V. P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *op. cit.*, n° 1279 (original sans italiques).

[3331] *Ibidem*.

Paul Lagarde, ce critère répond également « à l'attente légitime des parties »[3332]. Le débiteur de la prestation caractéristique, généralement un professionnel, tire avantage à ce que l'ensemble de ses opérations soient régies par une même loi, la sienne, tandis que le créancier, en s'adressant à un professionnel établi à l'étranger, assume le risque du commerce international et doit s'attendre à ce que ce dernier traite ses affaires d'après sa propre loi[3333].

En outre, l'option du modèle européen, fondée sur la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, peut s'expliquer par « la difficulté, parfois, de se prononcer sur le lieu d'exécution d'une obligation ou parce qu'il se peut que l'exécution d'une obligation soit fractionnée et prenne place en plusieurs pays »[3334]. Par exemple, dans le cadre de la vente internationale de marchandises, la livraison juridique peut différer du lieu effectif de livraison et se situer en divers endroits entre l'établissement du vendeur et celui de l'acheteur, selon des considérations étrangères à la question juridique, telles que l'application des Incoterms ou l'organisation du transport, ainsi que la répartition des frais et des risques[3335]. Cette dernière problématique s'est déjà manifestée dans la jurisprudence des tribunaux uruguayens et argentins, qui ont adopté des approches divergentes : l'Argentine a privilégié le lieu de la livraison juridique conforme au choix de l'Incoterm convenu, tandis que les tribunaux uruguayens ont favorisé la livraison effective des marchandises[3336]. Le rattachement au domicile ou à la résidence habituelle constituerait, à cet égard, un critère plus « simple », plus accessible et aisément identifiable. Cette clarté s'avère d'autant plus garantie lorsqu'une définition précise est fournie, à l'instar de celle proposée par le Règlement Rome I en son article 19, évitant ainsi les divergences d'interprétation relatives à la détermination de cette résidence (p. ex., pour les personnes morales, il s'agirait de est celle du siège statutaire ou réel, où est établi son administration centrale).

Cette approche n'est par ailleurs pas exclusive du système européen. Elle a également été retenue lors de l'élaboration du projet de loi type de l'OHADAC de droit international privé[3337]. Rappelons que l'article 46 reprend le modèle du Règlement Rome I, en

[3332] P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1991, n° 40.

[3333] Ceux sont également les arguments de la doctrine suisse. V. A.F. Schnitzer, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *op. cit.,* p. 560 et s., spéc. p. 580.

[3334] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 926.

[3335] *Ibid*, *op. cit.*, p. 926 et spéc. note de bas de page n° 58.

[3336] V. en Uruguay, l'arrêt n° 59/2010 du 24 mars 2010 du Trib. de Ap. en lo Civil de Segundo Turno, selon lequel l'élément déterminant pour désigner la loi applicable à un contrat international de vente de marchandises est la livraison effective des marchandises sur le territoire uruguayen, au domicile de l'acheteur. À l'inverse, en Argentine, l'arrêt de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, salle D, du 19 novembre 2008 (*Pramac Ibérica c. Sincrolamp*) a considéré que le lieu d'exécution de la prestation caractéristique correspond au lieu de livraison juridique des marchandises. Dans ce cadre, pour les Incoterms des groupes « F » et « C », ce lieu correspondait au lieu d'embarquement convenu.

[3337] Loi type OHADAC de Droit International Privé, texte commenté article par article, avril 2014, en ligne https://www.ohadac.com/textes/5/avant-projet-de-loi-modele-ohadac-relative-au-droit-international-prive.html, n° 327 (accès le 1er février 2026).

élargissant toutefois la liste à d'autres types de contrats, notamment ceux portant sur l'exploitation de droits de propriété industrielle ou intellectuelle. La logique demeure identique : un catalogue de contrats se voit attribuer une loi déterminée *ab initio* (ainsi, p. ex., le contrat de vente de marchandises est soumis à la loi du pays de résidence habituelle du vendeur, tandis que le contrat de prestation de services relève de la loi du pays de résidence habituelle du prestataire de services). Ce catalogue est complété par un rattachement général applicable aux contrats non énumérés, renvoyant à la loi du pays de résidence habituelle de la partie devant fournir la prestation caractéristique. L'ensemble est assorti, comme dans le système européen, d'une clause d'exception et d'un principe subsidiaire fondé sur les liens les plus étroits.

Les justifications du système caribéen d'un tel choix rejoignent celles du modèle européen dont il s'inspire. Les commentaires de l'article 46 en témoignent par leurs références explicites à la Convention de Rome et au Règlement Rome 1. L'objectif poursuivi est double : renforcer la prévisibilité et garantir la sécurité juridique[3338]. En commentant le principe de base pour la détermination de la loi applicable, il est établi que la pertinence des critères de rattachement « dépend du degré de rattachement juridique et économique qu'il présentera par rapport au contrat en particulier », son influence variant selon le type de contrat et sa nature. Ainsi, il a été affirmé que : « 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 »[3339]. L'efficacité économique et la sécurité juridique sont ainsi clairement privilégiées dans le projet, au détriment du critère localisateur et de proximité.

Il est indéniable que, par la nature même et la complexité des relations contractuelles, il peut parfois s'avérer difficile de déterminer le lieu d'exécution de la prestation caractéristique de chaque contrat. Sur ce point, il convient de reconnaître que le lieu de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique offre, en effet, au juge davantage de stabilité et de simplicité pour désigner la loi applicable. Cependant, ce lieu peut se révéler peu significatif dans certaines situations ou même arbitraire. Ce point a constitué l'un des principaux motifs de critique à l'encontre de ce critère.

Selon le professeur nord-américain Juenger, ce rattachement conférerait un privilège de nature « capricieuse » aux entreprises qui exercent de manière régulière une activité de fourniture de biens ou de services à l'échelle internationale, qui sont, en règle générale, mieux équipées que leurs clients occasionnels pour évaluer les risques des opérations internationales et pour s'en prémunir au moyen de clauses de choix de loi, de juridiction

[3338] *Ibid*, n° 319.

[3339] *Ibid*, n° 317.

ou d'arbitrage[3340]. En outre, il a été observé que, si la justification retenue, était celle de la « fonction socio-économique » du contrat[3341], il faudrait encore « expliquer pourquoi le milieu social et économique du débiteur de la prestation caractéristique serait plus important que le milieu similaire du créancier »[3342] ; une telle approche pouvant favoriser systématiquement la partie contractante la plus forte[3343].

L'argument de l'« attente légitime des parties » a aussi été substantiellement critiqué, en particulier par le professeur Antoine Kassis[3344]. Il soulève deux objections principales. Premièrement, il relève que la Convention de Rome visait l'objectivation du rattachement, alors que la recherche d'une attente des parties implique nécessairement une démarche subjective fondée sur une volonté présumée ou hypothétique. Deuxièmement, il conteste la justification selon laquelle le créancier, en contractant avec un professionnel établi à l'étranger, accepterait le risque du commerce international et devrait s'attendre à l'application de la loi de ce professionnel. Selon lui, l'on pourrait se demander pourquoi le débiteur n'assumerait pas le même risque[3345]. L'auteur souligne en outre que ce raisonnement repose sur la prémisse erronée que le débiteur de la prestation caractéristique serait systématiquement un professionnel, hypothèse qui ne se vérifie par dans toutes les situations. De ce fait, selon lui, « il est absolument arbitraire de dire que le contrat remplit une fonction dans la sphère du vendeur et ne remplit pas une fonction, mais se trouve être un accident ou un accessoire dans la sphère de l'acheteur »[3346].

Le professeur Batiffol s'opposait également à la considération du critère du domicile du débiteur comme facteur déterminant pour la désignation de la loi, en particulier lorsque le lieu d'exécution se situe ailleurs. Selon lui, « Si on dégage une obligation essentielle, qu'on s'en tienne au lieu d'exécution de cette obligation, qui, lui, intéresse les deux parties ». Pour le professeur Batiffol, l'idée que le droit des obligations vise d'abord à la

---

[3340] F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *op. cit.*, p. 385 : « Apart from this conceptual difficulty, the characteristic performance test can be faulted from a policy point of view for capriciously conferring a choice-of-law privilege upon enterprises that engage in a consistent course of conduct to supply goods or services internationally ».

[3341] M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, art. 4, para. 3.

[3342] A. V. M. Struycken, « Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement », *op. cit.*, n° 215 (traduction libre de l'anglais).

[3343] *Ibidem*.

[3344] A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 292-298.

[3345] Le professeur Kassis oppose à cet argument une question de réciprocité : si le créancier assume le risque du commerce international, pourquoi le débiteur n'assumerait-il pas le même risque ? Il interroge ainsi la dissymétrie du raisonnement : pourquoi le créancier devrait-il anticiper l'application de la loi du débiteur, tandis que ce dernier ne devrait pas envisager l'application d'une autre loi ? « L'attente légitime des parties n'est pas autre chose que la volonté présumée, c'est-à-dire l'incursion dans une volonté cachée » — conclut-il. *Ibid*, p. 298.

Le professeur Alfonsín conteste également le choix de la loi du débiteur avec un argument similaire. Selon lui, si l'objectif est de faciliter les opérations de l'exportateur par l'application d'une loi unique, cette loi pourrait être n'importe quelle loi, et non nécessairement celle du débiteur, pourvu qu'elle présente ce caractère d'unicité. V. Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, spéc. n° 45.

[3346] *Ibid*, p. 296-297, n° 264.

protection du débiteur est « éminemment discutable » ; il viserait « d'abord la satisfaction du créancier, sous réserve accessoirement de ne pas trop sacrifier le débiteur »[3347].

De plus, il arrive fréquemment que la résidence habituelle ou le domicile des parties, loin de refléter une véritable proximité avec la relation contractuelle, soit un critère *artificiel*, souvent détaché de la substance économique de l'opération. Cela peut arriver lorsque les personnes physiques possèdent plusieurs résidences habituelles, ou bien lorsqu'elles exercent leurs activités de manière virtuelle, détachée de toute localisation géographique précise. En outre, tel peut être le cas lorsque des sociétés choisissent d'élire domicile dans des États offrant une fiscalité avantageuse ou un régime juridique plus attractif, sans que ce rattachement entretienne un lien substantiel avec la formation ou l'exécution du contrat. Recourir à ce critère reviendrait à encourager des stratégies de localisation purement formelles, au détriment des objectifs de cohérence et de proximité recherchés par le droit international privé. C'est justement par ces raisons et, afin d'éviter les effets problématiques de ce rattachement, le Règlement Rome I propose une définition uniformisée de la résidence habituelle des sociétés, précisant qu'il s'agit « du lieu où elle a établi son administration centrale », et pour les personnes physiques, « le lieu où cette personne a son établissement principal » (art. 19.1). Toutefois, même si une telle définition apporte plus de sécurité, elle ne résout pas totalement le risque des manœuvres arbitraires des parties, ou encore le problème des activités réalisées essentiellement dans un environnement virtuel.

En effet, l'examen des véritables raisons ayant conduit à l'adoption du critère du domicile dans le Règlement Rome I révèle que ce choix ne repose pas sur une démonstration de la manière dont ce domicile constituerait le lieu remplissant la « fonction socio-économique » du contrat, ou représentant son « centre de gravité ». Il s'agirait plutôt, comme l'affirme le professeur Kassis, d'un « postulat »[3348]. L'argument fondé sur la fonction socio-économique du contrat ou sur le centre de gravité, ne serait pertinent, comme l'ont observé les professeurs Pierre Mayer, Vincent Heuzé et Benjamin Remy, que si l'on avait retenu le lieu d'exécution de la prestation caractéristique[3349]. Selon ces auteurs, le choix opéré par le législateur européen répond davantage à une « considération pratique », en favorisant la « standardisation » de la gestion des opérations des professionnels qu'à une véritable prise

---

[3347] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 113, note de bas de page n° 4. .

[3348] A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 298-299. Selon le rapport Giuliano-Lagarde : « Quant à la localisation dans l'espace de la prestation caractéristique du contrat, *il est tout à fait naturel* que le pays où la partie qui doit fournir cette prestation a sa résidence habituelle, son administration centrale (s'il s'agit d'une société, association ou personne morale) ou son établissement — suivant qu'il s'agit d'une prestation fournie dans l'exercice ou en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle — l'emporte sur le pays de l'exécution, bien entendu, au cas où ce dernier est un pays autre que celui de la résidence habituelle ou de l'administration centrale ou de l'établissement ». M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, art. 4, para. 3 (original sans italiques).

[3349] P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *op. cit.*, n° 776. Selon les auteurs : « […] dans la plupart des cas, le fournisseur de la prestation caractéristique est un professionnel dont le métier est de réaliser, en grand nombre, l'opération considérée. Et le plus souvent, c'est lui qui rédige le contrat. L'application de la loi du pays où il est établi facilite donc la gestion des opérations, en favorisant leur standardisation : quels que soient le lieu d'exécution, la nationalité ou le domicile de l'autre partie, il peut toujours se fier à la même loi, et donc traiter l'ensemble de ses affaires sur la base d'un document unique ».

en compte des intérêts des parties contractantes[3350]. De ce fait, « la solution peut se voir reprocher de sacrifier les intérêts du contractant, sur qui est reporté le coût de l'information relative à la teneur de la loi applicable, et de produire un effet anticoncurrentiel : elle favorise les professionnels établis dans les pays dont la législation est la plus libérale, au détriment de ceux qui sont chargés de lourdes obligations par leur loi nationale »[3351]. Comme l'a noté la professeure Catherine Kessedjian, ce choix traduit une orientation *politique* en faveur de la partie fournissant la prestation caractéristique, n'étant pas « dictée par la proximité géographique (ou s'il l'est, c'est une pure fiction) »[3352].

Ce choix a été confirmé par le professeur Lagarde lui-même. Il rappelle que lors de l'élaboration de l'avant-projet de la Convention de Rome, la question de la localisation de la prestation caractéristique a fait l'objet de débats : M. Batiffol avait alors proposé de rattacher la prestation caractéristique au pays de son exécution, solution qui présentait l'avantage d'être « à première vue, plus simple, plus réaliste »[3353]. La commission a néanmoins écarté ce critère du lieu d'exécution, principalement « pour des raisons de commodité pratique » et « essentiellement, parce qu'il est apparu qu'il était quelquefois difficile de localiser le lieu d'exécution de la prestation caractéristique »[3354].

La professeure Marie-Élodie Ancel s'est aussi interrogée sur les fondements de la règle de la prestation caractéristique adoptée par la Convention de Rome, questionnant si celle-ci ne transposait pas « sur le contrat, la vision classique de l'obligation, qui insiste davantage sur le sort du débiteur que sur celui du créancier »[3355]. L'auteure affirme que le choix de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique dans la Convention ne repose pas uniquement sur la prévisibilité, mais traduit une politique législative délibérée visant à « faciliter les exportations ou les prestations de services "actives" », c'est-à-dire « les opérateurs économiques qui s'aventurent en dehors de leurs frontières pour y développer leur activité sont récompensés de l'initiative prise, sinon incités à l'engager »[3356]. Cette orientation favorise ainsi « l'offre » ou « l'exportateur », plutôt que la « demande » de contrats internationaux. La professeure Ancel souligne encore qu'une solution alternative fondée sur le lieu d'exécution aurait pu être considérée et pourrait produire l'effet inverse, en stimulant la demande. Ce choix de la « loi d'origine » vise, selon elle, dans le contexte européen, à favoriser principalement le marché

[3350] *Ibidem.*

[3351] *Ibidem.*

[3352] Cf. C. Kessedjian, « Le principe de proximité vingt ans après », *op. cit.*, p. 514. Selon l'auteur, ce choix serait guidé « plutôt sur l'idée que l'opérateur économique agit en connaissance des règles applicables au lieu où il exerce — celles relatives à la qualité, à la sécurité, à la production, à la concurrence ou à la fixation des prix —, et qu'il serait inéquitable de l'obliger à s'informer des normes du pays de chacun de ses clients ».

[3353] P. Lagarde, « Examen de l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligation contractuelles et non contractuelles », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 32-34e année, 1971-1973, 1974, p. 147-201, p. 155-156.

[3354] *Ibidem.*

[3355] M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 215.

[3356] *Ibid*, n° 432.

intracommunautaire plutôt que le commerce international au sens large ; et cela « en protégeant [...] la partie au contrat qui, économiquement, est la plus dynamique et la plus mobile »[3357]. Enfin, comme elle l'avait souligné, le rattachement au lieu d'exécution et la protection du commerce international « ne sont pas radicalement antinomiques » ; en effet, « en assurant au cocontractant qui, le plus souvent, réside dans le pays du lieu d'exécution l'application de la loi qu'il connaît, la règle aurait pour effet d'inciter à la conclusion de contrats avec des étrangers, à stimuler la « "demande" de contrats internationaux plutôt que son "offre" »[3358]. L'argument de la professeure Ancel est intéressant. Il se fonde de fait sur une logique économique selon laquelle, sans demande, l'offre demeure sans objet, sans débouchés. L'offre et la demande constituent donc les deux faces indissociables de toute relation contractuelle internationale. Les deux seraient ainsi interdépendantes.

Le professeur Vincent Heuzé s'est également montré critique à l'égard de ce rattachement[3359]. Il propose une approche nuancée fondée sur l'analyse des croyances des parties et la sécurité de leurs transactions. Il distingue deux catégories de contrats : les contrats d'adhésion, où la loi applicable devrait être celle du lieu d'exercice habituel de l'activité du stipulant, puisque celui-ci conçoit son modèle contractuel en regard de cette législation, tandis que l'adhérent n'a généralement aucune représentation quant au droit applicable[3360] ; et les contrats d'un « marché négocié », où les volontés se rencontrent sur un pied d'égalité, auquel cas il convient d'appliquer la loi de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique au jour de la convention, sauf lorsque le créancier établit « qu'il n'aura pas pris l'initiative du contrat »[3361]. Selon le professeur Heuzé, dans une logique similaire à celle adoptée par le droit européen pour les contrats de consommation, si l'initiative du contrat n'a pas été prise par le débiteur de la prestation caractéristique, « ce sont donc les attentes du créancier fondées sur les prescriptions du droit auquel il se fie habituellement, qui doivent être préférées »[3362], à charge de ce dernier d'en rapporter la preuve.

[3357] *Ibidem*.

[3358] M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 432.

[3359] V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, *op. cit.*, n° 498 et s.

[3360] *Ibid*, spéc. n° 521. Comme le professeur Lagarde, le professeur Heuzé part du principe que « dans l'immense majorité des cas en effet, l'adhérent n'est pas un professionnel de la même spécialité que le stipulant, et que, à la différence de ce dernier, pour qui le contrat n'est que l'instrument de l'exercice de ses activités, et qui peut légitimement se croire tenu au respect de la loi qui régit ordinairement celles-ci, il ne peut se croire obligé, sous peine d'éventuelles sanctions pénales, de connaître les prescriptions d'un droit donné relativement à ce contrat, et de s'y conformer ».

[3361] *Ibid*, spéc. n° 541. Le professeur Heuzé précise que l'on doit considérer que le professionnel est toujours à l'origine des conventions conclues avec les personnes résidant : « au lieu de son établissement (ou, s'il en a plusieurs, de celui qui reçoit la commande, c'est-à-dire l'acceptation) ; sur le territoire des États où il accomplit des actes révélant sa volonté d'y créer, exploiter ou développer une clientèle, notamment par le biais de la publicité ». Dans tous les autres cas, selon lui, « le professionnel — et, plus généralement, le débiteur de la prestation caractéristique — ne nous paraît pouvoir être considéré comme l'initiateur du contrat que s'il est établi que celui-ci a été conclu en réponse à une sollicitation personnellement adressée à l'autre partie : envoi d'un catalogue de vente par correspondance, démarchage à domicile, remise d'un bon de commande à l'occasion d'une foire internationale, etc... » (*Ibid*, n° 544)

[3362] *Ibid*, n° 540 et s.

En Amérique latine, le rattachement du lieu de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique avait déjà été proposé lors des débats entourant l'adoption de la Convention de Mexico, mais il avait été par la suite rejeté. À cette occasion, la délégation mexicaine avait contesté ce critère, argumentant qu'il avantagerait les exportateurs des pays développés[3363]. En revanche, une telle solution avait été jugée concevable en 1889, lors de l'approbation des Traités de Montevideo, et même plus récemment, en 2020 avec l'adoption de la loi nouvelle loi uruguayenne de droit international privé, qui reprend les mêmes règles. Ces instruments ont en effet adopté des présomptions pour déterminer le lieu d'exécution de certains types contractuels, privilégiant, dans la moitié des cas listés, le domicile du débiteur. Tout en reconnaissant que le rattachement choisi peut ne pas correspondre à la *lex loci solucionis*, le professeur Alfonsín a justifié cette approche en soulignant que « […] les inconvénients sont de faible importance si on les compare à l'utilité satisfaisante du Traité, qui, pendant soixante ans, a rempli sans heurts sa fonction normative »[3364].

562. Bilan. Prévoir des normes générales régissant l'ensemble des contrats constitue une entreprise difficile, les intérêts des parties et les objectifs poursuivis par les États au moyen de leurs réglementations matérielles variant considérablement selon les types de contrats et les intérêts étatiques en jeu[3365]. Il serait donc imprudent de négliger la spécificité des diverses catégories contractuelles au profit de solutions d'une généralité absolue. En même temps, il demeure impossible d'élaborer des normes spéciales et de codifier une réglementation propre à chaque type de contrat existant ou susceptible d'exister. C'est précisément pour cette raison qu'un rattachement général s'avère nécessaire, bien que, quel que soit le critère retenu, celui-ci ne sera jamais à l'abri de la critique.

Conscients de cette réalité, et dans la perspective de l'harmonisation de la loi applicable aux contrats en Amérique latine, nous manifestons une préférence pour l'adoption du rattachement du *lieu de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique* du contrat, comme critère subsidiaire et général en l'absence de choix des parties.

Plusieurs raisons justifient cette préférence. Tout d'abord, selon nous, le *lieu d'exécution* devrait être favorisé par rapport à celui de conclusion ou à la loi commune des parties. Le lieu d'exécution est en effet celui qui représente la « fonction socio-économique du

---

[3363] Mme Cerqueira, lors de sa proposition, réfute cet argument, en soulignant que la neutralité des règles de conflit peut atténuer de tels déséquilibres et que les lois de police et les exceptions d'ordre public peuvent toujours intervenir en cas de contenu inacceptable dans la loi de l'exportateur étranger. V. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 387.

[3364] Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, p. 106 (traduction libre de l'espagnol).

[3365] Selon le professeur Boggiano, « pour appréhender des hypothèses de contrats internationaux très divers, dont les solutions ne peuvent être déterminées au moyen de critères de localisation rigides, génériques et indistincts ». A. Boggiano, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, op. cit., chap. XXX, E.1. Dans le même sens, v. V. M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 233-234, pour qui, en plus d'être « longue » et « difficile de mettre en œuvre », la méthode de spécialisation, d'un « catalogue de rattachements » est « nécessairement insuffisantes » pour ceux qui admettent des nouvelles catégories contractuelles, en plus d'aboutir souvent à donner compétence au siège du prestataire caractéristique ; et Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, spéc. n° 67 et 72.

contrat » et qui constitue son « centre de gravité ». Le lieu d'exécution constitue ainsi, comme l'avait affirmé le professeur Batiffol, le lieu où les « effets » des contrats s'accomplissent ou se *matérialisent*, par sa nature même[3366]. Il correspond ainsi à l'idée de l'économie de l'opération contractuelle, qui n'est pas artificiellement choisie, mais authentique, et évite qu'une loi sans aucun rapport pertinent avec la nature du contrat s'applique. Mais, pour remédier au problème de l'insécurité qu'un contrat ayant une pluralité de lieux d'exécution peut engendrer, il serait préférable de recourir au critère classique de la *prestation caractéristique*, recherchant la « prestation réelle », « celle qui est apte à donner leur mesure et leur sens aux autres prestations impliquées par le type de contrat considéré »[3367].

Il reste cependant à déterminer si ce lieu doit être fixé *ab initio*, à l'instar du Règlement Rome I et des Traités de Montevideo, dans un souci de facilité et de prévisibilité, ou s'il convient de le laisser à l'appréciation du juge à chaque cas concret, comme le font la plupart des législations latino-américaines. Le rattachement au lieu d'exécution effective décidé au cas par cas répond certes mieux aux exigences de proximité et de localisation propres à la règle de conflit de lois. Toutefois, cette approche soulève d'importantes difficultés pratiques, qui peuvent nier la prévisibilité, également un objectif du droit international privé, notamment lorsqu'il est difficile de le déterminer en avance ou lorsqu'il peut être indéterminable. La jurisprudence latino-américaine en témoigne : la détermination de ce lieu s'avère délicate pour de nombreuses catégories de contrats, y compris celui classique de la vente de marchandises. De ce fait, à notre avis, dans une perspective d'harmonisation qui exige des solutions prévisibles et uniformes, il conviendrait de privilégier un rattachement déterminé *a priori*, connu au moment de la conclusion du contrat et insusceptible de modification ultérieure.

Dans cette perspective, il conviendrait d'établir un catalogue de contrats proposant des solutions analytiques et soumettant chaque type contractuel à un régime commun et uniforme d'application automatique. Les solutions envisageables sont multiples et tant la doctrine que les efforts de codification ont longuement étudié les règles adéquates sans parvenir à un véritable consensus sur la meilleure solution pour déterminer la loi applicable à chaque type de contrat, ni même sur les contrats devant figurer dans ce catalogue. Les solutions retenues sont souvent asymétriques et sont parfois fondées sur des considérations d'opportunité, ou même de véritables politiques judiciaires[3368].

Bien que le lieu d'exécution effective de la prestation caractéristique présente l'avantage de la neutralité et d'une localisation objective du rapport de droit, cette approche peut s'avérer inadaptée ou compromettre la prévisibilité et la sécurité, indispensables pour les besoins du commerce international et d'une solution harmonisée. Dans ce contexte, il nous

[3366] H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 83 et 86.

[3367] M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 271.

[3368] Sur ce sujet, il convient de voir l'étude approfondi et de droit comparé fait par le professeur Alfonsín : Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, *op. cit.*, spéc. p. 87 et s.

paraît convenable d'admettre un tempérament à la stricte application de la *lex loci solutionis*, et, de privilégier, à l'instar du Règlement Rome I et des législations contemporaines, le rattachement de la *résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique*.

S'agissant par exemple, du contrat de vente international de marchandises, la pratique tend à utiliser une méthode de fiction consistant à localiser fictivement l'exécution au pays d'expédition. Il est ainsi très largement admis que la loi applicable à ce type de contrat est celle du domicile du débiteur de la prestation caractéristique, au détriment du lieu de livraison des marchandises ou du domicile du créancier. Cette fiction juridique offre des avantages significatifs, en termes de prévisibilité et de simplicité, comme déjà souligné. Elle désigne un facteur de rattachement géographique stable (dès qu'il est déterminé par avance) et plus facilement identifiable, ce qui permet au vendeur exerçant ses activités dans plusieurs pays d'organiser plus efficacement ses relations commerciales internationales. Tel est le choix retenu par le Règlement Rome I, les Traités de Montevideo, le projet de loi type de l'OHADAC, et la nouvelle loi uruguayenne (pour les contrats portant sur des choses fongibles et déterminées en nature), et d'autres lois nationales, comme la loi suisse[3369], la loi tunisienne[3370], la loi chinoise[3371], pour ne citer que quelques exemples. En outre, cette approche semble également être celle privilégiée par la jurisprudence, tant uruguayenne qu'argentine[3372]. Il nous paraît donc justifié, dans certaines circonstances, telles qu'un contrat de vente de marchandises, et notamment par souci de sécurité juridique, de privilégier la résidence habituelle du prestataire caractéristique, celui qui est la partie « active » de la relation commerciale. Dans cette perspective d'harmonisation, nous partageons l'avis selon lequel ce critère constitue un instrument de facilitation et de prévisibilité, favorisant ainsi l'organisation des activités du commerce international.

[3369] « Art. 117 – 1. À défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits. / 2. Ces liens sont réputés exister avec l'État dans lequel *la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement. / 3. Par prestation caractéristique, on entend notamment: a. la prestation de l'aliénateur, dans les contrats d'aliénation; b. la prestation de la partie qui confère l'usage, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit; c. la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service; d. la prestation du dépositaire, dans le contrat de dépôt; e. la prestation du garant ou de la caution, dans les contrats de garantie ou de cautionnement. » Cf. Suisse, Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), état le 1er janvier 2026, en lige https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/fr (accès le 3 février 2026).

[3370] « Art. 62 – Le contrat est régi par le droit désigné par les parties. A défaut par celles-ci de désigner la loi applicable, le contrat est régi par la loi de l'État *du domicile de la partie dont l'obligation est déterminante pour la qualification du contrat*, ou celle du lieu de son établissement, lorsque le contrat est conclu dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale. ». Cf. Tunisie, Loi n° 98-97 du 27 novembre 1998, portant promulgation du Code de droit international privé (JORT n° 96 du 1er décembre 1998), en ligne https://justice.gov.tn/ (consulté le 3 février 2026).

[3371] « Art. 41 – The parties may by agreement choose the law applicable to their contract. Absent any choice by the parties, the law of the habitual residence of a party whose performance of obligation is most characteristic of the contract or the law that most closely connected with the contract shall be applied ». Cf. Law of The People's Republic of China on The Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations, adopted at the 17th session of the Standing Committee of the 11th National People's Congress, 28 octrobre 2010, en ligne https://english.court.gov.cn/2022-07/19/c_790717.htm (consulté le 3 février 2026).

[3372] Pour les solutions jurisprudentielles, v. *supra* n° 369 et n° 372.

D'autre part, la proposition de différencier la loi applicable selon l'initiative des contractants, bien qu'elle puisse théoriquement mieux appréhender l'attente des parties, soulève des difficultés pratiques considérables[3373]. L'identification de la partie ayant pris l'initiative contractuelle s'avère souvent malaisée dans le cadre des négociations contemporaines complexes et en particulier du commerce électronique, ce qui compromet la prévisibilité et la sécurité juridique qu'un rattachement contractuel harmonisé devrait précisément garantir. Le contentieux européen relatif aux contrats de consommation et la détermination de la loi applicable aux contrats conclus à distance par le rattachement au lieu de résidence du pollicitant dans certains pays latino-américains a d'ailleurs révélé les écueils pratiques d'une telle approche.

Toutefois, dans certaines hypothèses — notamment en matière de contrats de prestation de services — l'adoption du rattachement au lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique soulève des interrogations qui exigent un examen attentif. Si cette méthode se révèle généralement appropriée pour des raisons analogues à celles qui prévalent en matière de vente, quelques configurations particulières demeurent néanmoins problématiques. C'est précisément pour cette raison que les Traités de Montevideo ont établi une distinction entre deux catégories de contrats : d'une part, ceux qui « ont trait à des choses » ou « à un lieu déterminé » et, d'autre part, les autres contrats qui ne rentrent pas dans ces deux catégories. Seuls ces derniers sont soumis à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique ; le premier est soumis au lieu où le bien se trouvait lors de la conclusion du contrat, et le deuxième, à la loi du lieu où ils doivent produire effet.

Pour illustrer ce propos, prenons l'exemple des contrats de construction. Si l'on adopte le critère de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique (à l'exemple du Règlement Rome I, art. 1, b), la loi applicable serait celle du pays de résidence habituelle du constructeur (prestataire de services). Néanmoins, il convient de s'interroger sur la pertinence de ce rattachement lorsque le lieu d'exécution peut en effet présenter des liens plus significatifs avec le contrat, reflétant davantage sa fonction socio-économique et son centre de gravité. En effet, si l'on retient le critère du lieu d'exécution de la prestation caractéristique, c'est la loi du lieu où s'effectue la construction qui devrait s'appliquer, et non celle de la résidence habituelle du constructeur. Telle est la solution adoptée dans le système de Montevideo — la loi du lieu où ils doivent produire effet trouvant application en ce cas (puisqu'il a « trait à un lieu déterminé »). Dans cette hypothèse, les objectifs de

[3373] Cette approche a été proposée par le professeur Vincent Heuzé (V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, *op. cit.,* n° 498 et s. ; v. *supra* n° 561). Toutefois, malgré les précisions apportées par l'auteur concernant l'identification de l'initiative contractuelle prise par l'une des parties, cette identification demeure, à notre avis, toujours difficile en pratique. En effet, le processus de formation contractuelle est rarement linéaire : entre les premiers contacts, les négociations préliminaires, l'émission d'une offre formelle et son acceptation, il devient souvent malaisé d'identifier avec certitude quel cocontractant a véritablement pris l'initiative de la conclusion du contrat. Cette difficulté rappelle les critiques formulées à l'encontre du critère du lieu d'émission de l'offre pour les contrats conclus à distance, critère qui fut progressivement abandonné en raison de son caractère artificiel et de son inadéquation aux réalités commerciales modernes. Tout comme il était devenu impossible de localiser avec précision le lieu d'émission d'une offre dans un contexte de communications électroniques instantanées et de négociations multilatérales, la recherche de l'initiative contractuelle risque, à notre avis, de conduire à des solutions arbitraires. Par ailleurs, cette approche suppose une enquête factuelle approfondie sur les circonstances de la formation du contrat.

proximité et de fonction socio-économique du contrat nous semblent mieux réalisés par l'application de la loi du lieu d'exécution de l'obligation de construire, sans que la prévisibilité ou la protection du commerce international soit compromise[3374].

Quoi qu'il en soit, et indépendamment des rattachements fixes et établis *ab initio* pour chaque type contractuel, il nous semble préférable d'éviter le recours aux présomptions ou aux interprétations, comme celles retenues par la Convention de Rome, les Traités de Montevideo et la nouvelle loi uruguayenne. Ainsi, pour éviter les controverses sur la nature juridique de ces indications — simples présomptions ou règles contraignantes —, il serait préférable d'adopter de véritables *règles de rattachement* spécifiques pour différents types de contrat, à l'exemple du Règlement Rome I, en précisant directement la loi applicable à chaque catégorie contractuelle, comme par exemple, les contrats de vente, de prestation de services, contrats portant sur un immeuble ou un droit immobilier, contrat de transport de marchandises, entre autres.

Enfin, il convient de noter que, même si le lieu effectif d'exécution est celui le plus lié à la nature et à la fonction socio-économique du contrat, il nous paraît que la solution la plus répandue du domicile du prestataire caractéristique ne soit pas problématique lorsqu'elle est assortie de mécanismes « correcteurs ». Ainsi, il serait judicieux de prévoir une *clause d'exception* et un *principe subsidiaire*, comme nous l'avons soutenu, permettant au tribunal d'appliquer une législation différente dans certaines situations, soit lorsque les liens du contrat sont manifestement plus étroits avec un autre pays, soit lorsque la loi applicable ne peut être déterminée selon les règles objectives, afin de corriger certains résultats inappropriés de la règle abstraite et générale de désignation. Ce mécanisme peut être utilisé, par exemple, afin d'éviter les domiciles de complaisance et artificiels, fréquents dans le contexte de la mondialisation et du commerce électronique, où les services peuvent se dérouler totalement en ligne. La clause échappatoire permettrait ainsi de rétablir un équilibre objectif. Toutefois, le déclenchement de ces exceptions doit cependant être encadré, et guidé, faute pour celles-ci de faire « dégénérer la règle en une simple directive »[3375].

[3374] Cet exemple, développé par le professeur Franco Ferrari dans le cadre d'une analyse comparative entre le système de la Convention de Rome et celui du Règlement Rome I, a été adapté aux besoins de la présente étude. V. F. Ferrari, « Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties art. 4 du règlement Rome I », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 459. En arrivant à une conclusion similaire v, Y. El Issa, *Les contrats internationaux de construction, Responsabilités et droit applicable*, thèse en droit, Université Paris-Saclay, 2022, n° 166, pour qui : « En l'absence de choix de loi des parties, le fait de privilégier la loi du lieu d'exécution du contrat de construction permet de retenir un critère plus facilement identifiable. C'est vers son exécution qu'un contrat est avant tout dirigé. Le lieu d'exécution permettrait surtout de mettre toutes les entreprises sur un même pied d'égalité. Retenir la loi du lieu d'exécution de la construction assurerait une concurrence égale en cas de pluralité de constructeurs, ces derniers seraient soumis à la même loi et ne pourraient pas se prévaloir d'avantages relatifs à la réglementation sociale ou fiscale de leurs pays d'origine. […] En retenant le critère de la résidence du prestataire de services, le Règlement Rome I crée de futures distorsions de concurrence […] ».

[3375] L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 160.

En outre, il nous paraît que le critère de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, combiné avec l'application des lois de police du for et de celles étrangères du lieu d'exécution effective du contrat (auxquelles s'ajouteraient des règles spéciales pour certains contrats conclus avec des parties faibles), assurerait le cadre de prévisibilité nécessaire au commerce international, tout en garantissant la protection des intérêts en présence.

À cela s'ajoute une précision concernant le domaine de la loi applicable. Le Règlement Rome I, qui adopte le critère de la résidence habituelle du prestataire caractéristique comme *lex contractus* à défaut de choix, exclut néanmoins de son champ d'application les « modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution ». Ces dernières, selon l'article 12.2 du Règlement, sont soumises à la loi du pays où l'exécution a lieu. Comme l'indique le rapport explicatif de la Convention de Rome, cette restriction est souvent évoquée dans le droit national de plusieurs pays ainsi que dans quelques conventions internationales. Elle révèle une préoccupation fondée particulièrement lorsque l'exécution de l'obligation contractuelle a lieu dans un pays autre que celui dont la loi est applicable. Le rapport explicatif de la Convention précise à cet égard que le juge peut examiner si la loi du lieu d'exécution doit gouverner la manière dont le contrat doit être réalisé, et qu'il peut l'appliquer, « en tout ou en partie, afin de rendre justice aux parties »[3376]. Dans cette logique, lorsque le critère du domicile du débiteur de la prestation caractéristique est retenu pour déterminer la loi applicable, et que celui-ci est différent de la loi du lieu d'exécution, cette restriction nous paraît justifiée. Elle permettrait ainsi au juge d'adapter la solution aux situations dans lesquelles la loi du lieu d'exécution s'impose pour des raisons d'ordre pratique ou de logique, assurant un rééquilibrage entre les objectifs de sécurité juridique et de localisation objective du contrat.

Une formulation qui tiendrait compte de l'ensemble de ces dispositions, et qui s'inspirerait du Règlement Rome I et d'autres législations modernes, pourrait être la suivante :

> « Article […] — Loi applicable aux contrats en l'absence de choix
>
> 1. À défaut de choix de la loi applicable, et sans préjudice de règles spéciales prévues aux articles […], la loi applicable aux contrats suivants est déterminée comme suit :
>
> a) le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat ;
> b) le contrat de prestation de services en général est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat ;

[3376] M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, art. 10, para. 2.

c) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier, un bail d'immeuble, ou un contrat de prestation de services ayant trait à un immeuble, est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ;
d) [*liste à parfaire*]

2. Lorsque la loi applicable ne peut pas être déterminée conformément au paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes précédents, lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un État autre que celui désigné par application du paragraphe 1, la loi de cet autre État s'applique.

4. Lorsque 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.

5. En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution, on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu.

6. Les dispositions du présent article ne doivent pas affecter l'application éventuelle des lois de police du lieu d'exécution effective du contrat lorsque son application est nécessaire d'après l'objectif poursuivi. »

Dans une telle hypothèse, il conviendrait d'accompagner la règle de conflit d'une définition précise de la résidence habituelle, garantissant ainsi une meilleure prévisibilité. Le Règlement Rome I offre à cet égard un modèle pertinent : pour les personnes morales, la résidence habituelle correspond au lieu de l'administration centrale ; pour les personnes physiques, à celui de l'établissement principal (art. 19.1). Le texte prévoit en outre que, lorsque le contrat est conclu ou exécuté par l'intermédiaire d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement assimilé, c'est le lieu de situation de cette entité qui doit être considéré comme résidence habituelle (art. 19.2). Il est ainsi considéré que dans un tel cas, le contrat présente plus de liens avec le pays de cet établissement. En outre, le moment déterminant pour l'appréciation de la résidence habituelle est celui de la conclusion du contrat (art. 19.3).

Une telle approche renforcerait la prévisibilité et la sécurité juridiques, tout en contribuant à réduire les disparités normatives entre les États de la région. Pour les raisons précédemment exposées, ces solutions nous paraissent plus appropriées que le critère excessivement flexible préconisé par le Guide de l'OEA lors de la recherche d'un cadre harmonisé latino-américain.

*
* *

563. Comme l'avait relevé le professeur Alejandro Garro, « il arrive souvent que l'on adopte une législation pour son mérite "intrinsèquement scientifique", sans prendre en compte la faisabilité de son application pratique ou les coûts et bénéfices de son exécution »[3377]. Et, par ailleurs, il arrive aussi que « soient interprétées comme du droit en vigueur des positions doctrinales énoncées dans un traité, alors qu'elles vont à l'encontre de ce que les autorités d'application et les tribunaux décident quotidiennement »[3378]. Bien qu'elle connaisse certaines exceptions, il nous semble que cette observation du professeur Garro conserve toute sa pertinence pour une appréciation globale d'une culture juridique demeurant, à bien des égards, largement dominante dans la région latino-américaine de nos jours.

En définitive, si aucune des approches existantes en matière de conflit de lois ne permet de résoudre de manière pleinement satisfaisante la question de la loi applicable en l'absence de choix des parties, le recours à un critère objectif fondé sur le lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat, complété par une liste déterminant cet endroit *ab initio* et privilégiant la résidence habituelle du débiteur de cette prestation, constitue la solution la plus appropriée pour concilier les exigences de proximité et de sécurité juridique. Cette approche converge d'ailleurs avec les solutions actuelles des systèmes juridiques latino-américains, dont la majorité retient le critère du lieu d'exécution. À cet égard, l'adoption de la solution flexible préconisée par le Guide de l'OEA nous paraît particulièrement problématique. Une telle orientation risquerait non seulement de compromettre la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions, mais également d'accentuer les disparités déjà manifestes entre les différents systèmes de la région.

Conclusions du Chapitre

564. La clarté quant à la loi applicable en l'absence de choix peut aider à prévenir les litiges et, si ces litiges se nouent, à assurer la sécurité juridique et la prévisibilité pour les parties. Comme cela a été démontré dans la première partie de cette thèse, les normes latino-américaines en vigueur, qu'elles soient de source conventionnelle ou nationale, et tant sur la forme que sur le fond, ne sont pas harmonisées ni convergentes.

Pour ce qui est de la *forme*, les solutions des Principes de La Haye sont bienvenues. Les critères de rattachement pour la validité formelle des contrats ne sont pas uniformes du point de vue régional et n'appuient pas efficacement la validité des accords. Une gamme plus étendue de lois alternativement applicables permettrait aux juges de mieux déterminer cette validité. Il conviendrait donc, comme nous l'avons soutenu, d'adopter une règle

[3377] A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 39 (traduction libre de l'espagnol).

[3378] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

reconnaissant à la loi désignée par les parties le pouvoir de gouverner la validité du contrat ainsi que les effets découlant de son éventuelle nullité, tout en prévoyant que cette disposition ne fait pas obstacle à l'intervention d'autres ordres juridiques susceptibles de garantir la validité formelle de l'acte, sans pour autant enfermer cette possibilité dans un cadre rigide et limitatif de lois. Une telle approche renforcerait la sécurité juridique des relations commerciales dans la région en favorisant la validité des contrats et le respect des volontés des parties concernées.

En outre, afin de garantir l'effectivité des règles impératives étrangères et favoriser la sécurité juridique, l'adoption d'une règle analogue à la recommandation 16.2 du Guide, en matière de publicité et notamment quant à la forme des contrats portant sur des droits réels, apparaîtrait opportune. Une telle disposition imposerait le respect des lois de police de l'État de situation de l'immeuble, dès lors que celles-ci s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi régissant son fond.

En ce qui concerne la détermination de la loi applicable au *fond* des contrats, il apparaît, pour les motifs précédemment exposés, que les approches flexibles — notamment celle préconisée par le Guide de l'OEA, qui propose de retenir comme principe le critère des liens les plus étroits en laissant au juge une large marge d'appréciation — rencontrent des obstacles pratiques significatifs et apparaissent difficilement transposables dans les ordres juridiques latino-américains. Cela est particulièrement vrai pour ceux qui privilégient des rattachements unilatéraux ou rigides, ce qui représente la majorité des pays latino-américains. En outre, ainsi qu'il a été indiqué, ce principe peut compromettre la sécurité juridique et la prévisibilité, éléments essentiels au bon fonctionnement des relations contractuelles, et constitue, de ce fait, un frein à l'harmonisation juridique souhaitée. Ainsi, une solution prometteuse réside dans l'introduction de critères de rattachement objectifs et prédéterminés *ab initio*, et flexibilisés par une clause d'exception et un principe subsidiaire mobilisant le critère des liens les plus étroits. Celle-ci conférerait au juge une marge d'ajustement limité, mais nécessaire, lorsque l'application de la règle de rattachement ne permet pas, à elle seule, d'apporter une solution adéquate.

Cette approche s'avère pertinente pour le contexte actuel des régimes régissant les contrats internationaux en Amérique latine, où les États adoptent des approches diverses et privilégient des critères rigides et prédéterminés, et souvent unilatérales, pour régir le fond des contrats. De plus, étant donné que l'ample flexibilité du principe de proximité était l'une des raisons principales de la non-ratification de la Convention de Mexico, l'adoption d'un critère plus en phase avec la réalité des États latino-américains pourrait faciliter l'harmonisation du droit dans ce domaine. En adoptant une telle perspective, les États pourraient potentiellement ériger un cadre plus cohérent et prévisible pour résoudre les litiges concernant les contrats internationaux dans la région.

CHAPITRE III — VERS L'HARMONISATION DES QUESTIONS COMMUNES À L'HYPOTHÈSE DU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE ET À L'ABSENCE DE CHOIX

565. Des questions liées au régime de la loi applicable se posent, que les parties aient exercé leur liberté en effectuant un choix de loi applicable ou que cette loi soit désignée par les règles de conflit de lois dont le rattachement est objectif. Dans un souci de logique et de clarté, nous avons décidé de consacrer un chapitre distinct, dans la Partie I, à l'analyse de la mise en œuvre de la loi du contrat. Pour maintenir la cohérence du présent travail, cette approche sera également suivie dans le présent chapitre afin d'examiner les solutions offertes par le droit souple en ce qui concerne ces questions générales relatives au régime de la loi applicable aux contrats internationaux et de réfléchir sur leur pertinence pour l'harmonisation en la matière dans la région de l'Amérique latine. Nous analyserons ainsi la définition de l'internationalité du contrat (Section 1), le champ d'application de la loi applicable (Section 2), le renvoi (Section 3), ainsi que les limites et conditions à l'application de la loi étrangère (Section 4). Suivant la logique adoptée dans la première partie, il convient également d'examiner la nécessité d'apporter des clarifications relatives à la protection des parties vulnérables (Section 5), ainsi qu'à la place occupée par le droit non étatique (Section 6).

Section 1 — L'internationalité du contrat

566. Il demeure difficile de déterminer l'internationalité d'un contrat, tant en raison de la pluralité des définitions avancées par la doctrine et la jurisprudence, que de l'absence d'une définition d'« internationalité » universellement reconnue sur le plan international[3379]. L'aspect international d'un contrat se prête ainsi à des interprétations variées[3380]. Les législations nationales et les sources internationales, pour caractériser cette dimension, privilégient fréquemment la présence d'un élément d'extranéité : la localisation des établissements ou de la résidence habituelle des parties dans des États distincts, ou encore le fait que le lieu d'exécution ou l'objet du contrat soit situé hors de

[3379] Le professeur Lagarde avait affirmé que c'était « à peu près impossible » de définir ce qu'on entend par contrat international (P. Lagarde, « Examen de l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligation contractuelles et non contractuelles », *op. cit.*, p. 153).V. aussi, L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 14 et s., pour qui : « […] cette distinction s'opère à chaque fois de manière *fonctionnelle*, variable d'un régime à un autre et éventuellement circonstanciée à l'espèce. Des définitions particulières de l'internationalité/extranéité existent donc dans les droits nationaux spécialisés ; et il en existe de superbes et mémorables. » (*Ibid*, n° 14).

[3380] V. C. Witz, *L'internationalité et le contrat : L'internationalité, bilan et perspectives*, *op. cit.*, p. 59-66 ; v. aussi G.A. Lorenzo Idiarte, « ¿Cuándo un contrato es internacional? - Análisis desde una perspectiva regional », *op. cit.*, p. 105-132.

l'État de résidence des contractants. Certains instruments juridiques adoptent également une approche plus large, considérant comme internationaux les contrats qui entretiennent des liens étroits avec plus d'un ordre juridique. D'autres adoptent encore une formulation négative (« sauf si […] »), présumant ainsi l'internationalité du contrat, comme si celle-ci constituait désormais la règle et non plus l'exception[3381].

À titre d'exemple, la Convention de Rome et le Règlement Rome I se limitent à préciser que leurs dispositions s'appliquent aux « situations comportant un conflit de lois, relevant de la matière civile et commerciale » (art. 1), sans néanmoins offrir une définition précise des contrats internationaux.

Ainsi qu'il a été démontré précédemment[3382], la notion d'internationalité du contrat demeure généralement indéfinie dans les systèmes juridiques latino-américains. Seules la Convention de Mexico et quelques législations nationales — notamment celles du Panama, de l'Argentine, du Paraguay, et de l'Uruguay — comportent des dispositions expresses en la matière. Ces textes adoptent une conception relativement extensive de l'internationalité, fondée sur un critère de nature juridique.

567. L'internationalité d'un contrat dans les instruments de droit souple. La détermination de l'internationalité d'un contrat selon les Principes de La Haye s'opère en deux temps : un contrat est international *sauf* « si les parties ont leur établissement dans le même État » et « si la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État » (art. 1.2). Cet article propose ainsi une définition négative du caractère international du contrat, à la différence de certains instruments, comme la Convention de Mexico.

Il ne retient pas non plus une acception large, qui engloberait toute situation susceptible de générer un conflit de lois. Bien que les Principes de La Haye retiennent également la notion d'« établissement » et précisent que « si une partie a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat au moment de sa conclusion » (art. 12), leurs commentaires officiels apportent des éclaircissements fondamentaux. Ainsi, il y est indiqué que l'établissement correspond à tout lieu d'activité où la présence d'une partie dépasse le caractère temporaire ; sont visés notamment un centre d'administration, un siège principal ou secondaire, une succursale, ou tout lieu d'activité stable et continu. La caractérisation d'un établissement requiert ainsi la réunion minimale d'une *organisation économique* et d'une *permanence temporelle*, à l'exclusion

[3381] V., p. ex., l'art. 1.2 des Principes de La Haye : « […] un contrat est international *sauf si* les parties ont leur établissement dans le même État et si la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État » (original sans italiques) ; et les commentaires du préambule des Principes d'Unidroit, selon lesquels : « Les Principes ne posent aucun de ces critères de façon expresse. Il faut toutefois donner au concept de contrats "internationaux" l'interprétation la plus large possible, afin de n'exclure en définitive que les situations dans lesquelles il n'existe aucun élément international, c'est à-dire lorsque les éléments pertinents du contrat en question n'ont de lien qu'avec un seul pays ».

[3382] V. *supra* n° 214 et s. ; et n° 399 et s.

du simple siège statutaire d'une société (commentaire 12.3). S'agissant des personnes physiques, les Principes de La Haye, suivant leur commentaire (12.4), précisent qu'ils ne s'appliquent aux contrats internationaux que lorsque chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession ; sont exclues, par conséquent, « les personnes physiques agissant dans le cadre le leur sphère privée », notamment les consommateurs et les employés. En revanche, pour les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou professionnelle, la détermination de l'établissement pertinent s'effectue, d'après les commentaires, selon les mêmes critères que pour une entité juridique.

Par ailleurs, le critère de rattachement s'apprécie au moment de la conclusion du contrat. Comme l'expliquent les commentaires des Principes de La Haye, cette solution présente l'avantage de garantir la sécurité juridique tout en préservant les attentes légitimes des parties (commentaire 12.5). Elle permet notamment d'éviter les difficultés inhérentes à l'exigence, présente dans certains systèmes juridiques, de l'actualité du domicile, ainsi que le risque qu'une partie modifie unilatéralement la loi applicable au contrat par un simple changement de domicile[3383]. De manière similaire, les commentaires des Principes d'Unidroit préconisent une conception large et négative de l'internationalité, invitant à retenir l'interprétation « la plus large possible », afin « de n'exclure en définitive que les situations dans lesquelles il n'existe aucun élément international », c'est-à-dire lorsque les éléments pertinents du contrat ne présentent de lien qu'avec un seul État (art. 1).

En Amérique, le Guide de l'OEA privilégie également une interprétation extensive de l'internationalité contractuelle, suggérant aux États d'adopter « une conception large de l'internationalité », et précisant qu'« il peut également être prévu que le seul accord des parties puisse conférer un caractère international au contrat, mais que, en l'absence de tout autre élément international, l'ordre public interne prévaudra » (recommandation 5.1)[3384]. Cette précision rapproche le système envisagé du régime européen des contrats, notamment de l'article 3, paragraphe 3, du Règlement Rome I. Toutefois, l'interprétation exacte de cette disposition demeure controversée : s'agit-il d'un véritable choix de la loi applicable ou d'une simple incorporation conventionnelle de règles matérielles ? Le Guide semble

[3383] V. notamment le cas de la législation argentine (art. 2652 du Code civil et commercial). Cela est aussi l'approche adoptée par la Cour de cassation française en matière de juridiction compétente (V. Civ. 1re, 30 septembre 2020, n° 19-15.626 – affaire *Mainfreigh*). Selon cet arrêt, l'internationalité requise doit s'apprécier « au moment de la conclusion de la clause », la justification donnée par la Cour tenant à l'exigence de « sécurité juridique ». Le professeur Sylvain Bollée critique, cependant, cette solution. Selon lui si, en principe, l'idée se comprend bien (« La sécurité juridique veut que les parties, si elles s'interrogent au sujet d'une question, puissent identifier la réponse que le droit entend apporter à celle-ci, et compter sur la stabilité de cette réponse dans le temps. Il faut dès lors éviter qu'une clause valable aujourd'hui puisse devenir nulle demain, et vice-versa »), l'on peut toutefois n'être pas totalement convaincu par l'argument : « Si la question est bien celle de la sécurité juridique et, partant, des anticipations des parties, il est difficile d'ignorer que c'est dans les clauses du contrat que celle-ci trouvent premièrement leur siège. La stipulation d'une clause attributive de juridiction est un acte de prévision, et c'est en favorisant sa validité que l'on se donne la meilleure chance de respecter l'attente qu'elle formalise. Cette idée porterait, non pas à abandonner par principe une appréciation au moment de la conclusion du contrat, mais à l'assortir d'un correctif : il s'agirait d'admettre une possibilité de régularisation de la clause dans le cas où l'internationalité, inexistante au départ, viendrait à être acquise par la suite ». S. Bollée, « Internationalité et fonction internationale du contrat : (Civ. 1re, 30 septembre 2020, n° 19-15.626) », *Rev. crit. DIP*, 2021, p. 610-615, p. 612-613.

[3384] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, p. 87 (traduction libre de l'anglais).

privilégier la seconde interprétation, en précisant que la référence à un instrument international ou à des principes généraux s'analyse comme une *incorporation* de règles contractuelles plutôt que comme une désignation de la loi régissant le contrat.

567bis. Le débat relatif à l'internationalité volontaire n'est pas nouveau en droit de l'Union européenne[3385]. Historiquement, la Cour de justice adopta une conception extensive de cette notion en privilégiant des éléments objectifs révélant le caractère transfrontière du litige, sans se limiter au seul critère du domicile des parties[3386]. Cette tendance s'est accentuée ces dernières années, la Cour retenant une interprétation particulièrement souple de la condition d'internationalité des contrats, notamment en matière de compétence juridictionnelle. Ainsi, dans l'affaire *Inkreal*, elle a admis que les parties à une situation purement interne à un État membre — du moins d'un point de vue objectif — puissent valablement convenir de la compétence des juridictions d'un autre État membre[3387]. La Cour s'oriente ainsi vers ce que certains auteurs ont qualifié de « disparition de la distinction entre l'interne et l'international »[3388], du moins dans ce contexte particulier. Les motifs invoqués par la Cour — le « respect de l'autonomie de la volonté des parties » et le « renforcement de l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for » — ont suscité de vives critiques doctrinales[3389]. La Commission européenne, dans son

---

[3385] V. à ce sujet, en particulier, D. Bureau, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *op. cit.*, p. 285 et s. ; J.-M. Jacquet, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 727-745, spéc ; p. 731 ; et L. Stark, *L'internationalité en droit international privé*, thèse, *op. cit.*, spéc. p. 27, p. 136 et s.

[3386] V., not., CJUE, 1er mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02 ; CJUE, 17 nov. 2011, *Hypoteční banka*, aff. C-327/10 ; CJUE, 14 nov. 2013, *Maletic*, aff. C-478/12.

[3387] CJUE 8 févr. 2024, *Inkreal*, aff. C-566/22, D. 2024, p. 1563, note D. Sindres ; D. 2024, p. 937, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; D. 2024, p. 1735, obs. L. d'Avout, S. Bollée, E. Farnoux et A. Gridel ; *Rev. crit. DIP* 2024, p. 348, note D. Bureau et H. Muir Watt ; RTD civ. 2024, p. 361, obs. F. Marchadier ; RTD com. 2024, p. 466, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; RTD eur. 2024, p. 181, obs. M.-E. Ancel ; *JDI*, 2024, chronique J.-S. Quéguiner, p. 1491. Dans cette affaire, deux contrats de prêt d'argent avaient été conclus entre une personne physique résidant en Slovaquie et une société de droit slovaque établie en Slovaquie, incluant une clause attributive de juridiction désignant la juridiction tchèque comme compétente. Les créances ont été cédées à une autre société de droit slovaque établie en Slovaquie. La débiteur n'ayant pas remboursé les prêts d'argent, la Cour suprême de la République tchèque a été saisi d'une demande visant à obtenir, entre autres, la désignation de la juridiction compétente pour statuer au fond. La Cour de justice, s'appuyant sur la notion de « litige transfrontalier » consacrée par le règlement n° 1896/2006, a reconnu le caractère transfrontière du litige au principal en raison de deux éléments déterminants. D'abord, les parties contractantes sont établies dans un État membre distinct de celui dont relève la juridiction saisie en vertu de la clause attributive de compétence. Ensuite, conformément à sa jurisprudence relative à l'élément d'extranéité, le litige soulève une question de compétence internationale opposant les juridictions tchèques et slovaques. La Cour en déduit que l'existence d'une convention prorogeant la compétence en faveur des tribunaux d'un État membre autre que celui du domicile des parties suffit à établir l'incidence transfrontière du différend, cela en l'absence de tout autre élément d'internationalité. Dans le même sens, v. aussi CJUE 9 oct. 2025, *Cabris Investments Ltd*, aff. C-540/24. V. aussi, en matière de procédure d'insolvabilité, CJUE, 8 juin 2017, *Vinyls Italia*, C-54/16, par lequel la Cour considéra que le choix par les parties d'une loi étrangère dans un contrat interne n'était pas de nature à faire présumer une quelconque fraude ou un quelconque abus.

[3388] L'expression est des professeurs Dominique Bureau et Horatia Muir Watt *in* « La désignation d'une juridiction étrangère dans un contrat entre parties établies dans un même État membre relève de l'article 25 du règlement Bruxelles I bis CJUE, 1re ch., 8 févr. 2024, Inkreal s.r.o., aff. C-566/22 », *Rev. crit. DIP*, 2024, p. 348-363, n° 15. Dans le même sens, v. C. Legendre, « L'élément d'extranéité », *in* N. Paola (dir.), *L'internationalité du litige* : de l'élément d'extranéité en droit international privé, Legitech, 2024, p. 9-22, spéc. n° 20.

[3389] V., en particulier, D. Sindres, « Nouvelle trouvaille de la Cour de Justice : l'internationalisation d'une situation au moyen d'une clause attributive de compétence », *Recueil Dalloz*, 2024, p. 1563-1567, spéc. p. 1566 ; D. Bureau, H. Muir

rapport sur l'application du Règlement Bruxelles I bis, semble néanmoins adhérer à cette conception extensive et subjective de l'internationalité, considérant qu'elle garantirait « l'effet utile » du texte[3390].

Au-delà des critiques propres au domaine de la compétence juridictionnelle, la jurisprudence de la Cour de justice soulève une difficulté majeure quant à la protection des règles impératives nationales. Un auteur a justement relevé que, si la simple présence d'une clause attributive de juridiction suffit à conférer un caractère international au rapport juridique au sens du Règlement Bruxelles I bis, cette qualification devrait logiquement s'étendre au Règlement Rome I, conformément au principe de cohérence qui gouverne l'interprétation des instruments européens en matière de droit international privé[3391]. Or, une telle transposition conduirait à des résultats particulièrement préoccupants : les parties pourraient échapper à l'application de l'article 3.3 du Règlement Rome I en désignant une loi étrangère dans un contrat pourtant objectivement localisé dans un seul État, sans avoir à respecter les dispositions impératives de ce dernier. Cette possibilité permettrait de contourner non seulement les règles impératives internes, mais également les lois de police de l'État dans lequel le contrat présente tous ses éléments de rattachement. Comme l'a affirmé le professeur Sindres, cette solution aboutit à un renversement paradoxal : les règles impératives se trouvent réduites au rang de dispositions supplétives, tandis que la volonté générale exprimée par le législateur national se voit subordonnée aux volontés contractuelles individuelles. Les juridictions et les lois des États membres deviennent ainsi « de simples biens de consommation à la disposition des parties, qui pourraient les choisir ou leur en préférer d'autres au gré de leur fantaisie »[3392].

568. Pertinence des solutions du droit souple. Les instruments, tels que les Principes de La Haye, les Principes d'Unidroit ou encore le Guide de l'OEA, se distinguent par l'adoption d'une définition moderne et large de l'internationalité, formulée négativement, cherchant à conférer aux contrats internationaux le champ d'application le plus vaste possible. Cette approche reste ample, tout en donnant aux juges la faculté de décider que tel élément d'extranéité n'est pas pertinent en l'espèce[3393]. Cette approche, qui n'exclut que les situations strictement internes, permet une certaine flexibilité, tout en préservant l'autorité des ordres juridiques nationaux dès lors qu'aucun élément d'extranéité n'est constaté.

Watt, « La désignation d'une juridiction étrangère dans un contrat entre parties établies dans un même État membre relève de l'article 25 du règlement Bruxelles I bis CJUE, 1re ch., 8 févr. 2024, Inkreal s.r.o., aff. C-566/22 », *op. cit.*, p. 348-363 ; et J.-S. Quéguiner, « Variations sur la condition d'internationalité et l'internationalisation volontaire des contrats internes », *JDI*, 2024, p. 1491-1502.

[3390] Document de travail des services, accompagné au Rapport de la Commission au Parlement Européen, au Conseil et au Comité Économique et Social Européen sur l'application du règlement (UE) nº 1215/2012 du Parlement européenne et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), publié le 2 juin 2025, p. 2.

[3391] D. Sindres, « Nouvelle trouvaille de la Cour de Justice : l'internationalisation d'une situation au moyen d'une clause attributive de compétence », *op. cit*., p. 1566-1567.

[3392] *Ibidem.*

[3393] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 8, spéc. n° 14.

Cette conception extensive, mais qualifiée de l'internationalité pourrait favoriser la cohérence et l'harmonisation des systèmes juridiques latino-américains, dont les législations demeurent largement silencieuses ou lacunaires en la matière. Elle permet en outre d'éviter les difficultés inhérentes à la sélection des éléments d'extranéité pertinents pour qualifier l'internationalité d'un contrat, éléments qui ne sont pas à l'abri de la critique. Ainsi, comme le soulignent les professeurs Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier et Malik Laazouzi, le lieu de conclusion du contrat peut faire l'objet de manipulations frauduleuses, les parties pouvant être tentées de conclure leur convention à l'étranger dans le seul dessein de s'arroger la faculté de choisir la loi applicable. De même, la nationalité ne constitue pas non plus un critère d'extranéité satisfaisant puisque, s'agissant à tout le moins des personnes physiques, elle revêt une pertinence limitée au regard de la dimension économique des opérations contractuelles[3394]. Les systèmes juridiques latino-américains auraient ainsi tout intérêt à adopter des dispositions normatives précises qui, tout en retenant une conception extensive de l'internationalité, subordonneraient l'application du régime spécial à l'existence de liens présentant un caractère de pertinence suffisant avec la situation contractuelle.

Cependant, comme il ressort de l'analyse précédemment développée[3395], les États latino-américains manifestent, à juste titre, une réticence persistante à admettre l'internationalisation du contrat fondée sur la seule volonté des parties, exigeant que les éléments pertinents pour internationaliser un contrat soient uniquement objectifs. Si certains auteurs défendent la reconnaissance du choix de la loi applicable dans les contrats internes, notamment en droit européen[3396], nous estimons qu'une telle solution ne saurait être transposée au contexte latino-américain, qui ne bénéficie pas d'un processus d'harmonisation ou de rapprochement significatif de ses systèmes juridiques. Cette différence fondamentale justifie, à première vue, une approche distincte quant à l'admission de l'autonomie de la volonté dans les situations purement internes. Et, comme l'a noté Mme Stark, même au sein de pays de culture juridique similaire, « rien ne garantit que les législateurs poursuivent toujours les mêmes objectifs en matière interne, qu'ils les poursuivent avec la même intensité ou qu'ils effectuent les mêmes arbitrages entre intérêts contradictoires »[3397].

[3394] *Ibidem.*

[3395] V. *supra* n° 214 et s. ; n° 399 et s.

[3396] V., en particulier, C. Witz , « L'internationalité et le contrat », *op. cit.,* p. 62. V. aussi , J.-L. Elhoueiss, « L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé », *JDI*, 2003, p. 40-85, spéc. p. 81 ; et. A. Curti-Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI*, 1972, vol. 137, spéc. n° 44, pour qui : « […] si l'on admet que la désignation volontaire de la loi compétente ne puisse avoir un rôle qu'au cas où le rapport intéresserait la vie interne d'au moins deux Etats, il ne serait guère logique d'attribuer de la valeur à la désignation que les parties feraient de la loi d'un autre Etat, à la vie interne duquel le rapport en question serait complètement étranger. Dans une hypothèse de ce genre, l'élément qui confère au rapport son caractère international ne jouerait aucun rôle dans la détermination de l'ordre juridique applicable ; la nécessité de sa présence en arriverait à faire l'objet d'une affirmation gratuite, ou du moins se bornerait à servir de remède à certaines préoccupations d'ordre théorique dont le fondement a été mis en discussion ».

[3397] L. Stark, *L'internationalité en droit international privé*, thèse, *op. cit.*, spéc. p. 258 et s.

En effet, la loi d'autonomie constitue « un remède » à l'internationalité du contrat et non l'inverse[3398]. Ainsi, considérer que le seul choix d'une loi étrangère puisse conférer un caractère international à une situation relève d'une inversion du raisonnement juridique : « c'est parce que la situation est internationale que les parties sont autorisées à la soumettre à une loi étrangère, et non l'inverse »[3399]. Elle n'est pas, comme l'a souligné le professeur Louis d'Avout, « un but en soi, ou une réalisation de type idéologique et fondatrice d'un nouveau système — d'autorégulation des opérateurs privés, arbitres de l'efficience des droits internes », mais elle constitue « avant tout un rattachement fonctionnel, qui trouve sa justification et ses limites dans les avantages qu'il permet de gagner au cas concret »[3400]. Le principe de l'autonomie ne devrait donc pas être admis lorsque les parties ont créé artificiellement l'internationalité par une simple stipulation contractuelle. Accepter le contraire équivaudrait à permettre l'internationalisation fabriquée de situations internes, vidant de tout sens la distinction entre situations internes et internationales[3401]. Enfin, les mécanismes du droit international privé (lois de police, exception d'ordre public, règles protectrices) ne garantissent pas l'application intégrale des dispositions impératives internes aux situations purement domestiques internationalisées par la volonté des parties. Autoriser le choix de la loi applicable dans ces situations entraîne inévitablement une « perte d'impérativité » de certaines normes d'ordre public interne, et cela malgré les correctifs existants[3402].

Quoi qu'il en soit, même si l'on admet la possibilité de l'internationalisation volontaire, la recommandation du Guide de l'OEA, selon laquelle l'ordre public interne l'emporte en l'absence de tout élément d'extranéité, à notre avis, devrait avoir pour effet de placer ce contrat sur le même plan que les contrats purement internes. En définitive, à l'exemple du Règlement Rome I, la solution retenue par le Guide devrait être interprétée dans le sens de revenir à assimiler ces deux situations, puisqu'en pratique, le contrat sera soumis aux mêmes règles et aux mêmes limitations que celles applicables aux contrats internes.

Pour les raisons exposées et par souci de simplification, nous préconisons l'élaboration d'une norme précise qui, tout en adoptant une conception large de l'internationalité, interdirait aux parties de désigner un droit étranger lorsque l'ensemble des éléments objectifs pertinents du contrat se rattachent à un seul et même État. En ce sens, à l'instar des Principes de La Haye et des lois latino-américaines les plus modernes comme la loi

---

[3398] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 8, spéc. n° 225.

[3399] L. Stark, *L'internationalité en droit international privé*, thèse, *op. cit.*, spéc. p. 27, p. 90 et s. ; v. aussi, G. Cuniberti, « L'exigence d'internationalité en droit international privé des contrats », *in* N. Paola (dir.), *L'internationalité du litige* : de l'élément d'extranéité en droit international privé, Legitech, 2024, p. 23-32, spéc. p. 23, pour qui : « La question de la distinction entre contrats internes et contrats internationaux est donc, en vérité, celle des limites de l'admission de l'autonomie de la volonté ».

[3400] L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, p. 2165.

[3401] D. Sindres, « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for », *Rev. crit. DIP,* 2016, p. 787-836, spéc. n° 48 ; V. aussi, A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, n° 76 et s., spéc. n° 82 et 83.

[3402] L. Stark, *L'internationalité en droit international privé*, thèse, *op. cit.*, spéc. p. 259.

uruguayenne, il serait judicieux de prévoir une définition de l'internationalité selon laquelle : « Un contrat est considéré comme international sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et si la relation des parties et tous les autres éléments objectifs pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État ». Il pourra également être ajoutée une précision selon laquelle : « Le contrat ne saurait être qualifié d'international par la seule volonté des parties ».

Section 2 — Précisions quant au domaine de la loi du contrat

569. Rappel du système actuel. Ainsi que nous l'avons vu, s'agissant des instruments régionaux latino-américains, les Traités de Montevideo et la Convention de Mexico présentent des rédactions similaires en délimitant de manière expresse le champ d'application ou domaine de la loi applicable[3403]. Les Traités de Montevideo (art. 33 de la version de 1889 et art. 37 de celle de 1940) prévoient que la loi du lieu d'exécution régit l'existence, la nature, la validité, les effets, les conséquences et l'exécution des contrats. Dans des termes légèrement différents, la Convention de Mexico dispose que la loi applicable au contrat régit son interprétation, l'exécution et l'inexécution des obligations du contrat, l'extinction des obligations, les conséquences de la nullité ou d'invalidité du contrat, ainsi qu'aux droits et obligations des parties. Les listes prévues par ces instruments ne sont pas exhaustives, mais indicatives. Cela découle de l'utilisation du terme « principalement » par la Convention de Mexico (art. 14, première phrase) et de la phrase de l'alinéa g des articles 33 et 37 des Traités de Montevideo de 1889 et 1940, qui soumet à la loi applicable « toutes les questions relatives aux contrats, quel que soit leur aspect ». Le Code Bustamante ne contient pas de mention expresse à ce sujet[3404].

En outre, les systèmes juridiques nationaux les plus récents, tels ceux de l'Argentine, du Panama, du Paraguay et de l'Uruguay, consacrent des dispositions expresses à la délimitation du domaine de la loi du contrat[3405]. Concernant les matières qui entrent dans le domaine de la *lex contractus*, il est généralement admis que celle-ci régit l'existence, la validité substantielle, les droits et obligations découlant du contrat, ainsi que leurs effets ou leur exécution. Parmi ceux-ci, de manière originale pour la région, le Paraguay et l'Uruguay ont également étendu cette compétence pour faire en sorte que la loi s'applique de manière plus générale à « l'ensemble des aspects du contrat ». Pour autant, la majorité des États latino-américains ne disposent pas de normes explicites à ce sujet, et beaucoup d'entre eux ont en général des normes unilatérales imposant la loi interne aux contrats exécutés dans le pays, comme c'est le cas des pays qui ont suivi le modèle du Code chilien, à savoir le Salvador, l'Équateur, le Honduras, le Guatemala, et d'une manière similaire, le

[3403] V. *supra* n° 220 et s.

[3404] V. *supra* n° 221 et s.

[3405] V. *supra* n° 405 et s.

Mexique[3406]. De plus, la lacune est aggravée par l'absence d'interprétation jurisprudentielle et doctrinale sur le sujet.

Ainsi, face à ces lacunes, il convient d'examiner les solutions offertes par le droit souple en matière de détermination de la loi applicable au contrat (§ 1), ainsi que leur pertinence pour l'harmonisation de cette matière en Amérique latine (§ 2).

§1 — Les solutions du droit souple

570. L'article 9 des Principes de La Haye ajoute deux autres matières à celles mentionnées dans la Convention de Mexico : la charge de la preuve et les obligations précontractuelles[3407]. Selon le commentaire 9.2 de ces Principes, cet article se fonde sur le principe selon lequel la loi choisie régira tous les aspects du contrat, de sa formation jusqu'à sa fin. Une telle approche, selon le commentaire, se justifie pour assurer la sécurité juridique et l'uniformité des résultats, en décourageant le *forum shopping*. La loi applicable à tous les aspects de la relation contractuelle sera ainsi la loi choisie par les parties, quel que soit le tribunal, étatique ou arbitral, statuant sur le différend.

Le Guide de l'OEA formule une recommandation analogue, en invitant les États américains à se doter de régimes juridiques permettant de régir divers aspects contractuels par la loi applicable aux contrats, notamment : « l'interprétation du contrat, les droits et obligations qui en découlent, l'exécution et la non-exécution, y compris l'évaluation des dommages, la prescription et ses effets, les conséquences de l'invalidité, la charge de la preuve et les obligations précontractuelles ». Le Guide précise que cela doit être fait « en cohérence avec les dispositions de l'article 14 de la Convention de Mexico et de l'article 9 des Principes de La Haye » et que, « Pour une plus grande sécurité juridique, il serait préférable que ces règles soient formulées de manière explicite » (recommandation 16.1)[3408].

Il convient de noter que la liste des matières entrant dans le domaine de la loi du contrat indiquée par le Guide est de nature illustrative, c'est-à-dire non limitative. Bien que le Guide ne le précise pas explicitement, cette interprétation se déduit de la référence faite à l'article 14 de la Convention de Mexico, qui établit une liste similaire en indiquant que « la loi applicable […] régit *principalement* […] », ainsi que de l'article 9 des Principes de La Haye, disposant que la *lex contractus* régit « tous les aspects du contrat entre les parties,

---

[3406] V. *supra* n° 408 et s.

[3407] L'art. 9 des Principes de La Haye établit : « Champ d'application de la loi choisie. 1. La loi choisie par les parties régit tous les aspects du contrat entre les parties, notamment : a) son interprétation ; b) les droits et obligations découlant du contrat ; c) l'exécution du contrat et les conséquences de son inexécution, y compris l'évaluation des dommages et intérêts ; d) les divers modes d'extinction des obligations, les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai ; e) la validité et les conséquences de la nullité du contrat ; f) la charge de la preuve et les présomptions ; g) les obligations précontractuelles. ». HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015.

[3408] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019.

notamment […] ». Il nous paraît donc cohérent que le Guide oriente également vers une application de la loi applicable au contrat à l'ensemble de ses aspects, et que les États soient encouragés à mentionner expressément les matières listées par le Guide.

À titre de comparaison, l'article 12 du Règlement Rome I dispose que la loi applicable au contrat régit notamment son interprétation, l'exécution des obligations qu'il engendre, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, leurs divers modes d'extinction, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai, et les conséquences de la nullité du contrat. Ainsi, la détermination de la loi du contrat dans le système européen « a pour objet essentiel de fixer l'étendue des obligations qu'il engendre »[3409]. L'alinéa 2 de l'article 12 exclut cependant « les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution », lesquels seront soumis à la loi du pays où l'exécution a lieu[3410]. À la différence du Guide de l'OEA, dans le système européen, la question des obligations précontractuelles n'est pas expressément incluse. En outre les questions de preuve dans le système européen sont traitées dans un article spécifique, l'article 18, qui dispose que la loi régissant l'obligation contractuelle s'applique pour la charge de la preuve « dans la mesure où, en matière d'obligations contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve ».

§2 — La pertinence des solutions du droit souple

571. Il est vrai que la détermination du domaine de la loi du contrat entraîne généralement une certaine fragmentation de la matière, en distinguant notamment la capacité des parties, la forme et le fond, lesquels peuvent, le cas échéant, être soumis à des lois différentes. Certaines questions de fond peuvent même être dissociées, soit en raison de la compétence nécessaire de la loi locale pour certaines modalités d'exécution (par exemple en matière de publicité), soit en raison de l'intervention d'une loi de police. Cependant, comme l'a justement indiqué le professeur Bernard Audit, « pour un système conflictualiste classique, le dépeçage d'une situation donnée doit être limité sous peine de porter atteinte à la cohérence des institutions »[3411].

[3409] Pour une analyse de droit français et européen sur le domaine de la loi du contrat, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 883 et s. ; V. aussi, M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 234 et s.

[3410] Selon le Rapport Giuliano-Lagarde, la notion de « modalités d'exécution » « ne paraît pas avoir, en effet, un contenu uniforme et précis dans les divers droits et dans les diverses conceptions doctrinales ». Comme souligné lors du rapport, le groupe de travail n'a pas voulu donner une définition rigoureuse de cette notion. La qualification de la notion de modalités d'exécution d'une obligation sera, par conséquent, « opérée en conformité de la *lex fori* ». Cependant, il est précisé que : « Parmi les dispositions rentrant normalement dans la catégorie des modalités d'exécution, il semble bien, de toute façon, qu'on puisse mentionner la réglementation des jours fériés, celle des modalités d'examen de la marchandise ainsi que les mesures à prendre en cas de refus de celle-ci ». M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, art. 10, para. 2.

[3411] B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 354.

La recommandation du Guide de l'OEA, en définissant le domaine de la loi du contrat de façon large afin de couvrir l'ensemble de ses aspects, s'inscrit ainsi dans une dynamique pertinente et constitue une avancée significative en matière de précision sur ce sujet en Amérique latine, où il demeure encore largement traité de manière lacunaire. D'une part, elle confère une plus grande prévisibilité aux contractants dans le cadre des relations internationales, qui savent ainsi à l'avance quelles matières seront régies par la loi choisie. D'autre part, elle s'inscrit dans une perspective théorique de cohérence normative en évitant l'ancienne et souvent critiquée fragmentation du contrat, notamment entre formation et effets, problématique toujours présente dans certains systèmes latino-américains et génératrice de contradictions de solutions[3412].

En effet, comme l'a signalé le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, « du fait de leur inclusion dans les listes, ces aspects doivent être considérés comme "contractuels", ce qui n'est pas le cas de toutes ces questions dans tous les systèmes juridiques. Le fait de préciser que ces aspects sont régis par la loi applicable au contrat réduit la probabilité qu'ils soient classés autrement comme non contractuels, ce qui favorise ainsi l'uniformité des résultats »[3413]. Par conséquent, elle répond à un impératif pratique de sécurité juridique et de prévisibilité, tout en assurant l'idée de l'unité de la loi gouvernant le contrat.

En affirmant expressément que la loi désignée gouverne l'ensemble du cycle de vie contractuel, incluant, sans s'y limiter, l'interprétation du contrat, les droits et obligations en découlant, l'exécution et la non-exécution, l'évaluation des dommages, la prescription et ses effets, les divers modes d'extinction des obligations, les conséquences de l'invalidité, la charge de la preuve et les présomptions, ainsi que les obligations précontractuelles, cette approche garantit une plus grande cohérence normative tout en répondant à l'exigence de prévisibilité indispensable au commerce international.

Ainsi, conformément à cette orientation, la loi applicable régira l'ensemble des questions relatives à l'« interprétation » des clauses contractuelles, c'est-à-dire la détermination du sens à attribuer aux termes et stipulations utilisés dans le contrat. En cas d'ambiguïté sur la signification d'un terme, celle-ci devra être éclaircie selon les règles d'interprétation prévues par la loi choisie par les parties. Cette même loi déterminera également les droits et obligations des parties, notamment lorsqu'ils ne sont pas expressément définis dans le contrat[3414].

En outre, elle régira les aspects liés à l'« exécution » du contrat. Cela inclut généralement le degré de diligence requise, le lieu et le moment de l'exécution, les modalités des

[3412] V. notamment l'exemple du droit suisse et les anciennes « coupures » du contrat (*supra* n° 192). Pour les États latino-américains que continuent à faire une telle distinction, notamment entre la *formation* et les *effets* du contrat, v. *supra* n° 374.

[3413] J.A. Moreno Rodríguez, « The new OAS Guide on International Contracts », *op. cit.*, p. 412 (traduction libre de l'anglais).

[3414] V. à ce sujet, les commentaires 9.5 des Principes de La Haye.

obligations (p. ex., si solidaires ou alternatives, divisibles ou indivisibles), les conditions de paiement, ou encore la mesure dans laquelle l'obligation peut être exécutée par une personne autre que le débiteur[3415]. Elle régira également, la nécessité ou non d'une mise en demeure, les causes d'exonération, les solutions ouvertes au créancier de l'obligation inexécutée, situations liées à la non-exécution des obligations contractuelles[3416]. La loi choisie régira également les conséquences d'une inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris les motifs invoqués pour justifier l'inexécution, et l'évaluation des dommages et intérêts et son montant[3417].

De surcroît, la loi choisie par les parties régira la « prescription et ses effets », en déterminant notamment le point de départ, la computation, la suspension ainsi que l'interruption des délais de prescription et de déchéance. Elle fixera également les conséquences de la prescription, en particulier la question de savoir si celle-ci entraîne l'extinction de l'action en justice, privant ainsi le créancier du droit de poursuivre le débiteur, ou si elle emporte l'extinction de l'obligation du débiteur ainsi que des droits et actions du créancier[3418]. La loi choisie s'appliquera également aux « conséquences de l'invalidité » du contrat, qu'il soit qualifié de « nul », « caduc », « non valable » ou autrement. Cette loi régira aussi les effets découlant de cette invalidité, telle que l'obligation de restitution ou l'octroi de dommages-intérêts[3419].

Le Guide fait également mention de la « charge de la preuve » (n'incluant pas, à la différence des Principes de La Haye et du Règlement Rome I, la question de présomptions)[3420]. Cette question a fait l'objet d'un débat approfondi dans le contexte

---

[3415] V. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 949 et s., spéc. p. 954 ; V. aussi M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.,* p. 32.

[3416] V. *Ibidem* ; *Ibidem*.

[3417] Sur les discussions au sein de la communauté européenne sur la loi applicable aux dommages, v. M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 32, notant que la question de l'évaluation du dommage a donné lieu à quelques difficultés. Selon le rapport : « Contre lesdits arguments, les autres délégations ont pourtant fait remarquer que : dans plusieurs systèmes juridiques, il existe des règles pour la détermination du montant des dommages ; certaines conventions internationales fixent les limites quant au montant à réparer (par exemple, les conventions en matière de transport) ; dans les contrats est souvent prévu le montant des dommages en cas d'inexécution et l'on créerait de graves difficultés aux parties si ces montants devaient être par la suite déterminés par le juge saisi. À titre de compromis, le groupe a finalement décidé de viser à la lettre c) uniquement les règles de droit en matière d'évaluation du dommage, étant entendu que les questions de fait relèveront toujours du domaine du juge saisi ».

[3418] V. à ce sujet, les commentaires 9.8 des Principes de La Haye.

[3419] V. à ce sujet, les commentaires 9.9 des Principes de La Haye.

[3420] Le Guide ne précise pas les raisons pour lesquelles la question des présomptions légales n'a pas été expressément prévue. Comme il a été souligné dans le Rapport Giuliano-Lagarde, « les présomptions légales, en dispensant de toute preuve celui au profit duquel elles existent, sont en réalité des règles de fond qui, en matière contractuelle, contribuent à préciser les obligations des parties et ne peuvent donc être dissociées de la loi qui régit le contrat ». Il est donc regrettable que le Guide n'ait pas mentionné explicitement les présomptions. Toutefois, en considérant que les matières énumérées par le Guide sont de nature purement illustrative, il nous semble qu'une telle inclusion ne serait pas contraire à sa conception. Par ailleurs, le Guide renvoie expressément aux dispositions de l'article 9 des Principes de La Haye, lesquelles incluent les présomptions légales dans le domaine de la loi applicable. Cf. M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 35.

européen[3421]. Concernant les Principes de La Haye, auxquels le Guide de l'OEA se réfère expressément, ils précisent ne pas s'appliquer aux questions de preuve et de procédure. Ils adoptent ainsi une qualification matérielle, et non procédurale, des questions relatives à la charge de la preuve. Cela signifie que la loi applicable détermine l'étendue des obligations des parties, sans pour autant fixer le niveau de preuve requis ni les modes de preuve admissibles[3422]. Dès lors que le Guide renvoie explicitement à ces Principes, il est légitime de conclure qu'il envisage les questions de preuve sous cette même perspective matérielle.

Enfin, introduisant une innovation par rapport aux systèmes latino-américains — seul le Paraguay disposant d'une telle règle — ainsi qu'au Règlement Rome I, le Guide intègre, à l'instar des Principes de La Haye, les « obligations précontractuelles ». Comme le soulignent les commentaires de ces derniers Principes (9.12), la loi choisie par les parties pour régir le contrat régit également les droits et obligations au cours de la période de formation du contrat, ainsi que la responsabilité qui peut en découler, notamment en lien avec les informations fournies ou les engagements pris durant cette phase. Par conséquent, dès lors qu'un contrat est conclu entre les parties, les obligations issues des relations préalables à sa conclusion sont également soumises à la loi applicable au contrat. Cette règle n'empêche toutefois pas les parties de prévoir une loi différente pour les négociations précontractuelles, qui peut s'appliquer, par exemple, en cas de rupture imprévue des pourparlers.

Section 3 — Exclusion nuancée du renvoi

572. Rappel du système actuel. Pour rappel, en Amérique latine, la question du renvoi reste controversée et non harmonisée[3423]. À propos des sources régionales, la Convention de Mexico est la seule à réglementer ce sujet, en interdisant le renvoi en matière de contrats internationaux. Selon l'article 17 de la Convention, qui se trouve dans un chapitre dédié au champ de la loi applicable : « Au sens de la présente Convention, on entend par "loi", la loi en vigueur dans un État, à l'exclusion de ses règles de conflit de lois »[3424].

En ce qui concerne le droit international privé de source interne, les législations de l'Argentine, du Mexique, du Paraguay, du Pérou, de la République dominicaine et de l'Uruguay excluent de manière générale la théorie du renvoi. En Argentine et au Paraguay, cela s'applique en matière spécifique de contrats, lorsque les parties ont exercé leur autonomie et sauf indication contraire. Au Mexique, l'exclusion est générale, sauf si les circonstances particulières nécessitent de considérer les règles de conflit. Au Pérou et en

[3421] V. À ce sujet, M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 35.

[3422] V. à ce sujet, les commentaires 9.12 des Principes de La Haye.

[3423] V. *supra* n° 222 et s. ; n° 410 et s.

[3424] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

République dominicaine, l'exclusion est générale sans spécification de matière, tandis qu'en Uruguay, elle s'applique spécifiquement aux contrats internationaux et en cas d'élection de loi, sans pour autant prévoir la possibilité des parties d'accepter expressément le renvoi. D'autres pays adoptent une approche plus libérale et semblent accepter le renvoi dans leurs réglementations internes, tels que Cuba (sans spécifier la matière), le Panama (spécifiquement en matière de statut personnel et de biens meubles) et le Venezuela (également sans spécifier la matière). Cependant, pour la majorité, cette question demeure lacunaire[3425].

Ainsi, face à ces divergences, il convient d'examiner les solutions offertes par le droit souple en matière de renvoi (§ 1), ainsi que leur pertinence pour l'harmonisation de cette matière en Amérique latine (§ 2).

§1 — Les solutions du droit souple

573. Pour ce qui est du droit souple, les Principes de La Haye excluent en principe le renvoi quand les parties ont choisi le droit applicable, sauf si les parties conviennent expressément du contraire. Selon l'article 8 des Principes, « Le choix de la loi applicable n'inclut pas les règles de droit international privé de la loi choisie par les parties, sauf si les parties conviennent expressément du contraire »[3426]. D'après les commentaires de cet article, la règle générale de l'article 8 écarte la possibilité d'un renvoi non délibéré et se conforme ainsi aux intentions probables des parties. Toutefois, en restant fidèle à l'autonomie de la volonté, l'article 8 précise, à titre d'exception, que les parties peuvent inclure les règles de droit international privé de la loi choisie dans leur choix de la loi applicable si elles ainsi le souhaitent, à condition qu'elles le fassent de manière expresse[3427].

De manière similaire, le Guide de l'OEA encourage les États à inclure dans leurs cadres juridiques nationaux concernant la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux l'exclusion du renvoi pour garantir une plus grande certitude quant à la loi applicable, en conformité avec l'article 17 de la Convention de Mexico et l'article 8 des Principes de La Haye (recommandation 12.1)[3428]. Toutefois, le Guide ne spécifie pas si cette exclusion doit être globale, c'est-à-dire applicable dans tous les cas, y compris en l'absence de sélection de la loi, ni si les parties peuvent s'écarter de cette règle et accepter explicitement un tel renvoi.

[3425] Pour un tableau comparatif des différentes législations, v. Annexe 2.

[3426] HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 19 mars 2015.

[3427] *Ibidem*.

[3428] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, recommandation 14.1 et 14.2.

§2 — La pertinence des solutions du droit souple

574. En raison du manque d'harmonisation et du vide juridique sur ce sujet en Amérique latine, il est essentiel de rechercher un consensus. Pour simplifier et renforcer la sécurité juridique, nous appuyons l'exclusion du renvoi lorsqu'il y a une désignation par les parties.

575. Renvoi et autonomie de la volonté. Depuis le début du siècle, une fraction significative de la doctrine avait entrepris de reconfigurer la problématique du renvoi en la situant sur le terrain de la politique législative propre à chaque État[3429]. L'enjeu consistait désormais à identifier les objectifs poursuivis par le législateur et à examiner les instruments techniques les plus adéquats pour les concrétiser[3430]. Envisagé sous cet angle, le renvoi apparaissait, pour reprendre l'expression que formulera Francescakis quelques années plus tard, comme « un *moyen* ou un *procédé de réglementation* dont l'efficacité doit être contrôlée en relation avec les buts qu'on lui assigne […] »[3431].

En outre, à cette même époque, certains auteurs avaient déjà noté que le renvoi est incompatible avec l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux[3432]. En effet, comme l'a expliqué le professeur Walid J. Kassir, cette exclusion est tout à fait justifiée car, lorsque les parties choisissent une loi pour régir leur contrat, elles souhaitent qu'elle s'applique directement, sans renvoyer à un autre système juridique par ses propres règles de conflit[3433]. Selon lui, une telle intention expresse est rare et généralement peu souhaitable, car elle complique inutilement les choses pour les parties[3434]. Comme il l'a noté, les parties choisissent une loi en fonction de sa teneur, car elle est plus appropriée à leurs besoins contractuels (en raison de la familiarité que les parties ont avec ce système juridique ou encore par un souci d'impartialité). Dans tous ces cas, selon lui, « faire jouer le renvoi entre le système juridique choisi et un autre système juridique risque de déjouer cette attente spécifique, en ruinant dans une grande mesure la prévisibilité des solutions que permet l'autonomie de la volonté en droit international privé »[3435].

De même, en analysant comparativement les législations nationales de différents pays et les instruments conventionnels, le professeur Angelo Davì conclut qu'il existe un « accord

---

[3429] Pour une analyse du renvoi et de ses justifications d'un point de vue historique, v. P. Francescakis, *La théorie du renvoi*, *et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, p. 117 et s. ; et

[3430] A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 101.

[3431] P. Francescakis, *La théorie du renvoi*, et les conflits de systèmes en droit international privé, *op. cit.*, p. 261.

[3432] W.J. Kassir, « Le renvoi en droit international privé technique de dialogue entre les cultures juridiques », *op. cit.*, p. 60 ; V. aussi, A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 370 et s.

[3433] *Ibid*, p. 60-61 ; *Ibid*, p. 376.

[3434] W.J. Kassir, « Le renvoi en droit international privé technique de dialogue entre les cultures juridiques », *op. cit.*, p. 60-61.

[3435] *Ibid,* p. 61.

général » sur l'incompatibilité du renvoi avec le principe d'autonomie[3436]. Telle est, par ailleurs, la solution de la jurisprudence française (voir, en particulier, l'arrêt *Mobil North Sea Limited* de la Cour de cassation du 11 mars 1997[3437]) et du Règlement Rome I, qui a généralisé cette solution dans les pays membres de l'Union européenne (art. 20)[3438]. Rejoignant les propos du professeur Gian Paolo Romano, « on discerne mal en quoi l'attribution par les deux États du pouvoir de choisir une autre loi apporterait un progrès sous l'angle de la prévisibilité de la loi applicable »[3439].

Toutefois, même si cette situation soit rare en pratique, nous partageons l'avis exprimé par les Principes de La Haye selon lequel, lorsque les parties prévoient expressément un recours au renvoi, cette volonté doit être prise en compte par le juge. Cette solution découle du principe même de l'autonomie de la volonté, qui privilégie l'accord des parties, et permet que celles-ci puissent se manifester afin de choisir indirectement la loi matérielle applicable par le biais des règles de droit international privé[3440].

Bien que cela ne soit pas expressément prévu par le Guide de l'OEA, il semble illogique d'interdire l'exception à cette exclusion lorsque les parties le désirent. Étant donné que la Convention de Mexico accepte le principe de l'autonomie de la volonté et que cela a été expressément prévu par les Principes de La Haye (auxquels le Guide fait référence), il serait cohérent que les parties puissent également inclure dans leur choix de loi les règles de droit international privé de la loi choisie, à condition de le faire de manière explicite.

Cette méthode correspond aussi à la décision prise par l'Institut de droit international lors de sa réunion d'août 1999. Après avoir initialement exprimé des réserves sur le principe du renvoi, il a finalement recommandé que : « La prise en compte du droit international privé étranger […] 3. devrait être prise en considération […] (c) si les parties bénéficient du libre choix du droit applicable et, l'ayant exercé expressément, y ont inclus le droit international privé étranger ; […] 4. ne devrait pas être prise en considération […] c) si les parties bénéficient du libre choix du droit applicable et, l'ayant exercé expressément, n'y ont pas inclus le droit international privé étranger »[3441]. Ainsi, le respect de la volonté contractuelle des parties dans

---

[3436] A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 377.

[3437] Cass, 1re Civ., 11 mars 1997. Dans cet arrêt la Cour a affirmé que « la mise en œuvre de la loi d'autonomie de la volonté est exclusive de tout renvoi ».

[3438] « Art. 20 — Exclusion du renvoi — Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit matériel en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé, sauf disposition contraire du présent règlement ».

[3439] G.P. Romano, *Le dilemme du renvoi en droit international privé* : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse, Schulthess, Ed. Romandes, 2015, p. 222.

[3440] V. le commentaire 8.9 des Principes de La Haye. V. aussi l'opinion du professeur Gian Paolo Romano : « Il paraît possible de conclure que lorsque les attentes des parties sont concrètes, légitimes, convergentes et objectivement vérifiables, elles peuvent, à défaut d'exercice du pourvoir de désignation, constituer un critère raisonnable de solution du conflit de renvoi. Lorsque de telles conditions ne sont pas réunies, le critère que fournit l'autonomie individuelle pour arbitrer un jeu de désignations croisées ne saurait fonctionner et il est ne reste qu'a se replier sur un critère objectif ». G.P. Romano, *Le dilemme du renvoi en droit international privé*, *op. cit.*, p. 241.

[3441] Institut de Droit international, *Annuaire*, Session de Berlin, Deuxième partie, Délibération de l'Institut, Paris : Éditions A. Pedone, 1999, vol. 68, t. II, p. 93-94.

l'inclusion ou non du renvoi constitue un paramètre déterminant pour l'application de ce mécanisme.

576. Renvoi et loi désignée en absence de choix. En outre, il est également pertinent de se demander si, en l'absence de choix, la loi déterminée par le rattachement objectif de la règle de conflit peut renvoyer à une autre loi. Ni le Guide ni les Principes de La Haye n'explorent cette possibilité.

Selon le professeur Walid J. Kassir, le renvoi ne serait pas légitime lorsque l'on recourt à une localisation objective reposant sur plusieurs rattachements. Comme il l'a souligné à juste titre, « le fonctionnement du renvoi risque de ruiner toute l'efficacité d'un système aussi sophistiqué, censé satisfaire autant que possible le sentiment de justice conflictualiste »[3442]. Au contraire, comme l'a noté le professeur libanais, les systèmes qui retiennent le critère des liens les plus étroits peuvent utilement tenir compte, dans la détermination de la loi applicable, de la position adoptée par les États concernés eux-mêmes, en interrogeant leurs propres règles de conflit. En effet, « Il apparaît notamment assez paradoxal de déclarer applicable, comme étant "la plus proche" d'un litige déterminé, la loi d'un État qui ne se considère pas lui-même comme compétent pour le régir et dont les tribunaux eux-mêmes préféreraient donc appliquer une autre loi, alors qu'un autre État revendique pleinement l'application de sa loi »[3443].

Cependant, la doctrine a également précisé que, dans les systèmes où la méthode casuistique n'intervient qu'à titre de clause d'exception, le recours au renvoi serait inopportun. Cela s'explique, car le renvoi pourrait aboutir à l'application d'une loi ayant des liens moins étroits avec le cas, compromettant ainsi le résultat de la localisation précise exigée par la règle de conflit[3444]. Comme l'a remarqué le professeur italien Angelo Davì, dans un tel cas, « si la loi matérielle déterminée par application d'une de ces clauses est réellement la plus intimement connectée au rapport à régler, il s'ensuit nécessairement que l'intervention subséquente du renvoi ne pourrait que donner compétence à une autre loi qui y serait par définition moins étroitement rattachée. Le résultat des efforts déployés par le juge afin de parvenir à une localisation plus fine et plus précise en serait donc inéluctablement ruiné »[3445]. En outre, selon lui, la clause d'exception serait « capable de remplacer ou mieux d'absorber, dans une large mesure, le renvoi, car elle peut en assumer les fonctions »[3446].

Malgré le silence des solutions de droit souple, afin d'assurer cohérence et harmonisation de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine, il est indispensable de

[3442] W.J. Kassir, « Le renvoi en droit international privé technique de dialogue entre les cultures juridiques », *op. cit.*, p. 62 et s.

[3443] *Ibid*, p. 64.

[3444] A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 382 et s.

[3445] *Ibid*, p. 133.

[3446] *Ibid*, p. 134.

clarifier la question du renvoi en l'absence de choix de la part des parties. À notre sens, dans un système fondé sur une règle objective préétablie assortie d'une clause d'exception (comme nous l'avons proposé), le recours au renvoi peut, comme l'ont précisé les professeurs Kassir et Davì, cités plus haut, miner l'efficacité du mécanisme.

Cette approche apparaît ainsi pertinente pour renforcer la sécurité juridique dans les contrats internationaux, en offrant un cadre plus prévisible et stable pour le commerce international dans la région. Par ailleurs, elle s'inscrit dans la tendance déjà observable en Amérique latine, consistant en une interdiction du renvoi en matière contractuelle, ce qui contribue à l'harmonisation des solutions jurisprudentielles et législatives dans cette aire juridique.

Section 4 — Précisions quant au traitement des « perturbations » à l'application des lois étrangères

577. Dans la première partie de cette étude, nous avons examiné les hypothèses dans lesquelles l'application des lois étrangères se trouve entravée ou restreinte. Cette « perturbation », dans la terminologie que nous avons adoptée[3447], peut résulter, d'une part, du mécanisme correctif de l'exception d'ordre public qui, intervenant *a posteriori* et écarte la loi étrangère pourtant désignée par la règle de conflit bilatérale. D'autre part, elle peut procéder de l'éviction de la règle de conflit elle-même, lorsque s'impose l'application unilatérale et *a priori* des lois de police.

Il convient de souligner que ces deux facteurs de « perturbation » des lois étrangères, bien qu'ils puissent s'assimiler par leur contenu, relèvent, à ce jour, de méthodologies distinctes[3448]. Il est généralement reconnu que tous deux « constituent une exception au

[3447] Pour rappel, dès lors que les lois de police ne constituent pas à proprement parler des « mécanismes d'éviction » ou des « limitations » des lois étrangères, nous avons opté pour le terme de « perturbation » afin de se référer tant à l'ordre public qu'aux lois de police. V. supra, note de bas de page *supra* n° 1282.

[3448] La professeure Hammje relève toutefois l'émergence d'un caractère « hybride » dans la méthodologie de l'ordre public, notamment avec l'évolution de l'« ordre public de proximité », marquant ainsi « le passage à un ordre public positif ». Comme elle l'expose : « Reposant sur une intervention unilatéraliste des droits fondamentaux, l'intervention de l'ordre public se détache alors du fonctionnement de la règle principale du for ». L'auteure qualifie ce phénomène d'« ordre public de rattachement », en opposition à la notion traditionnelle d'« ordre public d'éviction ». Cf. P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 18e année, 2006-2008, Paris, Éditions Pedone, 2009, p. 153-186, p. 158 et s., spéc. p. 160 ; pour une analyse approfondie du débat doctrinal quant aux différences entre l'exception d'ordre public et la méthode des lois de police, v. B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008, pour qui l'exception d'ordre public s'attache à des *valeurs*, tandis que les lois de police, contrairement, ne représentent pas des valeurs, mais poursuivent des *objectifs*. Selon lui, la différenciation entre l'une et l'autre s'opère *in concreto*. « Elle suppose que soit déterminée la loi applicable, avant de décider si un mécanisme correcteur doit jouer. Si cette loi est contraire aux valeurs partagées par les parties et par le for, l'exception d'ordre public sera déclenchée. Si elle ne permet pas de réaliser les objectifs poursuivis, dans son domaine spatial, par une loi de police, cette dernière la supplantera ; il est donc faux, selon M. Rémy, que les lois de police soient d'application immédiate ; elles n'interviennent pas si l'application de la loi normalement applicable suffit à réaliser leurs objectifs » (Cf. préface de Pierre Mayer).

"jeu normal" des règles de droit international », mais si l'exception d'ordre public « remplit avant tout une fonction négative d'éviction de la loi étrangère, la substitution de la loi du for n'en étant que la conséquence nécessaire et restant limitée dans son étendue, les lois de police traduisent davantage une fonction positive qui serait assignée à l'ordre public »[3449]. En effet, « La première vient corriger sur le fond la désignation opérée par la règle de conflit ; tandis que les secondes n'évincent pas seulement la loi désignée, mais s'opposent plus globalement à la règle de conflit elle-même »[3450].

Mais, si les instruments conventionnels les plus récents consacrent désormais la distinction méthodologique entre l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police, tel n'était pas le cas des premières conventions internationales latino-américaines ni d'une grande partie des législations nationales des pays de cette région, qui n'ont pas établi une telle division méthodologique. Comme l'a noté le professeur José Antonio Moreno Rodríguez lors d'un article commentant le Guide de l'OEA, la notion de l'ordre public (*public policy*), qu'il comprend dans ses deux facettes, est une notion « très controversée », qui « ne fait pas consensus quant aux différents termes qui s'y rapportent, ni quant à sa pertinence et à son applicabilité », et devient « encore plus obscur du fait de l'imprécision, de la diversité et de la confusion du vocabulaire utilisé »[3451].

À dire vrai, l'ordre public n'a pas toujours été conçu comme un mécanisme d'éviction. La conception d'exception associée à l'ordre public peut être rattachée à Savigny, dont les principaux représentants furent Kahn en Allemagne et Bartin en France[3452]. En revanche, l'école personnaliste du XIXe siècle, notamment à travers Mancini, qui a influencé certains systèmes de droit latino-américains, ne voyait pas l'ordre public comme un mécanisme d'exception, mais plutôt comme un critère de rattachement. Les auteurs personnalistes de l'école de Mancini ont ainsi défendu, avec des nuances propres à chaque auteur, l'idée que l'ordre public pouvait justifier l'application de certaines lois du for, l'assimilant, ainsi, à la méthode contemporaine des lois de police[3453]. Cette conception s'est reflétée dans les instruments conventionnels latino-américains, où l'ordre public a pu aussi être élevé au rang de véritable critère de rattachement, ainsi qu'en témoigne le Code Bustamante. En outre, plus généralement, la majorité des législations latino-américaines lui reconnaissent également une fonction positive dans la détermination de la loi applicable.

Ce n'est qu'à la seconde moitié du XXe siècle que les normes impératives ont commencé à être analysées en profondeur par la doctrine. On attribue à Francescakis, notamment dans

---

[3449] P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 153-154.

[3450] *Ibidem*.

[3451] J.A. Moreno Rodríguez, « The new OAS Guide on International Contracts », *op. cit.*, p. 412 (traduction libre de l'anglais).

[3452] V. P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse, Université de Paris, 1957, p. 4 et s.

[3453] A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse, *op. cit.*, p. 92 et s. ; pour l'analyse du système de Mancini de la personnalité des lois et son implication dans la conception d'ordre public et lois de police, v. aussi, P. Lagarde, thèse, *op. cit.*, p. 94-99.

son ouvrage de 1966 intitulé « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit », le mérite d'avoir été le premier à faire une distinction claire entre l'éviction du droit étranger fondée sur l'ordre public et les normes impératives ou d'application immédiate, appelées également « lois de police »[3454]. Cette distinction a ouvert la voie à une compréhension plus précise des mécanismes limitant l'application du droit étranger dans le cadre du droit international privé, en mettant l'accent sur la nature et la fonction spécifiques des normes impératives par rapport à la simple éviction ordinairement motivée par l'ordre public.

Cette distinction s'est également manifestée en Amérique latine, notamment avec la Convention de Mexico de 1994, qui a introduit pour la première fois la notion de lois de police dans le cadre du droit conventionnel régional (en référence aux « dispositions impératives » ou dispositions qui « ont un caractère impératif » et que s'appliquent « nécessairement », conformément à son article 11). Cette évolution s'est ensuite traduite sur le plan législatif interne, le Venezuela ayant joué un rôle précurseur en consacrant expressément la notion de lois de police dans sa Loi sur le droit international privé adoptée en 1998. Ce mouvement législatif s'est ensuite étendu avec les réformes intervenues en Argentine, au Paraguay et en République dominicaine en 2014, avec l'entrée en vigueur de nouvelles normes de droit international privé dans ces États.

578. Rappel du système actuel. La première partie de cette étude a mis en évidence que les quatre instruments régionaux actuellement en vigueur en Amérique latine consacrent l'ordre public en tant que mécanisme de limitation de l'application de la loi étrangère, bien que la portée de cette notion présente des variations selon l'instrument considéré[3455]. Alors que les Traités de Montevideo et la Convention de Mexico font une simple référence à l'« ordre public »[3456], le Code Bustamante opère une distinction entre les normes d'« ordre public interne » et d'« ordre public international », préqualifiant les normes dans chacune des deux catégories (arts. 3 à 8)[3457]. Une certaine latitude est laissée aux États, qui peuvent

[3454] P. Francescakis, « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit », *op. cit.*, p. 1-18.

[3455] V. *supra* n° 226 et s.

[3456] L'art. 18 de la Convention de Mexico dispose que : « La loi désignée par la présente Convention ne peut être écartée que lorsqu'elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for ». Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s. ; et, l'article 4 des Protocoles additionnels aux Traités de Montevideo de 1889 et 1940 dispose le suivant : « Les lois des autres États ne seront jamais appliquées contre les institutions politiques, les lois d'ordre public, ou les bonnes mœurs du lieu du siège. » (Traduction libre de l'espagnol).

[3457] Selon l'art. 3 du Code Bustamante : « Pour l'exercice de droits civils et la jouissance des garanties individuelles identiques, les lois et règles en vigueur dans chaque État contractant sont considérées comme rentrant dans les trois catégories suivantes : 1— Celles qui s'appliquent aux personnes, en raison de leur domicile ou de leur nationalité et les suivent même quand elles changent de pays, appelées personnelles ou d'ordre public interne ; 2 — Celles qui obligent également ceux qui résident sur le territoire, qu'ils soient ou non des nationaux, appelées territoriales, locales ou d'ordre public international ; 3— Celles qui s'appliquent seulement par l'expression, l'interprétation ou la présomption de volonté des parties ou de l'une d'elles, appelées volontaires ou d'ordre privé. » (Traduction libre de l'espagnol).

appliquer leurs propres qualifications, conformément à l'article 6 du Code Bustamante[3458]. Par ailleurs, les deux Protocoles additionnels aux Traités de Montevideo ajoutent comme limitations à l'application des lois étrangères les « institutions politiques » et les « bonnes mœurs » du lieu du siège. Enfin, la Convention de Mexico, suivant le modèle européen de la Convention de Rome, inclut une référence expresse aux « dispositions impératives de la loi du for », laissant à l'arbitre ou au juge saisi le soin d'appliquer les « dispositions juridiques impératives d'un autre État avec lequel le contrat est en rapport étroit » (art. 11), et prévoit que la loi désignée ne peut être écartée que lorsqu'elle est « manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for » (art. 18).

Les législations nationales latino-américaines, elles aussi, établissent des restrictions à l'application des lois étrangères[3459]. Si certains pays ont adopté des dispositions spécifiques concernant les contrats internationaux, la plupart n'ont pas élaboré de cadre normatif particulier à cet effet et s'en remettent donc aux règles générales de droit international privé ou aux règles internes appliquées par analogie aux contrats internationaux.

D'une part, dans les États dont la législation comporte des normes générales de droit international privé ou des dispositions spécifiques relatives aux contrats internationaux à ce sujet, les législations visent généralement l'ordre public — et, dans une moindre mesure, les lois de police — comme des mécanismes permettant de « perturber » ou limiter l'application d'une loi étrangère. Entre eux, quelques États font une différenciation expresse entre l'ordre public interne et international (p. ex., le Panama, le Pérou, la République dominicaine, l'Uruguay et le Venezuela). En ce qui concerne les lois de police, la terminologie varie considérablement d'un pays à l'autre. Ces législations font référence à des « normes internationalement impératives » (Argentine), à des « lois prohibitives expresses » (Guatemala), à des « normes ou règles impératives » (Paraguay, Pérou et Venezuela), à des « dispositions impératives » (République dominicaine) ou encore à des « règles d'application nécessaire » (Uruguay). À titre exceptionnel, les législations de la République dominicaine et de l'Uruguay fournissent une définition de l'ordre public et des lois de police, qui s'apparente aux visions européennes consignées dans le Règlement Rome I. Certains pays ajoutent encore dans cette notion de « limites » à l'application de la loi étrangère en matière contractuelle, la fraude à la loi, les bonnes mœurs et même les dispositions inconnues du for.

Les systèmes juridiques de la Colombie, du Costa Rica et du Honduras, qui ont été influencés par le Code civil chilien, ainsi que, dans une certaine mesure, la Bolivie, ne possèdent pas de règles de droit international privé régissant les éventuelles « perturbations » dans l'application des lois étrangères. De ce fait, dans ces pays, les lois étrangères ont souvent été « contrôlées » par des règles de droit interne, appliquées par

[3458] « Art. 6 — Dans tous les cas non prévus par le présent Code, chacun des États contractants appliquera ses propres qualifications aux institutions ou relations juridiques qui doivent correspondre aux groupes de lois mentionnées à l'article 3. » (Traduction libre de l'espagnol).

[3459] V. *supra* n° 415 et s.

analogie au domaine des contrats internationaux[3460]. Ces règles reposent généralement sur une notion large d'ordre public, propre au droit interne. Elles font également souvent référence à des concepts plus vagues et étendus, tels que les « intérêts dignes de protection », l'« intérêt public », le « bien commun » ou, encore, « la solidarité sociale ». Cette approche étendue de l'ordre public est également observée dans d'autres pays, qui prévoient des normes générales de droit international privé sur le sujet, comme c'est le cas de Cuba, du Mexique et du Nicaragua. Ces pays excluent l'application des lois étrangères lorsqu'elles sont contraires à l'ordre public, mais également lorsqu'elles violent la « souveraineté » de l'État, les « bonnes mœurs », le « régime politique, social et économique », la « morale », ou même, notion très vague, l'« esprit de la législation ».

L'absence de normes claires de droit international privé sur le sujet, qui marque le cadre latino-américain, crée une insécurité juridique importante. Cette absence confère, en effet, aux juridictions, une marge d'interprétation considérable, favorisant souvent le recours à *lex fori*. L'homogénéité et la prévisibilité des règles applicables se trouvent compromises, ce qui expose les parties à des décisions imprévisibles. L'application par analogie de règles internes aux contrats internationaux, et même de certaines législations générales du droit international privé applicables aux contrats faisant référence à des termes plus vagues et étendus, sans un contrôle précis, élargit les exceptions permettant d'écarter la loi étrangère au profit de la loi interne. Ainsi, l'exclusion de la loi étrangère, qui devrait rester exceptionnelle, tend à devenir la norme, au détriment de la sécurité juridique et de la confiance des parties.

Devant ce scénario, il convient d'examiner les solutions que le droit souple offre pour remédier à cette insécurité juridique persistante dans la matière (§ 1). Ensuite, il sera opportun d'analyser la pertinence concrète de ces solutions (§ 2).

§1 — Les solutions du droit souple

579. Du point de vue du droit souple, les Principes de La Haye, tout comme le Guide de l'OEA, distinguent expressément les notions de « lois de police » et d'« ordre public », tout en reconnaissant le lien étroit qui unit ces deux notions, perçues comme les deux facettes d'un concept plus large de la notion de *public policy* du droit anglo-américain[3461].

Les Principes de La Haye traitent des lois de police et de l'ordre public à l'article 11, laissant à chaque État le soin de déterminer les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer les normes d'ordre public et les lois de police du for, ou encore, prendre en considération les lois de police ou les normes d'ordre public d'une autre loi que celle du

[3460] V. *supra* n° 432 et s.

[3461] V. OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, p. 208, spéc. para. 478. Pour les différences entre la notion d'ordre public et « public policy », v. C. Fresnedo de Aguirre, « Public Policy: Common Principles in the American States », *op. cit.*, p. 102-103.

for[3462]. L'article 11 des Principes est composé de cinq paragraphes et repose sur l'idée que l'autonomie de la volonté doit céder dans des circonstances exceptionnelles lorsque son exercice conduit à des résultats contraires à certaines normes fondamentales.

L'article précise les contours de cette limitation en identifiant deux situations dans lesquelles le tribunal peut refuser de donner plein effet à la loi choisie par les parties. En premier lieu, le tribunal peut appliquer ou prendre en considération les *lois de police* d'un ordre juridique déterminé (art. 11.1 et 11.2). En second lieu, il lui est permis d'écarter la loi choisie dans la mesure où son application aboutirait à un résultat « manifestement incompatible avec des principes fondamentaux de l'ordre public » (art. 11.3). Toutefois, avant de mettre en œuvre ces restrictions, il convient de déterminer quel est l'État dont les lois de police ou les principes fondamentaux de l'ordre public doivent être pris en compte[3463].

Conformément à l'article 11.1 des Principes, le tribunal peut, logiquement, appliquer ses propres lois de police, hypothèse la plus fréquente en pratique. Les Principes ajoutent néanmoins qu'il appartient à la loi du for de décider « si », et « dans quelle mesure », un tribunal appliquera ou se contentera de prendre en considération les lois de police ou l'ordre public d'un État tiers (arts. 11.2 et 11.4). De plus, comme le rappellent les commentaires de ces Principes, dans ce cas, la qualification de « loi de police » ou de norme d'« ordre public » relève de l'ordre juridique concerné et non de la loi du for[3464].

Il ressort également des commentaires des Principes que les limitations énoncées par l'article 11 constituent un encadrement de la loi applicable sans pour autant invalider le choix opéré par les parties (commentaire 11.6). Ainsi, la loi désignée par les parties demeure applicable, tout en pouvant être limitée par l'intervention des lois de police relevant d'un autre ordre juridique. Par ailleurs, afin de préserver la valeur primordiale accordée à l'autonomie de la volonté, toute restriction à l'application de la loi choisie doit être justifiée et clairement délimitée, sans dépasser ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. De ce fait, l'intervention de telles limitations doit rester d'application exceptionnelle (commentaire 11.12).

En Amérique, le Guide de l'OEA a suivi une approche similaire. Selon la recommandation 17.1 du Guide :

> « Le régime juridique interne relatif à la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux devrait prévoir que ni un choix de la loi, ni une détermination de la loi applicable en l'absence de choix effectif,

[3462] HCCH, Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, 19 mars 2015.

[3463] V. commentaire 11.2 et s. des Principes de La Haye.

[3464] Cf. commentaire 11.5 des Principes de La Haye.

- ne doivent empêcher l'application des lois de police du for ou celles étrangères, ces dispositions impératives ne prévalant toutefois que *dans la mesure de la contradiction [only to the extent of the inconsistency]* ;
- ne doivent pas conduire à l'application d'une loi manifestement incompatible avec l'ordre public du for, conformément à l'article 18 de la Convention de Mexico et à l'article 11 des Principes de La Haye. »[3465]

Tout d'abord, il faut noter que l'application du Guide est plus vaste que celle des Principes. En effet, ces derniers ne s'appliquent que lorsque les parties ont choisi une loi applicable, tandis que le Guide englobe aussi les limitations à l'application de la loi étrangère lorsque celle-ci a été désignée par les rattachements objectifs désignés par les règles de droit international privé. Cependant, la recommandation du Guide est formulée de manière plus simple que celle des Principes. Le Guide énonce que l'application de la loi étrangère — qu'elle résulte d'un choix des parties ou de l'absence d'un tel choix — ne saurait faire obstacle à la mise en œuvre des lois de police du for ou des lois de police étrangères, et qu'elle ne doit pas non plus conduire à l'application d'une loi manifestement incompatible avec l'ordre public du for. Ainsi, contrairement aux Principes de La Haye, aucune distinction n'est opérée quant à la manière dont le tribunal doit traiter les lois de police, selon qu'il leur accorde une application nécessaire ou une simple prise en considération.

Malgré cela, la recommandation 17.2 du Guide prévoit que :

> « Les juges, arbitres et conseils juridiques doivent *prendre en considération [take into account]* toutes les lois de police et les provisions d'ordre public *lorsqu'ils y sont tenus ou en ont la faculté [as required or entitled to do so]*, conformément à l'article 11 des Principes de La Haye »[3466].

Par conséquent, bien que la première recommandation soit plus restrictive que les Principes, cet ajout explicite confirme que le Guide approuve les directives énoncées par les Principes. L'emploi du terme « doivent » paraît à première vue conférer une portée impérative à cette considération. Toutefois, cette obligation se limite en réalité à un devoir de *prise en considération* (*take into account*) de ces dispositions, et ce uniquement dans les hypothèses où les juges y sont habilités ou tenus (*as required or entitled to do so*), c'est-à-dire lorsque la loi le prévoit expressément, que ce soit à titre de faculté ou d'obligation. Enfin, l'expression selon laquelle les lois de police ne prévalent que « dans la mesure de la contradiction *[only to the extent of the inconsistency]* » semble signifier que leur éventuelle application n'a pas pour effet d'invalider le choix effectué par les

[3465] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais ; original sans italiques). Dans la rédaction originale en anglais : « […] shall prevent the application of overriding mandatory provisions of the forum or those of other fora, but that such mandatory provisions will prevail only to the extent of the inconsistency ». OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, p. 26.

[3466] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais ; original sans italiques). Rédaction originale en anglais : « Adjudicators and counsel should take into account any overriding mandatory provisions and public policy as required or entitled to do so, consistent with Article 11 of the Hague Principles. »

parties, mais uniquement celui de remplacer les dispositions contradictoires, ou de venir en simple complément de la loi désignée par celles-ci.

§2 — La pertinence des solutions du droit souple

580. Les recommandations issues du droit souple, qu'il s'agisse des Principes de La Haye ou du Guide de l'OEA, sont susceptibles de contribuer significativement à l'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine. Ces instruments permettent en effet de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité dont bénéficient les parties contractantes dans leurs relations transfrontalières. Cette contribution s'avère particulièrement pertinente s'agissant des précisions apportées tant au mécanisme de l'exception d'ordre public qu'au régime des lois de police.

A. Pour l'encadrement de l'usage de l'exception d'ordre public

581. Le Guide de l'OEA a judicieusement recommandé aux États américains que l'application des lois étrangères ne puisse conduire à l'application d'une norme manifestement incompatible avec l'ordre public du for. S'il est exact que le contenu de l'ordre public demeure indéterminé et varie selon les conceptions propres à chaque État[3467], il est néanmoins indispensable que son application, visant à écarter des lois étrangères susceptibles de s'appliquer à un contrat international, fasse l'objet d'un encadrement rigoureux.

Comme l'ont justement noté les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, l'idée d'écarter l'application des lois étrangères quand celles-ci heurtent des conceptions fondamentales dans l'ordre juridique du for s'est manifestée à tous les stades de l'histoire des conflits de lois[3468]. Expressément formulée par Savigny, elle se justifie pour se prémunir « contre les surprises que peut révéler la loi étrangère qu'elle désigne dans un cas donné »[3469]. Elle serait, ainsi, « une sorte de soupape de sûreté, utilisée par le juge pour prévenir les conséquences fâcheuses qui pourraient découler du "saut dans le vide" (*Sprung ins Dunkle* ; *ainsi Raape*) »[3470]. L'ordre public est, ainsi, dans les mots du professeur Edoardo Vitta, « un instrument prédisposé et utilisé par l'État local pour se mettre à l'abri

[3467] Comme l'a noté le professeur Foyer : « L'ordre public international, comme l'ordre public interne, est — il est banal de le rappeler — une notion fuyante, évoluant au gré des évolutions du droit interne et des humeurs des juges ». Cf. J. Foyer, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *Le droit international privé : esprit et méthodes,* Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*,* Dalloz, 2005, p. 285-302, p. 286.

[3468] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 348.

[3469] *Ibidem*.

[3470] E. Vitta, « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1979, vol. 162, p. 67.

du danger à l'équilibre interne de son système de droit, qui pourrait être compromis ou troublé par l'immixtion de règles étrangères incompatibles »[3471].

Toutefois, comme l'ont aussi souligné les professeurs Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, il paraît assez évident que l'on n'évincera pas une loi étrangère au seul motif qu'elle se différerait de loi du for : « encore faudra-t-il en effet qu'elle apparaisse radicalement incompatible avec des conceptions fondamentales du for. À défaut, c'est le principe même de l'application de la loi étrangère — et sans doute, au-delà, de la méthode conflictuelle — qui serait remis en cause »[3472]. Et, comme l'a justement noté le professeur Edoardo Vitta, si l'ordre public a des avantages évidents pour la protection du système du for, « lorsqu'on va au-delà de ces limites, l'ordre public peut devenir un facteur puissant d'inégalité, en favorisant indûment la loi locale aux dépens des droits étrangers »[3473]. L'idéal consisterait, par conséquent, en un usage restreint et raisonné de l'ordre public[3474].

Il va sans dire que l'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine que nous proposons, ainsi que la reconnaissance de l'autonomie de la volonté, ne saurait en aucun cas faire obstacle à l'application de cette traditionnelle exception d'ordre public, laquelle vise à garantir la protection des principes les plus fondamentaux du for. Cependant, afin de garantir la sécurité juridique indispensable aux relations économiques internationales, il convient de préciser, d'une part, que la mise à l'écart de la loi étrangère ne doit intervenir que dans des situations exceptionnelles, l'ordre public servant ainsi, comme une clause d'exception, pouvant jouer dans des circonstances bien définies.

Comme l'a souligné le professeur Pascal de Vareilles-Sommières, sous l'effet de la mondialisation, le rapport privé international n'est plus inhabituel, mais devient une donnée ordinaire, « une réalité qui s'impose aux États et dont ils doivent tenir compte dans la réglementation qu'ils mettent en place les concernant »[3475]. De ce fait, « on en arrive à l'idée qu'il n'est plus possible, pour l'État du for, de se contenter de dresser un obstacle face à la norme étrangère concernée sans se préoccuper des conséquences néfastes que cela comporte pour les sujets de droit », donnée qui se renforce encore sous l'influence d'une politique d'intégration régionale comme celle instaurée en Europe[3476]. D'où s'explique, comme le conclut le professeur français, la « nouvelle tendance à la canalisation de l'ordre public international des États afin de limiter les perturbations que cet ordre public et les

[3471] *Ibidem*.

[3472] D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale, op. cit.*, p. 577.

[3473] E. Vitta, « Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 68.

[3474] *Ibidem*.

[3475] P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public » *in* T. Azzi, O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 169-188, para. 29.

[3476] *Ibidem*.

mécanismes de droit international privé qui permettent de le protéger apportent à la réglementation des situations et activités privées internationales »[3477].

D'une part, en suivant cette tendance, les instruments conventionnels recourent fréquemment à l'exigence selon laquelle cette mise à l'écart ne peut être justifiée que si « l'application de la loi étrangère est *manifestement* incompatible avec l'ordre public du for »[3478]. Tel est notamment le cas du Règlement Rome I (art. 21) et, dans le contexte latino-américain, de la Convention de Mexico (art. 18). Entre les diverses raisons de l'adoption d'une telle disposition, le professeur Jacques Foyer mentionne la probable « volonté des auteurs des conventions d'empêcher qu'un recours trop fréquent à l'exception d'ordre public ne vienne fausser le jeu des nouvelles règles de conflit »[3479].

D'autre part, ce constat conduit à la conclusion que l'éviction de la loi étrangère ne peut se justifier que si cette dernière viole *in concreto* l'ordre public du for, c'est-à-dire dans le cadre de son *application concrète*. Comme l'expliquent les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, « Plutôt qu'au contenu abstrait de la norme étrangère, c'est au résultat de son application dans le cas d'espèce qu'il convient de s'attacher. En fait, la seule teneur du droit étranger ne justifie pas qu'il soit repoussé lorsque son application ne consacre pas ce qu'elle peut avoir de choquant »[3480]. Le Guide a, ainsi, judicieusement souligné que l'incompatibilité avec l'ordre public ne doit pas conduire à l'application d'une loi « manifestement » incompatible avec l'ordre public du for. Cette violation doit, en outre, être concrète.

Cette disposition peut s'avérer en effet très utile pour l'harmonisation du régime des contrats internationaux en Amérique latine. Il est d'autant plus important de promouvoir cette orientation que la plupart des États latino-américains ne possèdent pas de règles spécifiques régissant les contrats internationaux, ou même un système général de droit international privé à cet égard. Comme il a été exposé, seuls le Paraguay, le Venezuela et l'Uruguay prévoient expressément une utilisation de l'ordre public en tant que mécanisme d'exception. Les deux premiers exigeant la constatation d'une violation *manifeste* selon une formulation similaire à celle retenue par les Principes de La Haye (art. 17.3 de la Loi paraguayenne de droit international privé et art. 9 de la loi vénézuélienne), et l'Uruguay subordonnant l'éviction de la loi étrangère à la condition que celle-ci contrevienne « de manière grave, concrète et manifeste » à l'ordre public (art. 5 de la nouvelle loi générale de droit international privé). À cela s'ajoute le fait que la plupart des pays d'Amérique latine — dont plusieurs ne possèdent aucune règle spécifique en matière de droit

[3477] *Ibid,* para. 30.

[3478] V. J. Foyer, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde »*, op. cit.*, p. 290-291, mentionnant, p. ex., plusieurs conventions de La Haye, bien comme la Convention de Rome de 1980. Comme l'auteur affirme : « Par ce recours à l'adverbe "manifestement" les rédacteurs de ces divers textes fixent ainsi la barre plus haut qu'on ne le faisait traditionnellement et souhaitent ainsi dissuader les juges et les autorités compétentes de recourir trop fréquemment à cet élément perturbateur ».

[3479] *Ibid*, p. 291.

[3480] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 349.

international privé — n'opèrent pas de distinction entre les lois impératives du droit interne, souvent qualifiées d'« ordre public », et l'« ordre public au sens du droit international privé », pour reprendre l'expression des professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout. Ce dernier est fréquemment désigné comme « ordre public international »[3481].

En effet, cette dernière catégorie, en raison même de la nature et du fonctionnement du droit international privé, doit être conçue de manière plus restreinte : il est généralement admis que toutes les matières considérées comme relevant de l'ordre public interne ne sauraient être intégrées dans la conception de l'ordre public propre au droit international privé et, dès lors, priver d'effet toutes lois étrangères applicables à une relation contractuelle internationale[3482]. Comme l'explique le professeur suisse Andreas Bucher, un des premiers à aborder cette question, même si les deux notions peuvent, dans leur contenu matériel, se rapprocher, voire coïncider, « leurs finalités respectives ne sont cependant jamais identiques, étant donné que l'ordre public interne est destiné aux situations purement internes, alors qu'en droit international privé l'ordre public a vocation de s'appliquer à des situations internationales »[3483].

Cette absence de distinction entre ordre public interne et ordre public international (ou au sens du droit international privé), caractéristique du cadre juridique latino-américain, est susceptible de favoriser un recours beaucoup plus large au mécanisme d'éviction de la loi étrangère. Ce phénomène contribue ainsi à complexifier davantage le régime de la loi applicable aux contrats internationaux, d'autant que la plupart des législations nationales ajoutent, aux motifs d'éviction des lois étrangères, outre l'ordre public, des notions aux contours particulièrement flous et étendus, telles que les « intérêts dignes de protection », le « bien commun », la « solidarité sociale », la « souveraineté », les « bonnes mœurs », la « morale », « l'esprit de la législation », entre autres.

De plus, dans certains pays, tels que le Mexique, le Nicaragua ou le Costa Rica, ces notions propres au droit national, appliquées dans le contexte du droit international des contrats, conduisent à une conséquence extrême : la déclaration de nullité de l'acte lorsqu'il est accompli en violation des normes impératives du for considérées comme d'ordre public. Ainsi, contrairement au mécanisme classique, selon lequel la clause d'éviction d'ordre public se limite à écarter la loi étrangère pour la remplacer par la loi du for, ces États adoptent une approche plus rigoureuse : la violation de l'ordre public entraîne dans ces systèmes non seulement l'éviction de la loi étrangère, mais aussi la nullité même de l'acte juridique. Cette approche, à la fois rigoureuse et étendue, a pour effet d'accroître l'insécurité juridique, ce qui peut s'avérer particulièrement préjudiciable dans le domaine des contrats internationaux.

[3481] Contestant la terminologie « ordre public international » au profit de l'expression « ordre public au sens du droit international privé », v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 350-351.

[3482] V. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale, op. cit.,* p. 578.

[3483] A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *op. cit.*, p. 24.

Par ailleurs, les conventions internationales en vigueur en la région se révèlent également imprécises sur ce point, à l'exception notable de la Convention de Mexico. Les Traités de Montevideo, par leurs Protocoles additionnels, prévoient en effet une catégorie particulièrement large, faisant obstacle à l'application des lois étrangères lorsqu'elles sont contraires aux « institutions politiques, aux lois d'ordre public ou aux bonnes mœurs » du for (art. 4 de chaque protocole), ce qui laisse aux juges une ample marge d'appréciation pour écarter l'application des lois étrangères dans des cas concrets. En outre, l'application de l'ordre public dans le Code Bustamante s'avère encore plus problématique dans la mesure où ce dernier, en suivant le modèle de Mancini, opère une qualification tripartite des lois et assimile l'ordre public à une véritable catégorie de rattachement énumérant de manière extensivement prolifique les matières rentrant dans cette catégorie[3484].

Comme le signalent les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout, une telle conception ne s'inscrit pas dans la théorie bilatéraliste des conflits de lois, suscitant ainsi d'importantes difficultés d'ordre pratique. En fait, la théorie moderne bilatérale de conflit de lois, aujourd'hui largement retenue, privilégie au contraire une fonction d'*éviction* pour l'ordre public, perçue comme une véritable « exception » et non comme une catégorie de rattachement, comme le fait le Code Bustamante[3485]. Selon les professeurs français, une telle conception revient à inclure, dans la catégorie du droit international privé, les dispositions considérées comme d'ordre public en droit interne du seul fait de leur caractère impératif, ce qui serait « gravement erroné »[3486]. En outre, comme ils l'expliquent, « la conception qui fait de l'ordre public une catégorie de rattachement n'exclut pas pour autant, dans le domaine des autres catégories, que l'ordre public justifie également, le cas échéant, l'éviction de la loi étrangère reconnue applicable ; cette polysémie ajoute à la confusion entourant la notion, qui perd toute cohérence »[3487].

En définitive, l'absence de dispositions spécifiques régissant l'exception d'ordre public dans la plupart des législations des États latino-américains, combinée à l'inexistence même de règles générales de droit international privé dans certains de ces systèmes juridiques, soulève des interrogations fondamentales. Cette carence normative se manifeste également au niveau conventionnel, comme en témoigne le Code Bustamante, instrument qui demeure pourtant le plus largement ratifié sur la région latino-américaine. Ce dernier, par ses normes d'autodétermination qui érigent l'ordre public en véritable élément de rattachement, contribue à une extension considérable du domaine d'intervention de cette notion. Face à cette situation, il devient impératif de dégager une orientation claire, susceptible d'encadrer le pouvoir d'appréciation des juges et de réaffirmer le caractère exceptionnel de l'ordre public international en la matière contractuelle. Cette carence

[3484] Pour l'ordre public dans le Code Bustamante, v. *supra* n° 228.

[3485] À ce sujet, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 349-350.

[3486] Les auteurs prennent pour exemple les règles relatives à l'état des personnes et aux rapports de famille, qui sont impératives en droit interne, alors qu'en droit international privé, le statut personnel constitue, au contraire, un domaine d'élection de l'application des lois étrangères. À ce sujet, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 349.

[3487] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 349-350.

structurelle met en lumière la nécessité pressante d'élaborer un cadre normatif précis qui, tout en délimitant l'exercice du pouvoir judiciaire, permettra de concilier harmonieusement trois exigences fondamentales : la sécurité juridique des opérateurs du commerce international, le respect de l'autonomie de la volonté des parties contractantes et la sauvegarde effective des valeurs essentielles que cristallise l'ordre public international.

B. Pour plus de précisions quant à l'applicabilité des lois de police

582. Les lois de police constituent un mécanisme essentiel, y compris en matière contractuelle[3488]. Dans certains domaines, comme en matière économique et sociale, l'autorité saisie peut estimer que les intérêts protégés par sa législation sont trop étroitement liés à la situation juridique pour que cette loi puisse être écartée par l'application mécanique de la règle de conflit de lois[3489]. Dans ces cas, la loi est alors appliquée en tant que « loi de police ». Cette application « immédiate » est rendue ainsi « nécessaire » « parce que le rattachement prévu par la règle de conflit bilatérale pour la catégorie dont la situation relève ne permet pas d'en assurer une application conforme à son but »[3490]. On s'accorde ainsi à admettre que le champ d'application revendiqué est bien déterminé selon une démarche *fonctionnaliste*, au regard des finalités ou politiques poursuivies, de nature à justifier l'impérativité particulière dont ces règles sont dotées[3491]. C'est le cas notamment en matière contractuelle, où l'autonomie de la volonté est le principe permettant, à première vue, d'échapper à l'application des dispositions impératives. On l'a remarqué, par exemple, dans le domaine de la réglementation du travail, de la concurrence, du crédit, des valeurs mobilières ou, encore, des contrats de consommation[3492].

Souvent appelées « disposition », « règle » ou « loi » impérative en Amérique latine, elles ont un effet « immédiat », ce qui veut dire que la règle de conflit bilatérale n'entre pas en jeu, et une application « nécessaire », car elles sont requises pour atteindre les objectifs de la loi en question[3493]. En d'autres termes, on ne s'intéresse pas au contenu de la loi

---

[3488] Pour une analyse critique de la théorie des lois de police, v. V. Heuzé, « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 31-60. Selon le professeur Heuzé : « Mais si aujourd'hui c'est à une "théorie" que l'on a affaire, c'est parce que cette simple hypothèse a été transformée en postulat, exclusif de discussion ou de vérification, au point de provoquer, à son propos, ce qu'un auteur a qualifié de "stagnation de la pensée". Pourtant, cette théorie est nécessairement fausse, et radicalement incapable de simplement rendre compte des solutions qu'elle inspire » (para. 7, en référence à L. d'Avout, « Les lois de police », *in* T. Azzi, O. Boskovic, *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 91-121, spéc. p. 92).

[3489] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 178 et s., spéc. para. 187.

[3490] *Ibid*, p. 183.

[3491] D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale, op. cit.*, p. 689.

[3492] B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 252.

[3493] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 55. En questionnant l'effet immédiat des lois de police, v. B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, *op. cit.*, spéc. p. 199, pour qui : « Le phénomène de l'application immédiate de certaines dispositions n'a ainsi été que l'occasion

étrangère qui serait éventuellement applicable : les lois de police s'appliquent nécessairement, et cela avant tout raisonnement conflictuel[3494]. Elles sont, ainsi, souvent utilisées pour garantir que certaines normes essentielles ne puissent pas être contournées ou évitées en se basant sur des lois étrangères plus permissives ou favorables. Son contenu peut ainsi varier d'un pays à l'autre, en fonction des politiques spécifiques de chaque État. Elles visent, en définitive, à assurer un niveau minimum de protection et de justice, protégeant les plus cruciaux des intérêts généraux[3495]. En outre, le domaine impératif n'est pas toujours précisé dans un texte ; il peut y être découvert par les tribunaux, « comme découlant de la teneur ou du but de la règle »[3496].

Il s'agit, comme explique le professeur Bernard Audit, « d'un retour à la méthode unilatéraliste, destiné à s'assurer qu'aucune des situations dans lesquelles l'intérêt de l'État est engagé n'échappe à l'application de la disposition »[3497]. En Europe, l'on a pris conscience de la nécessité, dans « un esprit de collaboration internationale », de prendre en compte également les préoccupations d'États étrangers exprimées par leurs lois de police. Cette évolution se manifeste particulièrement à travers l'article 7, paragraphe 1, de la Convention de Rome, ainsi qu'à l'heure actuelle (bien que sous une forme plus limitée) l'article 9 du Règlement Rome I[3498].

En suivant cette perspective, il convient de saluer l'orientation retenue par le Guide de l'OEA, selon laquelle l'application des lois étrangères ne doit pas faire obstacle à l'application des lois de police du for ou étrangères. Comme cela a été relevé précédemment et réaffirmé en introduction de la présente section, si la notion d'ordre public est familière aux systèmes juridiques d'Amérique latine — malgré les difficultés identifiées — il n'en va pas de même pour la notion de loi de police. En fait, plusieurs législations nationales n'en font aucune mention et, parmi les instruments internationaux en vigueur, seule la Convention de Mexico prévoit leur application. Il serait, dès lors,

---

accidentelle de la formulation de la théorie des lois de police, mais ne correspond pas en réalité à un trait caractéristique de cette méthode qui se dégagerait d'une analyse raisonnée ».

Pour la distinction entre les notions de lois d'application immédiate ou nécessaire et des lois de police, v. P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, p. 277-345, spéc. n° 6 et s. Pour l'auteur, les lois de police constituent une sous-catégorie des lois d'application immédiate.

[3494] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 178 et s., de manière générale, et p. 942 et s. pour le contexte du droit européen des contrats internationaux ; v. aussi, en France, Com., 8 juillet 2020, n° 17-31.536, selon lequel la loi de police « s'impose au juge saisi, sans qu'il soit besoin de rechercher la règle de conflit de lois conduisant à la détermination de la loi applicable ».

[3495] *Ibidem*.

[3496] P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op. cit*., n° 10.

[3497] B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois) », *op. cit.*, p. 254. Le professeur Pierre Mayer se trouvant parmi les critiques de cette qualification des lois de police d'« unilatérales », affirme ainsi : « Si les règles véritablement unilatérales ne sont pas des lois de police, inversement, les lois de police ne sont pas des applications de l'*unilatéralisme*, puisqu'elles coexistent, dans le même domaine, avec des règles de conflit bilatérales qui donnent compétence aux lois étrangères. Ceci n'exclut pas une certaine unilatéralité, qui réside dans le double fait que le critère d'application des lois de police n'a pas de prétention à désigner une loi étrangère […] ». P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op. cit*., n° 22.

[3498] *Ibidem*.

souhaitable que les législations de la région clarifient le rôle des lois de police, quelle que soit leur origine, afin de permettre aux juges de les appliquer ou, à tout le moins, de les prendre en considération dans la résolution des litiges concrets. Il convient, néanmoins, d'apporter quelques précisions.

583. Définition. L'identification des lois de police ou la délimitation des matières qu'elles régissent n'est pas une tâche facile. Il s'agit ainsi, d'une part, d'éviter que la loi normalement applicable ne soit écartée de manière excessive au profit de la loi du for et, d'autre part, de garantir la protection des intérêts essentiels de l'État. La difficulté réside précisément dans la recherche de ce délicat équilibre.

La question de la définition des lois de police a déjà été abordée, notamment dans le contexte de la Convention de Mexico et dans une perspective comparée avec le modèle européen[3499]. Pour rappel, le Règlement Rome I adopte une définition expresse et plus restrictive que l'instrument interaméricain en faisant référence à « la sauvegarde de ses *intérêts publics* » (art. 9). Cette formulation a suscité d'importants débats dans la doctrine européenne[3500]. La Cour de justice de l'Union européenne a progressivement précisé les contours de cette notion en affirmant une « interprétation stricte » destinée à préserver le jeu de la règle de conflit. Malgré cela, la Cour a jugé que la protection de certains groupes de personnes privées peut relever de la notion de lois de police du règlement, mais seulement « lorsqu'elles concernent explicitement un intérêt important », ayant un « caractère impératif »[3501]. Plus récemment, elle a précisé que cette qualification suppose « que l'analyse circonstanciée à laquelle elle est tenue de procéder fasse clairement apparaître que la protection des intérêts individuels d'une catégorie de personnes, à laquelle tendent ces dispositions nationales, correspond à un intérêt public essentiel dont elles assurent la sauvegarde »[3502]. En bref, la protection des intérêts individuels n'est donc pas exclue de la définition des lois de police, mais il faut que cette protection corresponde à un intérêt public essentiel.

Certains auteurs ont critiqué le fait que les critères dégagés par la Cour de justice conservent une importante marge d'appréciation pour les juges nationaux[3503]. Ils ont également regretté que la Cour n'ait pas encadré le champ d'application de cette notion,

---

[3499] V. *supra* n° 234 et s.

[3500] Sur cette discussion, v., en particulier, A. Bonomi, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats », *op. cit.*, p. 228 et s. ; B. Audit, « Du bon usage des lois de police », *Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 25 et s. ; L. d'Avout, « Les lois de police » in Azzi, T. et Boskovic, O. (dir.), Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?, 1e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 91-121 ; et P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207-290, spéc. p. 223.

[3501] CJCE, 17 octobre 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV c. Navigation Maritime Bulgare*, Aff. C—184/ 12, para. 35 (original sans italiques).

[3502] CJUE, 5 septembre 2024, *HUK-COBURG II*, aff. C-86/23.

[3503] V. en particulier, L. d'Avout, « Droit international privé de l'Union européenne (2024) », *op. cit.*, p. 1518-1527 ; et D. Bureau, « L'interprétation par la Cour de justice des lois de police visées par le règlement Rome II », *Rev. crit. DIP*, 2025, p. 159.

écartant alors des intérêts privés qui auraient pu être sauvegardés de manière plus appropriée par d'autres méthodes, notamment le recours à l'exception d'ordre public. Cette notion de lois de police « protectrices » a fait l'objet de sévères critiques, particulièrement en matière contractuelle, où les impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique revêtent une importance capitale[3504].

Dans les Caraïbes, le projet de Loi type de l'OHADAC présente aussi une rédaction presque identique à celle du Règlement Rome I, renvoyant à la notion d'intérêts « publics »[3505]. Cependant, les commentaires de cette disposition semblent également inclure dans cette notion des intérêts privés relevant d'une notion plus large d'« ordre public économique », permettant ainsi la protection de certaines catégories de personnes privées, notamment les consommateurs[3506]. Cette approche semble également prévaloir dans une grande majorité des pays d'Amérique latine, qui recourent au mécanisme des lois de police pour appliquer leur droit national afin de protéger unilatéralement certaines catégories de personnes considérées comme vulnérables, particulièrement les consommateurs et travailleurs[3507].

Si la protection des parties faibles constitue un objectif légitime, il convient de partager les réserves exprimées par la doctrine européenne quant à une interprétation extensive de la notion de lois de police. Une telle extension risquerait d'introduire une imprévisibilité excessive dans les relations contractuelles et de compromettre l'application de la loi normalement applicable au contrat, qui correspond, d'ailleurs, le plus souvent à celle choisie par les parties[3508]. De tels mécanismes iraient en outre à l'encontre de l'objectif

---

[3504] L. d'Avout, « Droit international privé de l'Union européenne (2024) », *op. cit.*, spéc. n° 75.

[3505] « Dispositions […] 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 » (art. 69). Loi type OHADAC de Droit International Privé, texte commenté article par article, avril 2014, en ligne https://www.ohadac.com/textes/5/avant-projet-de-loi-modele-ohadac-relative-au-droit-international-prive.html (accès le 1er février 2026).

[3506] Il ressort de ces commentaires que : « 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 ». *Ibid*, n° 403.

[3507] V. *supra* n° 461 et n° 469.

[3508] Dans un sens contraire, v. P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *Droit international privé*, 12e éd., LGDJ, 2019, n° 126, pour qui la formule du Règlement Rome I est imprécise et « trop étroite » et devrait inclure également la protection de parties faibles. Selon les auteurs : « Il existe, en effet, des lois qui ne concourent pas plus intensément que les autres à l'organisation sociale, politique ou économique du pays mais n'en ont pas moins un caractère d'application nécessaire raisonnablement déduit de leur but. Ainsi les règles qui visent à la protection des consommateurs n'ont qu'un but de protection individuelle ; mais ce but n'en rend

poursuivi par l'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats, en fragilisant la sécurité juridique des relations commerciales internationales.

En ce sens, le professeur Louis d'Avout a souligné qu'une conception extensive des lois de police permettrait aux États de déroger de manière disproportionnée au principe d'uniformité du droit des contrats internationaux, et ce pour des motifs variables de politique intérieure[3509]. Selon lui, un droit étatique ne saurait qualifier de loi de police un régime protecteur dans son ensemble, et, comme il l'a justement précisé : « La règle isolée doit poursuivre, à travers la protection immédiate de certains intérêts particuliers locaux, la défense d'un intérêt macroscopique de la société tout entière et essentiel à celle-ci »[3510]. Cela rejoint notre analyse sur la protection des parties faible, qui sera réalisée ultérieurement[3511]. En fait, les intérêts des groupes vulnérables peuvent se trouver insuffisamment protégés par les lois de police lorsque la loi désignée par la règle de conflit s'avère plus favorable que celle du for. Dans ces conditions, ces parties faibles bénéficieraient d'une protection plus efficace par le biais de mécanismes propres, tels que des règles spéciales de conflit de lois ou le recours à l'exception d'ordre public.

C'est pourquoi il serait préférable, à notre sens, dans la recherche de l'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine, de fournir aux juges une définition précise, à l'instar du Règlement Rome I, encadrant strictement la notion de lois de police à la sauvegarde des intérêts publics essentiels de l'État, comme son organisation politique, sociale ou économique.

584. La question des lois de police étrangères. La méfiance envers les lois de police étrangères n'est pas nouvelle. Comme le professeur Pierre Mayer l'avait noté, il semble qu'une certaine confusion avec les lois de droit public soit à l'origine de l'idée de territorialité absolue des lois de police, et, donc, de la méfiance envers l'application d'une loi de police étrangère[3512].

S'agissant du droit souple, ni les Principes de La Haye, ni le Guide de l'OEA ne se prononcent pas explicitement sur la possibilité de leur « prise en considération » ou de leur « application », laissant ce choix à la discrétion de chaque État. Le Guide se limite, comme nous l'avons déjà évoqué, à recommander que l'application de la loi étrangère « ne devrait pas empêcher l'application des lois de police du for ou celles étrangères », sans toutefois préciser quelles lois étrangères pourraient effectivement être considérées, ni déterminer si

---

pas moins nécessaire leur application à tous les consommateurs résidant sur le territoire, nonobstant la soumission du contrat, par la volonté des parties, à une loi étrangère moins protectrice : le but de protection des règles ne doit pas pouvoir être tenu en échec par la seule volonté des contractants. Le caractère de lois de police reconnu à ces dispositions viendra donc ici corriger le trop grand libéralisme de la règle de conflit bilatérale, qui déclare applicable aux contrats la loi choisie d'un commun accord par les parties. »

[3509] L. d'Avout, « Droit international privé de l'Union européenne (2024) », op. cit., n° 75.

[3510] *Ibidem.*

[3511] V. *infra* n° 587 et s.

[3512] V., en particulier, P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, n° 37.

le juge dispose d'un pouvoir de simple « prise en compte » ou d'application autonome de ces normes. En effet, dans les ressources juridiques latino-américaines, seule la Convention de Mexico aborde cette question, exigeant l'« application » des règles de police du for. Toutefois, elle laisse au juge saisi le soin de décider si et comment « appliquer » les lois de police étrangères « en rapport étroit » au contrat, selon son propre jugement (art. 11).

La marge donnée aux juges par la Convention de Mexico est ainsi plus large que celle du système européen, qui permet seulement une « prise en compte » des lois de police étrangères du lieu d'exécution du contrat et seulement « dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale » (art. 9.3 du Règlement Rome 1). De fait, la solution retenue par le Règlement Rome I a constitué un compromis, destiné notamment à ménager les réticences de certains États membres, en particulier l'Allemagne et le Royaume-Uni, qui manifestaient une méfiance à l'égard de l'application des lois de police étrangères, perçue comme une source d'incertitude juridique et d'imprévisibilité[3513]. L'approche retenue apparaît néanmoins excessivement restrictive en ce qu'elle circonscrit « l'effet » des lois de police étrangères aux seules hypothèses où elles rendent « l'exécution du contrat illégale ». Cette restriction a fait l'objet d'importantes critiques, principalement en raison de la place assez insuffisante accordée aux lois de police[3514]. En effet, en plus des difficultés d'interprétation qu'elle soulève, une telle limitation risque, comme cela été souligné, d'empêcher l'application de dispositions impératives qui présenteraient pourtant une légitimité certaine à s'appliquer à une situation juridique déterminée[3515]. En outre, il a aussi été noté qu'il peut arriver qu'une loi de police se limite à suspendre l'exécution du contrat ou la subordonne à la réalisation de certaines conditions — point sur lequel le texte demeure imprécis[3516].

À la différence du système européen, le système interaméricain adopte une position beaucoup plus souple : il suffit qu'il y ait un lien étroit entre la loi de police et le contrat pour que le juge puisse l'appliquer, et ce, dès qu'il juge opportun de le faire. Au sein des sources nationales, seules les législations argentine, paraguayenne, dominicaine et uruguayenne contiennent des dispositions guidant le juge dans le traitement des lois de police étrangères[3517]. Ces quatre systèmes posent tous comme condition l'existence d'un

---

[3513] S. Bollée, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 203-225, p. 203.

[3514] V., en particulier, S. Bollée, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 203 ; et L. d'Avout, « Les lois de police » in Azzi, T. et Boskovic, O. (dir.), Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?, 1e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 91-121.

[3515] V., en particulier, S. Bollée, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 204 et s. ; et B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 1074.

[3516] V. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 1074 ; V. aussi S. Bollée, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 204 et s.

[3517] V. l'art. 2651, e , du Code civil et commercial argentin ; l'art. 17.2 de la Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux au Paraguay ; en République dominicaine, l'art. 55, paragraphe, de la Loi sur le droit international privé ; et en Uruguay, l'art. 6 de la Loi générale de droit international privé. Pour une analyse détaillée de ces dispositions, v. *supra* n° 446 et s.

lien étroit entre la loi de police étrangère et le contrat ou le rapport juridique en cause. Toutefois, alors que l'Argentine et le Paraguay se contentent d'autoriser le juge à « prendre en considération » les lois de police étrangères — étant précisé qu'en Argentine, cette faculté ne joue, aux termes de l'article 2599 du Code civil et commercial, qu'en l'absence de choix de loi par les parties —, la République dominicaine et l'Uruguay vont plus loin en reconnaissant au juge le pouvoir d'« appliquer » véritablement ces lois.

La distinction entre l'« application » et la « prise en considération » d'une loi de police étrangère a déjà été examinée, tant dans le contexte latino-américain que dans celui de la Convention et du Règlement Rome I[3518]. De façon générale, l'« application » d'une telle loi implique que celle-ci « déploie pleinement ses propres sanctions »[3519], alors que la « prise en considération » se limite, d'ordinaire, à un pouvoir de « consultation »[3520] de la norme étrangère envisagée comme un simple « fait » ou « *datum* »[3521], c'est-à-dire sans que le juge soit tenu « d'en tirer toutes les conséquences voulues par cette loi »[3522]. Toutefois, malgré les efforts de la doctrine pour justifier cette division et soutenir la prise en considération, force est de constater qu'il reste difficile de faire cette distinction s'agissant de l'intervention des lois de police[3523].

Comme l'avait justement souligné le professeur Pierre Mayer : « Aucune raison sérieuse ne conduit à déclarer inapplicables en soi les lois de police étrangères »[3524]. Si l'on peut observer d'un côté les réticences à l'égard de l'application des lois étrangères, force est de constater avec le professeur Pierre Mayer qu'il existe des considérations positives en faveur de leur application. Ces considérations résultent, comme il le met en évidence, de la concordance entre l'intérêt de l'État étranger, celui des particuliers et celui de l'État du for. Elles ne sont, en réalité, que les mêmes raisons qui fondent le phénomène général de l'application par un juge d'une loi qui n'est pas la sienne. Comme il l'affirme, « il ne s'agit pas de s'incliner devant une volonté, mais de constater un intérêt », lequel est d'ailleurs, comme il le constate, souvent celui des particuliers protégés par la loi de police étrangère[3525]. À cela, il ajoute également des préoccupations d'harmonie internationale des solutions et de reconnaissance des décisions[3526].

[3518] V. *supra* n° 236 et s.

[3519] D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale, op. cit*., p. 426.

[3520] E. Fohrer-Dedeurwaerder, *op. cit.,* p. 43.

[3521] *Ibid,* spéc. para. 88 et s., 94 et s. et 100.

[3522] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 294 ; V. aussi, S. Bollée, « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *op. cit.*, p. 204 et s. ; et P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op. cit*., n° 34 et s.

[3523] En ce sens, P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, n° 35. L'auteur explique les difficultés liées à la prise en considération et affirme que « ainsi, les cas de prise en considération justifiée d'une loi de police étrangère paraissent devoir être tout à fait rares ».

[3524] P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, n° 72.

[3525] *Ibid*, n° 45.

[3526] *Ibidem.*

Toutefois, comme l'auteur le reconnaît lui-même, ces facteurs n'ont de portée que si l'applicabilité de la loi de police étrangère est à la fois « légitime » et « inéluctable » et surtout s'il existe un intérêt à l'application « en l'espèce »[3527]. C'est ainsi que certaines législations, notamment celles latino-américaines mentionnées, limitent l'application des lois de police à celles qui ont un lien étroit avec le contrat. À notre avis, cette approche devrait être privilégiée : les juges devraient donc *pouvoir appliquer* des lois de police étrangères liées au contrat lorsque cette application se trouve *légitime* et *justifiée* vis-à-vis du but poursuivi.

585. Nécessité de régimes divers ? Par ailleurs, il semble difficile de justifier une distinction rigide entre le régime des lois de police du for et celui des lois de police étrangères, qui imposerait une obligation d'application pour les premières et un simple pouvoir de prise en compte pour les secondes. Plutôt que d'opter pour une exclusion systématique ou une application automatique, une tendance doctrinale se dessine en faveur d'un principe d'application « facultative » ou « présomptive » des lois de police, qu'elles soient du for ou étrangères, et dont la mise en œuvre relèverait de l'appréciation motivée du juge. Il doit examiner chaque situation en tenant compte de la nature et de l'objectif de la loi de police pour décider s'il doit lui accorder un effet. Une telle démarche vise à maintenir un équilibre délicat entre le respect de la prévisibilité juridique et la prise en compte égalitaire des intérêts fondamentaux protégés par le for ou autres États étroitement liés à l'affaire.

Ce « déclin de l'application automatique des lois de police du for » a été mis en évidence notamment par le professeur Louis d'Avout, qui explique que « s'est ainsi installée dans les esprits l'idée que les lois de police du for, normalement indérogeables lorsqu'elles se veulent unilatéralement applicables, peuvent être mises de côté à raison de leurs effets disproportionnés sur la situation privée et spécialement à raison de l'application antérieure d'une législation étrangère équivalente »[3528]. Par exemple, une loi de police du for protégeant le consommateur pourra ne pas se voir automatiquement appliquée lorsque la loi étrangère désignée par la règle de conflit assure une protection équivalente, voire supérieure, du consommateur. Dans ce cas, la loi de police du for perd sa raison d'être en tant que norme impérative applicable, car le but qu'elle poursuit est déjà atteint par le jeu classique bilatéral des règles de conflit[3529].

En soulignant cette problématique, le professeur Louis d'Avout propose de « revivifier et harmoniser les effets internationaux des lois de police » par l'abandon du principe de distinction fondé sur l'origine de ces lois[3530]. Dès lors, si l'objectif est de renforcer la cohérence du système, il conviendrait idéalement d'adopter une méthodologie homogène d'application des lois de police locales et étrangères et, le cas échéant, de prévoir des

[3527] *Ibid,* spéc. n° 45 et 48.

[3528] L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 91-121, p. 95.

[3529] Dans un même sens, v. P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op. cit*., n° 18.

[3530] L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 106.

mécanismes de résolution des conflits entre ces lois de même vocation. Selon lui, ce régime homogène ne peut pas être celui de l'application automatique des lois de police, peu importe leur origine. Il doit plutôt se situer entre « celle d'une application facultative généralisée des lois de police (sur décision d'opportunité du juge saisi) » et « celle d'une application présomptive généralisée de ces lois »[3531]. La différence entre ces deux scénarios est que « dans le second cas, l'autorité saisie devrait partir du principe de l'application, en suite d'une présomption d'applicabilité, et pourrait par une décision motivée décider leur éviction ; tandis que, dans le premier cas, la marge de manœuvre du juge et le raisonnement d'opportunité seraient de principe »[3532]. Il en découle qu'il serait opportun que le juge consente à relativiser l'immédiateté d'application des lois de police locales ; parallèlement, il conviendrait qu'il reconnaisse le principe d'une prise en considération des lois de police étrangères[3533].

Toutefois, comme l'a justement remarqué le professeur Louis d'Avout, afin de faciliter la mise en œuvre des lois de police, il devient également nécessaire d'élaborer un « test de légitimité », qui permettrait au juge de motiver sa décision, qu'il s'agisse de lever la présomption simple d'application des lois de police ou, au contraire, de justifier leur application. Selon lui, ce test peut s'appuyer sur des critères variés, combinant de manière générale des considérations de « proximité » et d'« équité »[3534].

586. Bilan. Face aux disparités actuelles et aux débats qui en découlent, il apparaît essentiel, dans une perspective d'harmonisation future du régime applicable aux contrats internationaux dans la région latino-américaine, que les législations offrent une définition stricte et précisent le rôle des lois de police, qu'elles soient du for ou étrangères, en adoptant une approche présomptive ou facultative, indépendamment de leur origine, comme il a été suggéré par le professeur Louis d'Avout. Une telle approche paraît plus appropriée pour parvenir à une harmonisation en la matière, en clarifiant un mécanisme encore marqué par l'imprécision en Amérique latine.

Enfin, nous estimons qu'il n'y a pas de raison de suivre le modèle restrictif adopté par le règlement européen concernant la qualification et la prise en compte des lois de police étrangères. Comme il a été observé, il peut s'avérer avantageux pour les parties de considérer l'application des lois de police étrangères, lorsque celles-ci présentent un lien

---

[3531] *Ibidem*.

[3532] *Ibidem*.

[3533] *Ibid,* p. 106-107.

[3534] *Ibid,* p. 120. Selon le professeur d'Avout, quelques questions peuvent servir de guide pour le juge, par exemple : « La loi de police est-elle régulière à raison de son origine (qualité du titre de compétence de son auteur) et acceptable à raison de son contenu normatif (ce qui suppose d'établir son caractère exportable dans d'autres systèmes juridiques et, éventuellement, son caractère comparativement commun ou exorbitant) ? » ; « La loi de police entretient-elle des liens suffisants de proximité objective avec les faits pour que l'application qu'elle revendique unilatéralement puisse être confirmée au cas litigieux ? » ; « L'application concrète de la loi de police est-elle équitable au cas d'espèce, par rapport aux représentations individuelles des parties en présence ? Cette application possible vient-elle, au contraire, déstabiliser les attentes communes des parties ayant une raison légitime de ne pas l'escompter ? ».

réel avec la situation, sans qu'il soit nécessaire d'exiger que lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. En outre, le terme *application* nous paraît plus approprié, afin d'éviter toutes les difficultés liées aux expressions « prise en considération » ou similaires. Les juges devraient ainsi pouvoir les appliquer dès lors que leur application se trouve légitime et justifiée vis-à-vis du but poursuivi.

Section 5 — Pour l'inclusion des normes de protection des parties vulnérables

587. Lors de sa session tenue à Hyderabad en 2017, l'Institut de droit international a adopté une résolution posant que, dans la détermination de la loi applicable, les États devraient garantir le respect de l'autonomie de la volonté, sous réserve qu'elle ne porte pas atteinte aux intérêts des parties faibles (art. 13)[3535]. En Amérique latine, la question du régime juridique applicable aux contrats conclus avec des parties faibles demeure depuis longtemps l'objet d'un débat doctrinal nourri[3536]. L'idée centrale, largement admise, est que l'inégalité de force entre les contractants justifie un traitement différencié, afin d'assurer une protection effective des droits de ceux qui se trouvent en position de faiblesse. Comme le formule la professeure brésilienne Claudia Lima Marques, « les deux grands principes de la justice moderne (liberté et égalité) se conjuguent pour restreindre la liberté de l'un, en traitant inégalement l'autre (*favor debilis*)[3537], compensant ainsi la

[3535] J. Basedow (rapporteur), Institut de droit international, *Session de Hyderabad, 2017 : délibérations*, Paris, Editions A. Pedone, Annuaire / Institut de droit international n° volume 78, 2018, p. 220.

[3536] V., en particulier, les travaux de la professeure brésilienne Claudia Lima Marques : C. Lima Marques, « A insuficiente proteção do consumidor nas normas de DIPR da necessidade de uma convenção interamericana sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo », *in* D.P. Fernández Arroyo, F. Mastrángelo (org.), *El futuro de la codificación del derecho internacional privado en América*, De la CIDIP VI a la CIDIP VII, Alveroni Ediciones, 2005, p. 105-165 ; C. Lima Marques, « Lei mais favorável ao consumidor e o Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017 », *op. cit.*, p. 419-457 ; C. Lima Marques, « Les leçons de la réunion préparatoire de Porto Alegre pour la Conférence Spécialisée de Droit International Privé — CIDIP VII — sur la protection des consommateurs et des négociations subséquentes », *op. cit.,* p. 136-167 ; C. Lima Marques, « La protección del consumidor en el derecho internacional privado uruguayo: Una comparación con los proyectos brasileños », *op. cit.*, p. 347-365 ; V. aussi L. Klein Vieira, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*, Thomson Reuters La Ley, 2017 ; L. Klein Vieira, « El proyecto de acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo », *Revista de Direito do Consumidor*, 2015, p. 159-181 ; et C. Madrid Martínez, « Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor », *in* D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 437-456.

[3537] Sur ce principe v. E. Isler Soto, « From *Favor Debilis* to *Favor Consumatore*: Historical Considerations », *Derecho PUCP*, n° 82, 2019, p. 35-60 ; et G.J. Schötz, « El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas », *Ars Iuris Salmanticensis*, 2013, vol. 1, n° 2, p. 115–150. Selon ce dernier, professeur en Argentine, ce principe implique « l'application d'un système protecteur à une catégorie de sujets caractérisés par une situation générale de faiblesse. » (G.J. Schötz, « El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas », *op. cit.*, p. 121). Il explique encore que, du point de vue du droit international privé, le principe universel du *favor debilis* « possède même une formulation propre : il s'agit de l'*in dubio pro consumptore* […] Dans le commerce international, il convient d'apprécier tout particulièrement la faiblesse des consommateurs, dans la mesure où, sous l'effet de la mondialisation, les entreprises adoptent des comportements uniformes, en marge des pouvoirs étatiques. » (*Ibid*, p. 124). Comme il le précise, « Il ne s'agit donc pas seulement d'un principe d'interprétation favorable des contrats, mais du fondement d'un sens de la justice qui doit orienter

"fragilité ou vulnérabilité" de l'un par des normes "protectrices" qui encadrent l'activité de l'autre, rééquilibrant de fait et de droit la situation »[3538].

Cette exigence de protection ne se limite toutefois pas au droit matériel. Le droit international privé, par sa fonction propre, intervient également dans ce processus de rééquilibrage. Comme l'a fait remarquer le professeur Fausto Pocar, la tâche du droit international privé est celle d'indiquer la loi applicable, « mais en évitant que la différence du niveau de protection existant dans les systèmes juridiques avec lesquels une situation caractérisée par le besoin de protection d'un sujet a des liens puisse provoquer des solutions injustes pour le faible »[3539]. Ainsi, droit matériel et droit international privé se complètent : le premier édicte les règles substantielles de protection, tandis que le second veille à ce que le choix de la loi applicable ne compromette pas l'effectivité de cette protection.

588. Rappel du système actuel. En Amérique latine, bien que plusieurs avancées aient été réalisées en matière de droit substantiel pour la protection des parties faibles, le rôle du droit international privé dans cette protection demeure largement insuffisant. En fait, aucun des instruments régionaux en Amérique latine ne réglemente spécifiquement les contrats ayant une partie faible. Cela a été d'ailleurs l'une des raisons du faible nombre de ratifications de la Convention de Mexico (qui s'applique aux contrats internationaux en général, sans exclure ceux conclus avec des parties faibles). De même, en ce qui concerne le droit international privé de source interne, actuellement, à de rares exceptions près (l'Argentine, le Panama, la République dominicaine et, plus récemment, l'Uruguay), aucune réglementation n'est prévue en droit interne pour ces types de contrats. Et, parmi les États qui ont choisi de réglementer cette matière, les solutions demeurent hétérogènes : les critères de rattachement varient d'un ordre juridique à l'autre et la question de la faculté pour les parties de choisir la loi applicable continue de susciter de vives divergences, sans un véritable consensus. En dehors du niveau législatif, le sujet a été également peu exploré du point de vue jurisprudentiel dans la majorité des pays latino-américains[3540].

Malgré cette absence de réglementation régionale et interne, il convient de s'arrêter, sur le point de vue sous-régional, sur l'Accord du Mercosur sur le droit applicable en matière de contrats internationaux de consommation. Cet accord, conclu le 21 décembre 2017, règle la question du droit applicable aux contrats internationaux de consommation et accepte l'application de la loi la plus favorable au consommateur. Cet accord, rédigé par la

---

l'ensemble des relations juridiques de cette catégorie. Dès lors, ce principe détermine également le système de droit international privé applicable aux relations juridiques auxquelles participent ces groupes sociaux ou économiques. » (*Ibid*, p. 127) (traduction libre de l'espagnol).

[3538] C. Lima Marques, *Observaciones y propuestas sobre las reglas generales y el campo de aplicación del proyecto de convención interamericana de derecho internacional privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo de Brasil*, Parte I, en ligne https://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env_lima_marques.pdf (consulté le 23 septembre 2025. Traduction libre de l'espagnol).

[3539] F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 1984, vol. 188, p. 357.

[3540] V. *supra* n° 237 et s. ; n° 453 et s.

professeure brésilienne Claudia Lima Marques, s'est inspiré de la proposition brésilienne de la CIDIP-VII, et vise à surmonter les obstacles concernant les contrats entre les consommateurs et les fournisseurs de produits et services de la région, en mettant l'accent sur la protection du consommateur. Cette désignation « ouverte » de la loi la plus favorable au consommateur, inspiré de la règle européenne de 1980 de la Convention de Rome, n'avait pas encore reçu d'approbation dans un texte contraignant en dehors du cadre interne (malgré sa présence dans le projet de la CIDIP-VII pour la protection des consommateurs dans les pays de l'OEA, qui n'a pas été approuvé). L'accord n'est, cependant, toujours pas en vigueur, étant en phase d'incorporation dans les pays membres du Mercosur[3541].

L'absence de réglementation spécifique régissant les accords conclus avec des parties vulnérables, que ce soit au niveau national ou régional, laisse ces dernières uniquement protégées par les dispositifs d'ordre public et les lois de police. Or, comme l'a justement souligné la doctrine, cette protection demeure largement insuffisante et inadaptée[3542]. Par ailleurs, l'absence de protection spécifique conduit souvent les magistrats à assimiler l'ensemble des normes nationales de protection du consommateur à des règles d'ordre public international ou à des lois de police. Ils en viennent par conséquent fréquemment à déclarer abusives et nulles les clauses d'élection de la loi applicable dans les contrats conclus avec les consommateurs[3543]. C'est la raison pour laquelle l'adoption d'un régime spécial s'impose, prenant en considération la qualité des parties contractantes et garantissant tant la prévisibilité quant à la validité de la clause d'élection de for que la protection juridique nécessaire aux consommateurs. Il convient donc d'examiner, dans un premier temps, les solutions qui ont été proposées dans la région pour la protection des parties faibles (§1), pour en analyser ensuite leur pertinence (§ 2).

§1 — Les solutions du droit souple

589. Tant les Principes de La Haye que le Guide de l'OEA excluent de leur champ d'application les contrats conclus avec des parties vulnérables (A). Toutefois, l'OEA a publié, en 2023, un rapport et guide de bonnes pratiques relatif à l'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux impliquant une partie économiquement faible, qui appelle une analyse particulière (B).

[3541] Sur le processus d'incorporation du droit mercosurien, v. *supra* n° 77. Sur les solutions adoptées par l'Accord du Mercosur, v. *supra* n° 240.

[3542] À cet égard, les professeurs Bernard Audit et Louis d'Avout rappellent que le recours aux lois de police s'avère inadapté en matière de contrats internationaux, notamment parce qu'il suppose « pratiquement l'intervention d'un juge, il ne s'applique qu'à des dispositions ponctuelles et il dépend d'une appréciation de différents facteurs au premier rang desquels les rattachements particuliers de la situation ». V. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.,* p. 931. Dans une perspective interaméricaine, critiquant la solution de la Convention de Mexico, v. C. Lima Marques, « A proteção do consumidor : aspectos de direito privado regional e geral », *Cursos de Derecho internacional*, parte 2, *op. cit.*, p. 1542-1543.

[3543] C. Lima Marques, « Les leçons de la réunion préparatoire de Porto Alegre pour la Conférence Spécialisée de Droit International Privé — CIDIP VII — sur la protection des consommateurs et des négociations subséquentes », *op. cit.,* p. 158.

A. Le silence des Principes de La Haye et du Guide de l'OEA

590. Tant les Principes de La Haye que le Guide de l'OEA excluent expressément de leur champ d'application certaines catégories de contrats dans lesquels le pouvoir de négociation de l'une des parties est réputé plus faible, en particulier les contrats de consommation et de travail (art. 1.1 des Principes et paragraphe 114 du Guide de l'OEA).

Le Guide comporte néanmoins quelques allusions aux contrats conclus avec des parties en situation de faiblesse, montrant une préoccupation pour la protection de ces parties. S'agissant de l'analyse des initiatives d'harmonisation dans le secteur privé, et plus particulièrement des contrats types, il est affirmé que : « Ces contrats types peuvent poser des difficultés dans le cadre général du droit des contrats ». Il est en outre précisé que : « Étant généralement rédigés par ou pour des entreprises opérant dans les plus grands centres commerciaux mondiaux, leur utilité peut se révéler limitée dans d'autres contextes. De surcroît, dans la majorité des cas, leur contenu est formulé de manière unilatérale, dans l'intérêt exclusif d'une partie, et leur rédaction est inévitablement influencée par les concepts juridiques propres au pays d'origine »[3544].

Dans la section relative à la validité formelle du choix de loi, le Guide cite le commentaire 5.4 des Principes de La Haye (« Puisque les Principes visent uniquement les contrats commerciaux, la protection des parties présumées faibles, telles que les consommateurs ou les travailleurs, par le biais d'exigences de forme ou d'autres restrictions similaires, n'est pas nécessaire »), mais précise, cependant, que « la notion de partie faible inclut toute personne dépourvue de pouvoir de négociation, ce qui peut également englober les commerçants ainsi que les petites entreprises »[3545]. Marquant déjà l'attention portée par l'organisation aux contrats asymétriques, il est souligné : « Cela est particulièrement vrai dans le cas des contrats d'adhésion contenant des clauses de choix de loi prédéterminées ; la situation s'aggrave dans les hypothèses d'offre monopolistique, où il n'existe aucune liberté pour consentir à une clause de choix de loi imposée par l'une des parties »[3546]. Ces préoccupations ont ultérieurement motivé une étude spécifique de l'OEA, publiée en 2023, qui sera analysée ci-après.

[3544] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, n° 88.

[3545] *Ibid*, n° 280.

[3546] *Ibidem*.

B. Le Rapport et guide de bonnes pratiques de l'OEA sur l'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux comportant une partie économiquement faible (2023)

591. Régime actuel des contrats asymétriques. Malgré l'exclusion expresse des contrats conclus avec des parties vulnérables par les Principes de La Haye et le Guide de l'OEA de leur champ d'application, il existe actuellement des discussions dans la région latino-américaine sur la pertinence de l'autonomie de la volonté dans des contrats d'adhésion ou « asymétriques ». En réalité, la préoccupation n'est pas nouvelle. Dès 1981, dans son cours dispensé à l'Académie de droit international de La Haye, le professeur argentin Antonio Boggiano soulevait la question de l'extension de la protection accordée aux parties « typiquement faibles » (tels les consommateurs) aux « situations atypiques »[3547].

Comme il a été noté par un récent travail de l'OEA sur le thème[3548], en général, les contrats avec des consommateurs, des travailleurs et parfois les contrats avec des assurés sont généralement exclus du régime autonomiste. Cependant, on prête rarement attention à ces contrats dont les parties, bien qu'étant des commerçants, se trouvent en situation de grave inégalité en raison de l'absence totale de pouvoir de négociation de l'une d'elles. Cela se rencontre en règle générale avec les contrats comportant des clauses types sous toutes leurs variantes, les contrats d'adhésion, les contrats assortis de conditions générales unilatérales, les contrats formulaire, les contrats asymétriques (qui sont le contraire des contrats « de libre discussion », c'est-à-dire ceux dans lesquels les parties n'ont pas un pouvoir de négociation égal ou équivalent) et autres dénominations similaires. Dans ces types de contrats, l'inégalité entre les parties peut être si significative qu'une des parties se trouve en position de faiblesse en ce qui concerne la négociation, et n'adhère pas pleinement aux choix de la loi applicable ou au tribunal compétent. De telles situations sont fréquentes dans le commerce international, ce qui peut causer des situations indésirables, voire injustes.

En Amérique latine, il n'y a pas, du point de vue législatif, de réglementation satisfaisante pour les problèmes posés par l'autonomie de la volonté en cas de contrats asymétriques entre commerçants. Les réglementations qui existent sont insuffisantes ou inadaptées. Le Code Bustamante est le seul à faire référence aux contrats d'adhésion à l'article 185, selon lequel : « En dehors des règles déjà établies et de celles qui, à l'avenir, seront fixées pour des cas spéciaux dans les contrats d'adhésion, est présumée acceptée, à défaut de volonté expresse ou tacite, la loi de celui qui les offre ou les prépare »[3549].

[3547] A. Boggiano, « International Standard Contracts A Comparative Study », *op. cit.*, p. 83-84 (traduction libre de l'anglais ; original sans italiques).

[3548] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil*, *op. cit.*, p. 13 et s.

[3549] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit*., p. 144-223.

En ce qui concerne le droit international privé de source interne, seules quelques législations prévoient des dispositions spécifiques concernant certains types de contrats asymétriques. Cela est le cas au Panama, où le Code de droit international privé prévoit également des règles spéciales pour les contrats d'assurance (art. 78) et pour les contrats de franchise et représentation (art. 82), établissant une protection particulière aux assureurs et franchisés[3550]. En outre, en République dominicaine, de manière simplificatrice et ambiguë, l'article 64 de la Loi sur le droit international privé prévoit que les règles applicables aux contrats de travail et de consommation s'étendent également aux contrats d'assurance. Il semble que l'objectif sous-jacent soit de protéger l'assuré, à l'instar des travailleurs et des consommateurs, sans que les modalités précises de mise en œuvre de ce régime protecteur soient toutefois clairement définies[3551]. Au Venezuela, la Loi d'arbitrage commercial (Loi 36 430 du 7 avril 1998) exige, pour les contrats d'adhésion et les contrats standardisés, que la volonté de soumettre le contrat à l'arbitrage doive être exprimée de manière « expresse et indépendante » (art. 6)[3552].

592. Solutions proposées par l'OEA. Dans le contexte régional, il convient de faire référence à une récente étude de l'OEA, de décembre 2023[3553], concernant l'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux avec une partie négociant faible. Cette étude, dirigée par la professeure uruguayenne Cecilia Fresnedo de Aguirre, avait pour objectif d'identifier les défis liés à la protection des parties économiquement faibles dans ces contrats, ainsi que les solutions possibles. Elle a abouti à la rédaction d'un rapport assorti de recommandations de bonnes pratiques intitulé « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux comportant une partie économiquement faible : Défis inhérents et solutions possibles ».

L'instrument se concentre sur les accords utilisant des « clauses type », notamment les contrats d'adhésion, qui, selon le rapport, sont des contrats « élaborés unilatéralement par la partie qui fournit le service ou le produit, sans que l'autre partie, même si elle est une commerçante, ait la possibilité de négocier les clauses du contrat, qui sont généralement

[3550] Selon ces articles : « Art. 78 — La loi applicable aux contrats d'assurance est celle du siège social de la compagnie d'assurance, sauf stipulation contraire. Les assurés nationaux ou domiciliés dans la République du Panama peuvent introduire leur réclamation devant les tribunaux panaméens ou devant les tribunaux du siège social de la compagnie d'assurance » ; « Art. 82. Les contrats de représentation et de franchise internationale sont régis par l'autonomie des parties, mais, en ce qui concerne l'indemnisation pour rupture ou non-respect du contrat, par la loi d'exécution du contrat ou celle qui offre la plus grande protection au concessionnaire ou au franchisé, au choix de ce dernier » (Cf. Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama*. Traduction libre de l'espagnol).

[3551] Selon cet article : « Les règles contenues dans les articles 62 et 63 s'appliquent aux contrats d'assurance » (Cf. République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine*, traduction libre de l'espagnol).

[3552] Venezuela, *Loi d'arbitrage commercial*, Loi 36 430, 7 avril 1998 (traduction libre de l'espagnol).

[3553] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil:* desafíos inherentes y posibles soluciones, Informe y recomendaciones de buenas prácticas, CJI/doc. 683/23 rev.3. Washington, 12 décembre 2023.

définies dans des conditions générales imprimées ou dans des formulaires »[3554]. Le rapport englobe ainsi « tous les contrats commerciaux internationaux, quelle que soit la forme spécifique — distribution, agence, transport, assurance, contrats bancaires, parmi d'autres — dans lesquels une des parties manque de pouvoir de négociation, notamment en ce qui concerne les clauses de choix de la loi applicable et/ou de juridiction »[3555].

Le rapport, qui repose sur des questionnaires envoyés aux pays et experts américains, a conclu qu'il existe une actuelle insuffisance de réglementation à ce sujet. Il a aussi été souligné que les règles de droit international privé qui régissent les contrats internationaux, qu'elles soient conventionnelles ou nationales, sont généralement conçues pour les contrats « de gré à gré », c'est-à-dire des contrats dans lesquels les deux parties ont un pouvoir de négociation équitable, bien que non identique, et non pour les contrats comportant des clauses types, asymétriques, d'adhésion ou similaires. Dans ces derniers types de contrats, une partie établit les conditions et l'autre les accepte ou les refuse sans possibilité de négociation ou de discussion des clauses préétablies unilatéralement[3556].

Par conséquent, des recommandations et bonnes pratiques aux praticiens du droit ont été proposées, afin d'offrir un outil pour remédier à certains des problèmes actuels, ou du moins d'améliorer ces situations d'injustice pour ceux parties manquant de pouvoir de négociation. Ces recommandations complètent ainsi l'actuel cadre juridique, notamment le Guide de l'OEA, les Principes d'Unidroit et Principes de La Haye, constituant un document pratique, novateur et utile aux acteurs du droit[3557].

Pour ce qui concerne la présente recherche, il convient de souligner et commenter quelques recommandations de ce rapport. Les recommandations 1 et 2 concernent l'existence et la validité du consentement des parties et la charge de la preuve :

> « Recommandation 1 : Il est recommandé que les clauses de choix de loi et/ou de tribunal aient été consenties de manière effective et valide par toutes les parties au contrat. Il est recommandé que le juge ou l'arbitre vérifie dans chaque cas particulier et en fonction des circonstances de l'affaire si les éléments de validité du consentement des deux parties concernant la clause de choix de loi et/ou de tribunal existent ou non.
>
> Recommandation 2 : Il est recommandé que l'accord explicite de choix de loi ou de tribunal soit documenté par écrit ou par tout autre moyen de communication accessible pour une consultation ultérieure. La charge de la preuve de l'existence d'un consentement libre des deux parties incombe à la partie rédactrice du contrat d'adhésion. »[3558]

[3554] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil*, *op. cit.,* p. 14 (traduction libre de l'espagnol).

[3555] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[3556] *Ibid*, spéc. p. 13-18.

[3557] *Ibid,* p. 18.

[3558] *Ibid,* p. 119-121 (traduction libre de l'espagnol).

Les commentaires de ces recommandations expliquent qu'en déterminant s'il y a un consentement valide de la partie adhérant aux clauses de choix de loi, il convient de s'assurer qu'il n'a pas été obtenu de manière abusive, en tenant compte du cas concret, conformément à la *lex fori*. En outre, il est précisé que le caractère unilatéral des conditions, privant ainsi la partie adhérant de la possibilité de choisir d'autres conditions, sera également pris en compte le cas échéant. Enfin, il est affirmé que « Le fait que la clause de choix de loi ou de juridiction soit clairement défavorable à la partie adhérente constituera un indice de l'absence de consentement de sa part »[3559]. Si le juge ou l'arbitre conclut que la clause de choix de loi n'est pas valide, il déterminera la loi applicable conformément aux règles de droit international privé applicables en l'absence de choix valable, qui peuvent être de source conventionnelle ou nationale[3560].

Les recommandations 3 et 6 du Guide concernent l'interprétation générale et spécifique des clauses de choix de loi incluses dans les contrats d'adhésion ou équivalents. Selon la recommandation 3 :

> « Il est recommandé, lorsqu'on interprète les clauses de choix de juridiction et/ou de loi incluses dans des contrats d'adhésion ou équivalents, de prendre en compte que les systèmes fondés sur l'autonomie de la volonté ont été conçus pour régir des contrats entre parties égales ou librement négociés, et il convient également, lorsqu'on le juge nécessaire, de recourir aux mécanismes offerts par le droit international privé (exception d'ordre public international, exception de fraude à la loi, lois de police, etc.) afin d'atténuer les éventuelles injustices ou déséquilibres que pourrait occasionner l'application pleine du système autonomiste aux contrats d'adhésion ou équivalents. »[3561]

En outre, en ce qui concerne spécifiquement les clauses de choix de loi, la recommandation n° 6, en s'inspirant de l'article 4.6 des Principes d'Unidroit (*interprétation contra proferentem*), oriente à : « ne pas reconnaître d'efficacité aux clauses de choix de loi incluses dans les contrats comportant des clauses standard ou d'adhésion qui favorisent la partie ayant unilatéralement émis les conditions générales dans lesquelles la clause a été incluse, portant préjudice ainsi à la partie qui adhère, à moins que cette dernière n'accepte expressément l'application de ladite loi ». En cas de doute sur des clauses contractuelles, le rapport précise que celles-ci « devraient être interprétées *contra proferentem [contre celui qui les a proposées]* »[3562].

Au Brésil, par exemple, la nouvelle proposition de loi générale de droit international privé présentée en 2025, qui est actuellement en discussion, a suivi cette approche. Le projet subordonne désormais l'autonomie de la volonté au respect de l'interdiction de « l'abus de

[3559] *Ibid,* p. 119 (traduction libre de l'espagnol).

[3560] *Ibid,* p. 119-121.

[3561] *Ibid,* p. 121 (traduction libre de l'espagnol).

[3562] *Ibid,* p. 124 (traduction libre de l'espagnol).

droit »[3563]. Ce mécanisme paraît ainsi permettre aux juges d'écarter le choix de la loi applicable dans les contrats d'adhésion lorsque celle-ci a été imposée unilatéralement à l'une des parties et lui cause un préjudice.

La recommandation suivante, n° 7, qui se fonde sur le commentaire « b » à la section 187 du second *Restatement* des conflits de lois (1971), sur l'article 9 de la Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, et sur l'article 11 de la nouvelle Loi générale de droit international privé de l'Uruguay, concerne la « justice substantielle dans le cas concret » et conseille que le juge ou l'arbitre « rejette l'application de toute clause de choix de loi (ou de tribunal) insérée dans les conditions générales d'un contrat commercial international d'adhésion, si son application aboutit à une situation déséquilibrée ou manifestement défavorable pour la partie adhérente »[3564].

Par ailleurs, le rapport de l'OEA recommande que les clauses de choix de loi insérées dans les contrats commerciaux internationaux d'adhésion ou asymétriques ne fassent pas obstacle à l'application des lois de police du for et étrangères ni aux principes d'ordre public international du for (recommandations 8 et 9)[3565].

Les commentaires relatifs à ces recommandations sont particulièrement succincts. En ce qui concerne la troisième recommandation, le rapport souligne seulement qu'il revient au juge ou à l'arbitre de « rendre justice dans le cas concret », et « non seulement une justice formelle, mais aussi une justice matérielle ou substantielle, et de maintenir un équilibre garantissant un minimum de protection au contrat »[3566]. Le pouvoir d'appréciation judiciaire ou arbitral est ainsi central pour garantir un équilibre minimal, en particulier dans les situations d'inégalité manifeste des forces entre contractants. Mais le rapport précise que la présence d'une clause de choix de loi ne sera pas jugée automatiquement invalide « du seul fait qu'il existe une inégalité dans le pouvoir de négociation ou une absence de négociation », mais il faudra que cette clause « porte préjudice à la partie la plus faible » pour être éventuellement écartée[3567].

593. Évaluation critique. Bien que ces recommandations soient opportunes, il convient de souligner l'insécurité juridique potentielle qu'elles pourraient entraîner, principalement en raison de l'ample marge d'interprétation laissée aux juges dans chaque cas particulier. Ceci se reflète notamment dans la détermination de l'existence d'un déséquilibre contractuel, et, en outre, dans l'évaluation du consentement valide des parties impliquées.

[3563] L'art. 29 de l'Avant-projet de loi générale sur le droit international privé (2025), actuellement en discussion au Brésil, dispose : « *Sauf en cas d'abus*, les obligations découlant de contrats internationaux seront régies par le droit choisi par les parties » (traduction libre du portugais).

[3564] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil*, *op. cit.,* p. 124 (traduction libre de l'espagnol).

[3565] *Ibid,* p. 125-126 (traduction libre de l'espagnol).

[3566] *Ibid,* p. 122 (traduction libre de l'espagnol).

[3567] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

En outre, en se fondant sur ces recommandations, il est difficile d'envisager comment les juges pourraient justifier la mise en œuvre du mécanisme de fraude à la loi, c'est-à-dire par la caractérisation d'une manipulation artificielle du rapport juridique dans le but d'échapper aux prévisions de la loi normalement applicable, pour protéger une partie dépourvue de pouvoir de négociation dans le cadre d'une négociation commerciale internationale[3568]. En effet, le schéma traditionnel de la fraude à la loi ne peut que difficilement être transposé en matière contractuelle[3569].

En revanche, les méthodes de l'exception d'ordre public et de lois de police, bien qu'également insuffisantes à notre sens, sont particulièrement utilisées par les juridictions pour assurer la protection des parties faibles. Dans le contexte du droit européen, cela est le cas, par exemple, des agents commerciaux (voir notamment les célèbres affaires *Ingmar* et *Unamar* de la CJUE[3570]). En Uruguay, la récente législation générale sur le droit international privé a emboîté le pas en excluant certains accords de son champ d'application, considérés comme matière d'ordre public. Parmi ceux-ci figurent les contrats d'assurance et les contrats de transport maritime, qui sont régis par des lois nationales spécifiques[3571]. Ces lois prévoient un régime dédié au droit international privé pour ces deux types de contrats[3572]. En Colombie, une disposition considérée comme

[3568] Pour une critique du mécanisme de fraude à la loi pour protéger les parties faibles, v. F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 201 et s.

[3569] V. F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 190 et s.

[3570] CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*, Aff. C—381/ 98 , *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 107 n. Idot, *JDI*, 2001, p. 511, n. Jacquet ; CJCE, 17 octobre 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV c. Navigation Maritime Bulgare*, Aff. C—184/ 12, *Recueil Dalloz*, n° 1, n. L. d'Avout, 2014, p. 60-64 (« Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux »).

[3571] « Art. 50 — G) Les contrats d'assurance sont régis par la Loi sur les contrats d'assurance n° 19 678 du 26 octobre 2018 ; H) Les contrats de transport par voie maritime sont régis par la Loi sur le droit commercial maritime n° 19 246 du 15 août 2014. » (Traduction libre de l'espagnol).

[3572] Selon la *Loi sur les contrats d'assurance* n° 19 678 du 26 octobre 2018 : « Art. 117 (Loi applicable aux contrats d'assurance) — Les contrats d'assurance sont régis par la loi de l'État du lieu d'exécution de la prestation caractéristique. Ce lieu est entendu comme étant celui du domicile de la succursale, agence ou bureau de la compagnie d'assurance ayant conclu le contrat et émis la police. Cette disposition inclut tous les contrats d'assurance de transport, qu'ils soient maritimes, aériens, terrestres ou multimodaux, ainsi que les contrats d'assurance vie, pensions, retraites sous toutes leurs formes, les assurances de responsabilité civile, les cautions, les crédits à l'exportation et autres contrats similaires ; Les contrats d'assurance de dommages portant sur des biens matériels immobiliers ou accessoires à un bien immobilier sont régis par la loi de l'État où sont situés les biens assurés au moment de la conclusion du contrat. Cette disposition inclut les assurances contre incendie, vol, explosion, foudre, tempête, grêle, bris de glace et similaires ; Sauf convention contraire, les contrats de réassurance sont régis par la loi du lieu de localisation du risque cédé, considéré comme étant celui du domicile de l'assureur cédant. En cas de plusieurs réassurances en cascade, le lieu de localisation du risque sera celui du domicile du premier réassureur assuré » ; « Art. 119 (Caractère impératif) — Les règles de compétence législative et juridictionnelle déterminées dans ce chapitre sont d'ordre public et ne peuvent être modifiées par la volonté des parties, sauf disposition contraire au troisième alinéa de l'article 117 de cette loi ». Et, la *Loi sur le droit commercial maritime* n° 19 246 du 15 août 2014 : « Art. 7 (Règles de droit international privé) — Lorsqu'il n'existe pas de traité contraignant régissant la loi applicable et la compétence juridictionnelle en matière de droit maritime, celles-ci seront déterminées conformément aux règles du Traité de droit de la navigation commerciale internationale, signé à Montevideo le 19 mars 1940. Ces règles régissent l'abordage, l'assistance et le sauvetage, les avaries particulières et générales, le contrat de règlement, l'affrètement des navires, le transport de marchandises et de personnes, les assurances maritimes, l'hypothèque maritime et tout autre sujet relatif au droit maritime international ; Clause de prorogation post-litige : quelle que soit la juridiction compétente selon les règles précédentes, après la survenance du litige, les parties peuvent convenir que celui-ci soit soumis à une autre juridiction, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale. » (Traduction libre de l'espagnol).

impérative prévoit que les contrats d'agence commerciale exécutés sur le territoire national sont nécessairement régis par le droit colombien, « toute stipulation contraire étant réputée non écrite » (art. 1328 du Code de commerce)[3573]. Dans d'autres pays latino-américains, bien qu'il n'existe pas de dispositions expresses en la matière, certaines normes concernant les contrats asymétriques sont généralement considérées comme des règles impératives. Cela concerne, entre autres, les contrats d'assurance, d'agence, de franchise, de distribution, de construction, de représentation, de fiducie et de donation[3574].

Comme l'avait remarqué le professeur Karsten Thorn, à première vue, la méthode de lois de police pour protéger des parties faibles dans un contrat asymétrique « présente l'avantage apparent d'une bien plus grande précision d'objectif » ; « puisqu'elles reposent sur des dispositions impératives du droit matériel, ces dispositions contiennent des solutions à des problèmes déjà identifiés »[3575]. Toutefois, comme le souligne également l'auteur, en l'absence d'une compétence juridictionnelle dans l'ordre juridique qui l'a édictée, cette règle demeure, dans la plupart des cas, inefficace[3576]. Par ailleurs cette méthode unilatérale compromet, selon lui, la neutralité même du droit international privé, laquelle constitue pourtant une « condition préalable à l'harmonie internationale des décisions, autre idéal du droit international privé »[3577]. Cela étant, le professeur Thorn n'exclut pas totalement le recours aux lois de police pour assurer la protection des parties faibles dans certaines hypothèses spécifiques, notamment lorsqu'il s'agit de donner effet à des politiques législatives dont la cohérence comparative fait défaut[3578].

[3573] « Art. 1328. Soumission aux lois colombiennes. Pour tous les effets, les contrats d'agence commerciale exécutés sur le territoire national sont soumis aux lois colombiennes. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. » (Traduction libre de l'espagnol).

[3574] V. OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil*, *op. cit.,* p. 44 et s.

[3575] K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, p. 153 et s. (traduction libre de l'anglais). À propos de l'œuvre du professeur Thorn, v. L. d'Avout, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law, par K. Thorn, Rec. cours La Haye 2023, vol. 433, p. 99-205 », *Rev. crit. DIP*, 2024, p. 196-198.

[3576] K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, p. 156.

[3577] K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, p. 153 (traduction libre de l'anglais). À propos de l'œuvre du professeur Thorn, v. L. d'Avout, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law, par K. Thorn, Rec. cours La Haye 2023, vol. 433, p. 99-205 », *op. cit.,* p. 196-198.

[3578] V. K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, p. 178. Pour l'auteur, hormis les contrats de distribution — singulièrement les contrats de franchise et d'agence, pour lesquels la nécessité de règles de conflit spéciales fait l'objet d'un consensus — les autres catégories contractuelles caractérisées par un déséquilibre structurel ne justifieraient pas l'adoption de règles particulières. Comme il l'affirme : « S'agissant d'autres types de contrats, il a également été possible de mettre en évidence un tel déséquilibre structurel. Toutefois, d'un point de vue comparatif, les réponses législatives qui y sont associées demeurent des phénomènes isolés, limités à certains États, comme, par exemple, la protection du sous-traitant en droit français. Il n'y a donc pas lieu d'adopter des règles de conflit multilatérales et la question peut être laissée aux dispositions impératives immédiatement applicables ». (*Ibid*, p. 178, spéc. n° 133 ; traduction libre de l'anglais). V. aussi, L. d'Avout, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law, par K. Thorn, Rec. cours La Haye 2023, vol. 433, p. 99-205 », *op. cit.,* p. 197.

La critique de recourir aux lois de police pour assurer la protection de la partie faible n'est pas nouvelle. D'une manière générale, il est avancé qu'en plus de la mise à l'écart de la règle de conflit bilatérale qu'elles réalisent « à un degré dont les parties ne peuvent par avance mesurer l'intensité », leur application « sera probablement génératrice d'arbitraire de la part du juge et d'incertitude, d'imprévisibilité à l'égard des parties contractantes, dont notamment la partie faible à laquelle elles n'offrent qu'une protection au surplus limitée »[3579]. Toutefois, il a aussi été affirmé que ces critiques sont « trop systématiques » et que, dans l'ensemble, « les lois de police apportent une protection effective sur certains aspects de la relation contractuelle tout en laissant jouer le principe d'autonomie sur d'autres points », sans mettre en cause le principe de sécurité juridique « car la partie en position de force peut anticiper leur application et avoir une idée des dispositions juridiques ayant vocation à régir le contrat »[3580].

En tout état de cause, les lois de police ne proposent pas une méthodologie optimale pour la protection des parties faibles. Comme l'a justement indiqué M. Leclerc dans sa thèse de droit[3581], les lois de police excluent toute possibilité d'ouverture vers des dispositions susceptibles d'offrir une protection supérieure, et ce, même lorsque de telles mesures seraient plus favorables aux personnes concernées. En outre, l'auteur souligne également l'insuffisance des correctifs offerts par la règle de conflit, tels que l'exception d'ordre public, s'agissant de la protection des parties faibles. Leur rôle demeure, par nature, limité et ne saurait constituer une solution pleinement satisfaisante. Selon lui, l'exception d'ordre public ne saurait constituer un instrument de protection efficace, sans risquer de dénaturer sa fonction de correctif ponctuel. C'est pourquoi il préconise la mise en place d'une règle de conflit bilatérale, estimant qu'elle permettrait d'assurer une protection plus adaptée et efficace des parties faibles[3582]. Selon lui, cette règle devrait adopter des critères de rattachement spéciaux à caractère substantiel, fondés sur une conciliation de la justice de droit international privé et de la justice de droit matériel, et un rejet « total et définitif » du principe de l'autonomie de la volonté[3583].

[3579] F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 375.

[3580] M. Salah Mohamed Mahmoud, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 2005, vol. 315, p. 241.

[3581] F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 376.

[3582] *Ibid*, p. 459 et s.

[3583] *Ibid*, p. 543 et s. M Leclerc propose une règle fondée sur une « technique alternative avec loi plus favorable », laissant ainsi au juge (et non à la partie jugée faible) de décider dans un cas concret quelle est cette loi (*Ibid*, n° 633), tout en écartant la possibilité pour les parties de choisir la loi (*Ibid*, spéc. n° 646). Il propose de limiter les lois possibles d'être applicables à deux rattachements. D'une part, un rattachement « incontournable », c'est-à-dire auquel il n'est possible de déroger que dans un sens favorable à la partie faible. Ce rattachement doit être identifié, pour chaque contrat justiciable d'une règle de conflit protectrice, et doit être celui « assurant à titre primaire la protection de la partie faible, ou plus précisément, le rattachement reflétant le centre de gravité du contrat et conduisant aux règles qui revendiquent de manière impérative l'octroi du minimum protecteur ». Cette loi serait, par exemple, pour le contrat de consommation, le lieu de résidence habituelle du consommateur ; et pour le contrat de travail, le lieu d'exécution du travail. D'autre part, un rattachement « complémentaire », qu'il affirme mener « très souvent en pratique à la loi qu'auraient choisie les parties si elles en avaient eu la faculté ainsi que le révèlent les applications de la méthode » (*Ibid*, spéc. n° 647, spéc. n° 651). Ainsi, pour le contrat de consommation, par exemple, cela serait le lieu de résidence habituelle ou d'établissement du vendeur ou de l'établissement donneur de crédit

Il ne fait aucun doute que les personnes en situation de vulnérabilité requièrent une protection appropriée dans le cadre des relations juridiques internationales. Cependant, il est crucial de s'assurer que ce mécanisme ne peut pas être détourné à des fins dilatoires, et que l'une des parties ne remet pas en question son consentement à la loi applicable à chaque fois qu'un déséquilibre quelconque apparaît dans les négociations. En effet, la validité et l'application effective des clauses de choix de loi, fondées sur une appréciation subjective des circonstances contractuelles et du déséquilibre, laissée à la libre appréciation du juge ou de l'arbitre, induisent une incertitude juridique incompatible avec la stabilité et la prévisibilité des relations internationales[3584]. Cette imprévisibilité risque en outre de dissuader les opérateurs économiques d'utiliser ou de faire confiance à ces clauses, alors même qu'elles constituent des instruments essentiels d'organisation normative du commerce international. Par ailleurs, une application divergente ou inégale de ces critères par les juridictions ou instances arbitrales de différents États accentue le risque de solutions inégales et du *forum shopping*, ce qui nuit à la sécurité juridique recherchée. Nous partageons donc l'analyse du professeur Louis d'Avout :

> « Si la crainte est que certains contractants, même professionnels, s'engagent trop rapidement, trop légèrement, dans les contrats internationaux, c'est alors le régime de la clause de choix de loi, notamment son formalisme, qu'il faudrait revoir (en s'inspirant, par exemple, de ce qui vaut dans le domaine familial). La désactivation d'une clause d'élection de droit, motif pris qu'elle est contrariée par des règles de droit des obligations trop facilement qualifiées de lois de police, est une mauvaise façon de répondre à la préoccupation d'une lutte contre les déséquilibres contractuels et les contrats d'adhésion. »[3585]

Par conséquent, pour qu'une clause d'élection de loi soit déclarée invalide dans un tel cas, le préjudice subi par la partie structurellement plus faible en raison de l'application de la loi étrangère doit, à notre avis, être concret, réel et manifeste[3586]. Il faut également qu'on puisse considérer que cette partie n'a pas véritablement exercé un choix libre et éclairé de

---

(qu'il justifie par une volonté implicite des parties et car elle est celle « dont les liens avec le contrat ne sont plus à démontrer ») ; et pour le contrat de travail, la loi de l'État où s'exécute principalement le contrat, ou bien à la loi de l'État sur le territoire duquel est situé le « centre d'activités ou la résidence habituelle du salarié ». Enfin, dans l'hypothèse au demeurant exceptionnelle où aucun de ces rattachements n'existerait, « le retour à la seule loi du lieu de l'établissement d'embauche s'imposerait » (critère aussi fondé selon lui sur une recherche d'une volonté non exprimée des parties). Il est curieux de noter qu'il nie de manière ferme l'autonomie de la volonté, pour ensuite justifier le choix d'un rattachement complémentaire sur cette même volonté, mais non exprimée (*Ibid*, n° 647 et s.).

[3584] V. K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, p. 139 et s.

[3585] L. d'Avout, « Droit international privé de l'Union européenne (2024) », *op. cit.*, p. 1525.

[3586] Le professeur Louis d'Avout s'interroge par ailleurs sur la pertinence d'un raisonnement fondé sur la responsabilité délictuelle, associé à une conception territoriale des compétences étatiques en matière d'activité économique transfrontière. Cette approche pourrait permettre, selon lui, de mieux encadrer les abus de puissance économique lorsque ceux-ci portent atteinte à l'intérêt général. De ce fait il affirme : « La territorialité du droit reprend vigueur là où l'agissement unilatéral de l'économiquement fort affecte le tissu économique ou la population locale ». L. d'Avout, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law, par K. Thorn, Rec. cours La Haye 2023, vol. 433, p. 99-205 », *op. cit.,* p. 196-198, spéc. p. 198.

la loi applicable, ce qui constituerait un véritable vice dans son consentement à la clause de choix de loi. En d'autres termes, « chaque fois que l'application de la loi d'autonomie ne peut conduire, compte tenu de la nature du contrat ou du contenu des rapports qu'il met en place, qu'à l'expression d'une *volonté unilatérale*, le droit international privé doit prévoir une protection spécifique »[3587].

Comme le professeur Boggiano l'avait affirmé, « dans les contrats atypiques impliquant une partie faible, il est inopportun d'écarter la loi compétente en rattachant chaque cas à un régime spécial de protection. Une telle méthode conduirait à une insécurité manifeste dans les contrats commerciaux internationaux »[3588]. Selon lui, le point principal concernant les parties atypiquement faibles « n'est pas leur pouvoir de négociation, qui peut être relativement égal, mais les *avantages injustes qu'une partie prend sur l'autre* »[3589]. Cette « inégalité » de pouvoir de négociation serait, ainsi, « *l'un des facteurs* à considérer pour annuler des clauses *[contractuelles]* qui paraissent si manifestement injustes qu'elles compromettent l'équilibre raisonnable des obligations »[3590].

En somme, le recours à des mécanismes correctifs écartant la loi du contrat, lorsqu'utilisés pour protéger les parties faibles ou en rapport d'inégalité, doit être bien encadré et équilibré avec la nécessité de garantir la sécurité juridique, la clarté des droits et obligations, et la confiance dans le cadre légal applicable. Cela implique idéalement des critères d'interprétation clairs, uniformes et prévisibles, afin de limiter l'arbitraire et de renforcer la stabilité contractuelle internationale. Selon le professeur Salah Mohamed Mahmoud, « assurer la protection de la partie faible consisterait à prévoir un système qui garantit que, chaque fois qu'une partie digne de protection est engagée dans un contrat international, le droit applicable doit lui conférer une protection adaptée à la forme et au degré de sa faiblesse » ; toutefois, cet impératif doit toujours se faire « en tenant compte, dans le même temps, des autres objectifs dont il est investi »[3591]. Il importe de veiller à préserver un juste équilibre, afin d'éviter de décourager les transactions ou d'introduire un facteur supplémentaire d'insécurité, notamment par l'octroi d'un pouvoir de révision contractuelle trop étendu aux juges[3592].

594. Outre les mécanismes correctifs mentionnés par le rapport de l'OEA, une autre voie plus adéquate pour assurer la protection des parties les plus faibles consiste à développer un système de règles objectives de conflit de lois spécifiquement adaptées à certaines catégories de contrats comportant des parties vulnérables. Ces règles reposeraient sur des

---

[3587] F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 175 (original sans italiques).

[3588] A. Boggiano, « International Standard Contracts A Comparative Study », *op. cit.*, p. 60 (traduction libre de l'anglais).

[3589] *Ibid,* p. 83 (traduction libre de l'anglais ; original sans italiques).

[3590] *Ibid,* p. 93-84 (traduction libre de l'anglais ; original sans italiques).

[3591] F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 178.

[3592] En ce sens, v. J.A. Moreno Rodríguez, « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *op. cit.*, p. 307.

facteurs de rattachement différents de ceux appliqués de manière générale, suivant un schéma déjà éprouvé pour les contrats de consommation ou de travail. Plusieurs législations latino-américaines illustrent cette évolution : le Panama a introduit des règles particulières pour les contrats d'assurance et de franchise, tandis que la République dominicaine en a fait de même pour les contrats d'assurance. À l'échelle européenne, le Règlement Rome I a également prévu des normes spéciales visant à renforcer la protection de certaines parties, comme les preneurs d'assurance (art. 7.3).

Cependant, si ce modèle assure une protection renforcée, il n'est pas exempt de difficultés. Déterminer par des règles rigides des catégories typiques de contractants considérés comme faibles se révèle souvent réducteur. La notion même de « faiblesse » demeure complexe et sujette à diverses interprétations : elle peut prendre une dimension économique, technologique, professionnelle, juridique, ou encore résulter de caractéristiques personnelles, propres à chaque individu[3593]. C'est pourquoi la doctrine évoque tantôt la « partie structurellement plus faible » (*structurally weaker party*), tantôt l'« infériorité structurelle », afin de rendre compte de la pluralité de situations de vulnérabilité[3594].

Selon le professeur Karsten Thorn, l'approche traditionnelle déduit « l'infériorité structurelle » au sein d'une relation contractuelle de « l'absence de pouvoir économique », ou encore, celle résultant « d'asymétries d'information »[3595]. En outre, pour le professeur Salah Mohamed Mahmoud, cette infériorité structurelle découle « non seulement en raison de l'état d'ignorance dans lequel il peut se trouver, mais aussi en raison « du besoin vital qu'il a à travailler et de la "vulnérabilité" découlant des risques auxquels l'exécution du contrat peut l'exposer »[3596]. Ces types d'infériorité structurelle existent également dans les relations entre commerçants (contrats de type *business to business* ou « B2B »), comme est le cas généralement dans les relations de distribution, des sous-traitants, contrats d'assurance, les contrats de transport de passagers et pour les personnes créant leur propre entreprise[3597]. Toutefois, comme le rappelle le professeur Thorn, des situations particulières, comme le nombre de transactions similaires effectuées par cette partie, peut modifier cet équilibre. Ainsi, un agent commercial ou un franchisé peut, en raison de sa

[3593] A. Boggiano, « International Standard Contracts A Comparative Study », *op. cit.*, p. 83-84 ; V. aussi K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, p. 172 et s. ; et M. Salah Mohamed Mahmoud, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 168 et s.

[3594] M. Salah Mohamed Mahmoud, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 169.

[3595] K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, p. 172 et s. (traduction libre de l'anglais) ; v. aussi L. d'Avout, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law, par K. Thorn, Rec. cours La Haye 2023, vol. 433, p. 99-205 », *op. cit.,* p. 196-198, spéc. p. 197.

[3596] M. Salah Mohamed Mahmoud, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 169.

[3597] K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, p. 172 et s.

taille, disposer d'un pouvoir de négociation considérable et, par conséquent, ne pas nécessiter de protection juridique.

Afin de garantir de la sécurité, le professeur Thorn examine si la *taille* d'une entreprise, comme la définition européenne de « petites et moyennes entreprises », pourrait constituer un critère pertinent pour justifier une protection juridique en droit international privé des contrats[3598]. Il observe que le droit européen protège déjà les preneurs d'assurance dans certains contrats d'assurance en deçà de seuils déterminés (art. 7.2 du Règlement Rome I), présumant que les grandes entreprises disposent des ressources nécessaires pour supporter les coûts de transaction et répartir ces charges sur plusieurs opérations similaires. Toutefois, il nuance cette approche en soulignant que la taille ne constitue pas un indicateur absolu du déséquilibre contractuel, et cite l'exemple des franchisés ou agents commerciaux qui, bien que généralement de petites structures, peuvent dans certains cas être de grandes sociétés disposant d'un pouvoir de négociation considérable. Il conclut que « l'infériorité structurelle d'une partie à un contrat résulte toujours de son interaction avec l'autre partie », de sorte que le statut de petite et moyenne entreprise ne suffit pas en soi à justifier une protection si la partie adverse ne dispose pas d'un pouvoir de négociation supérieur[3599]. L'auteur s'interroge ensuite sur la pertinence du « pouvoir de marché » en tant qu'indicateur de l'existence d'une supériorité structurelle. Bien qu'il reconnaisse la supériorité théorique de ce critère par rapport à celui de la taille de l'entreprise, il souligne néanmoins les obstacles pratiques considérables que soulèverait son application. Ces difficultés génèreraient, selon lui, une insécurité juridique importante, ce qui justifie l'abandon de ce critère[3600].

Sur cette base, l'auteur préconise une règle de conflit fondée sur la méthode du « *cherry-picking* » (c'est-à-dire reconnaître un libre choix de la loi, mais en en limitant les effets), combinée avec une règle objective favorisant la partie structurellement plus faible, applicable notamment aux « relations de distribution », comme celles de franchise et d'agent commercial[3601]. Il recommande en outre l'introduction d'un seuil, calqué sur la définition européenne de « petites et moyennes entreprises »[3602], afin de circonscrire cette

---

[3598] *Ibid,* p. 172 et s., spéc. n° 125-126.

[3599] *Ibid,* n° 129 (traduction libre de l'anglais).

[3600] L'auteur rappelle la difficulté inhérente à la détermination du pouvoir de marché, particulièrement lorsqu'il est nécessaire non seulement d'apprécier le pouvoir de marché passé, mais également la situation actuelle. Un tel critère engendrerait, selon lui, « une insécurité juridique considérable, d'autant plus qu'il devrait être appliqué en miroir aux deux parties au contrat : le pouvoir de marché supérieur de l'une devrait se refléter par le pouvoir de marché inférieur de l'autre ». *Ibid,* n° 130 (traduction libre de l'anglais).

[3601] S'agissant d'autres types de contrats caractérisés par un déséquilibre structurel similaire, tels que les contrats de sous-traitance, l'auteur souligne que « dans une perspective comparative, les réponses législatives correspondantes demeurent des phénomènes isolés, circonscrits à certains systèmes juridiques ». Il en conclut qu'« il n'y a donc pas lieu d'adopter des règles de conflit multilatérales, la question pouvant être réglée par le recours aux dispositions impératives relevant des lois de police ». Cf. K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, n° 133 (traduction libre de l'anglais).

[3602] L'auteur, qui admet l'absence d'une définition universellement reconnue des « petites et moyennes entreprises », retient la définition européenne consacrée par la Recommandation 2003/361/CE du 6 mai 2003 à

protection aux micro-entreprises et petites entreprises, en excluant les entreprises de taille moyenne qui, « en raison de leur taille et de leur volume d'affaires, ne nécessitent pas de protection spécifique »[3603]. Cette approche orientée vers des groupes de cas spécifiques, complétée par des limitations basées sur leur taille, constituerait, selon lui, « *the only workable solution* », reposant sur l'idée que « plus l'entreprise est grande, plus on peut s'attendre à ce que l'entrepreneur prenne soin de ses propres intérêts »[3604].

La proposition du professeur Thorn, bien qu'elle présente l'avantage d'établir en avance une protection aux micro et petites entreprises opérant dans le marché international de distribution, soulève néanmoins plusieurs interrogations d'ordre pratique et théorique, ne s'imposant pas « avec la facilité des évidences »[3605] comme l'auteur le souhaitait. D'abord, le professeur Thorn écarte le critère du pouvoir de marché au motif qu'il serait trop complexe et source d'insécurité juridique, pour ensuite proposer un système fondé sur l'identification de catégories basées sur la taille de sociétés présumées déséquilibrées. Bien que cette solution dispense une évaluation *in concreto* du rapport de forces entre les parties, elle apparaît néanmoins discutable dans la mesure où l'auteur lui-même affirme qu'une situation d'infériorité d'une partie ne peut s'apprécier qu'en relation avec l'autre partie contractante (un « effet miroir » impliquant nécessairement une comparaison des forces et faiblesses respectives des cocontractants).

Pour éviter toute appréciation *in concreto*, le professeur Thorn propose un seuil fondé sur la définition européenne de « petites et moyennes entreprises ». En réalité, la proposition repose sur une présomption selon laquelle la taille de l'entreprise la place structurellement en position de désavantage. Toutefois, comme l'auteur le reconnaît lui-même, cette présomption ne correspond pas toujours à la réalité pratique. Elle s'avère particulièrement inadaptée lorsque les sociétés engagées dans le commerce international sont établies dans des États dont les niveaux de développement économique et social diffèrent substantiellement. En effet, une société de petite taille au regard des critères européens peut néanmoins se trouver en position de supériorité structurelle face à une entreprise de dimension moyenne implantée dans un pays en développement dont l'économie demeure dépendante de l'extérieur. Cette première peut ainsi disposer d'un accès privilégié à

---

l'article 2.1 : « La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros ».V. *Ibid*, n° 128.

[3603] Il propose la rédaction suivante : « Article X Distribution contracts – 1. A distribution contract shall be governed by the law of the country where the distributor carries out his activities in the performance of the contract. If the distributor carries out his activities in more than one country, the contract shall be governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence. 2. Notwithstanding paragraph 1, the parties may freely choose the law applicable to a distribution contract. Such a choice may not, however, result in depriving the distributor of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law, which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 1. 3. The restriction as to the effects of a choice of law under paragraph 2 does not apply if the distributor employs more than fifty people and has a turnover or a balance sheet total exceeding 10 million euros ». *Ibid,* n° 135.

[3604] *Ibid,* n° 131.

[3605] L. d'Avout, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law, par K. Thorn, Rec. cours La Haye 2023, vol. 433, p. 99-205 », *op. cit.,* p. 197.

l'information et d'une capacité de négociation supérieure au profit de la deuxième malgré sa taille inférieure. Dans une telle situation, très courante dans le commerce international, la vulnérabilité de la société située dans un pays moins développé ne découlerait pas tant de sa taille, que de sa dépendance et des risques auxquels l'exécution du contrat peut l'exposer.

Comme l'a justement observé le professeur Antonio Boggiano, la faiblesse contractuelle d'une partie peut trouver son origine tantôt « dans les conditions et les tendances du marché auquel se rapporte l'opération », tantôt dans « l'internalisation de l'entreprise »[3606]. Il cite à titre d'exemple, qu'« un engagement financier excessif, une technologie inefficace, des coûts de production élevés, des frais administratifs trop importants, entre autres, peuvent être à l'origine de la faiblesse d'une entreprise »[3607]. Une micro-entreprise opérant dans un marché de niche hautement spécialisé peut disposer d'un pouvoir de négociation considérable, tandis qu'une entreprise dépassant légèrement ces seuils peut se trouver dans une situation de dépendance économique manifeste vis-à-vis de son cocontractant. Le professeur argentin rappelle par ailleurs que « les conditions générales ne sont pas imposées uniquement par les entreprises les plus puissantes » ; en effet, les contrats d'adhésion ne constituent pas l'apanage exclusif des multinationales ou des monopoles, mais sont également employés par un nombre considérable d'entreprises de taille moyenne, voire de petites entreprises[3608]. Il en conclut, à juste titre, que : « la faiblesse d'une partie contractante peut être économique, technologique, professionnelle, voire personnelle ou politique »[3609].

En outre, comme le professeur Boggiano l'a également noté[3610], cet état de faiblesse peut revêtir un caractère transitoire ou permanent, s'étendant sur une période de crise plus ou moins prolongée. Il en résulte qu'une entreprise peut contracter alors qu'elle se trouve en situation de faiblesse ou qu'elle répond aux critères définissant la micro-entreprise, puis, au moment où survient un litige, peut avoir franchi ce seuil et accéder à la catégorie des moyennes entreprises. Dès lors que l'on retient un tel critère aux fins d'octroyer une protection spéciale, il convient nécessairement de déterminer le moment auquel cette appréciation doit être effectuée.

[3606] A. Boggiano, « International Standard Contracts A Comparative Study », *op. cit.*, p. 83 (traduction libre de l'anglais).

[3607] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[3608] Cette analyse conduit Boggiano à affirmer que, « la partie la plus faible dans ce contexte n'est pas nécessairement la partie économiquement la plus faible, mais la partie non-rédactrice, c'est-à-dire celle qui se trouve confrontée à un contrat d'adhésion rédigé par l'autre partie » (*Ibid*, p. 83). Néanmoins, nous ne partageons pas entièrement cette conclusion. En effet, la simple acceptation d'un contrat prérédigé ne saurait, à elle seule, caractériser une situation de faiblesse contractuelle. Une société peut parfaitement adhérer à un contrat préétabli parce qu'elle le juge équilibré et conforme à ses intérêts, sans pour autant se trouver dans une position de vulnérabilité.

[3609] *Ibid*, p. 84 (traduction libre de l'anglais).

[3610] V. A. Boggiano, « International Standard Contracts A Comparative Study », *op. cit.*, p. 83.

Enfin, le recours proposé par le professeur Thorn à des seuils quantitatifs rigides fondés sur la conception européenne — cinquante employés ou dix millions d'euros de chiffre d'affaires — pour délimiter le champ d'application de la protection apparaît quelque peu artificiel pour une application générale (particulièrement en dehors du cadre intra-européen) et ne tient pas suffisamment compte de la diversité des situations économiques selon les secteurs d'activité et les contextes géographiques, qui peuvent varier selon chaque pays. Cette approche demeure ainsi, à notre avis, tributaire d'une vision européenne du déséquilibre contractuel qui ne correspond pas nécessairement aux réalités économiques et juridiques latino-américaines, où les rapports de force au sein des chaînes de distribution ou d'autres types de contrats asymétriques peuvent obéir à des logiques ou des seuils sensiblement différents.

En outre, nous rejoignons les observations du professeur Louis d'Avout lorsqu'il affirme qu'accepter une telle proposition reviendrait à admettre que le principe d'autonomie de la volonté peut être neutralisé à chaque fois qu'une entreprise est qualifiée de « petite » (en 2015, 97 % des opérateurs économiques seraient de « petites » entreprises selon les constats du professeur Thorn). Comme l'a justement affirmé le professeur d'Avout, en droit de la distribution, menacer d'une dualité possible les lois applicables, « c'est contraindre en pratique les opérateurs à converger autour du rattachement indérogeable, et donc à revenir, en matière contractuelle, à l'antique territorialité »[3611].

Partant de ces constats, nous estimons qu'une limitation objective fondée uniquement sur la taille de la société, telle que proposée par le professeur Thorn, ne constituerait pas l'approche la plus appropriée pour assurer la protection des parties faibles dans des contrats asymétriques de distribution (ou même d'autres types de contrats asymétriques).

*
* *

595. En conclusion, les orientations de l'OEA en matière de protection des contrats asymétriques constituent une avancée bienvenue. Elles pourraient toutefois être enrichies par l'adoption de règles objectives limitant l'autonomie de la volonté et introduisant un rattachement spécial visant à protéger certaines parties structurellement plus faibles dans les contrats conclus entre commerçants, tels que les contrats d'assurance ou de franchise. Toutefois, selon les considérations exposées précédemment, il ne serait pas justifié d'introduire un critère fondé uniquement sur la taille des sociétés pour déterminer ou limiter l'octroi d'une protection.

[3611] L. d'Avout, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law, par K. Thorn, Rec. cours La Haye 2023, vol. 433, p. 99-205 », *op. cit.,* p. 197-198. L'auteur s'interroge alors sur la pertinence d'un raisonnement fondé sur la responsabilité délictuelle, associé à une « approche-marché des compétences étatiques » en matière d'activité économique transfrontière, pour mieux encadrer l'abus de puissance économique.

Par ailleurs, les mécanismes correctifs de l'exception d'ordre public, les lois de police et la fraude à la loi, même s'ils sont insuffisants ou inadaptés, peuvent, en l'absence de normes spéciales, contribuer à la protection concrète de ces parties et à la prévention des abus de pouvoir exercés par les parties plus fortes. Cela vaut particulièrement pour l'ordre public et, pour les raisons exposées précédemment, dans une moindre mesure pour les lois de police et la fraude à la loi, mécanismes que nous estimons insuffisants pour assurer la protection des parties faibles. De plus, comme déjà indiqué, ces mécanismes, lorsqu'utilisés, doivent être maniés avec prudence afin de préserver la prévisibilité et l'harmonie des solutions appliquées et ne détourner le jeu classique des normes de conflit des lois que de manière exceptionnelle et justifiée.

§2 — La pertinence d'un régime spécial pour les contrats de consommation et de travail

596. Nous avons précédemment examiné la portée des recommandations formulées dans le rapport de l'OEA relative au principe d'autonomie de la volonté dans le cadre des contrats commerciaux internationaux lorsqu'une partie contractante, bien que revêtant la qualité de commerçant, se trouve en position de faiblesse lors de la négociation contractuelle. Nous avons en outre souligné l'absence persistante d'un cadre normatif global applicable à d'autres types de contrats conclus avec des parties vulnérables (non commerçantes), en particulier les contrats de consommation et de travail, ainsi que la diversité des solutions adoptées par les rares juridictions ayant mis en place des régimes spécifiques à ces contrats.

La reconnaissance de cette lacune relative à la protection des consommateurs fait l'objet d'un large consensus dans la région. De même, il existe un accord général sur la nécessité et l'opportunité d'élaborer des normes spécifiques sur ce sujet, même si la forme que ces normes devront prendre ainsi que les solutions à adopter demeurent encore en débat[3612]. Dans le cadre de cette recherche, qui vise à contribuer à l'harmonisation du droit applicable aux contrats internationaux, il convient à présent d'examiner les solutions envisageables pour ces deux catégories contractuelles particulières : les contrats de consommation (A) et les contrats de travail (B).

[3612] Sur l'existence de ce consensus dans le contexte interaméricain, v. C. Lima Marques, « Les leçons de la réunion préparatoire de Porto Alegre pour la Conférence Spécialisée de Droit International Privé — CIDIP VII — sur la protection des consommateurs et des négociations subséquentes », *op. cit.,* spéc. p. 157 et p. 162 et s. Selon la professeure brésilienne : « S'il y a une lacune législative dans les règles de DIP dans les pays d'Amérique latine sur le thème de la protection des consommateurs, la doctrine — au contraire — depuis les années 80 du XX^{e} siècle, est très consistante et réclame des normes spéciales de DIP de protection des consommateurs dans les contrats internationaux, non seulement au Brésil et en Argentine, mais aussi et initialement au Venezuela, en Uruguay, au Paraguay, et Pérou au en Bolivie (sic) ».

A. Les différentes solutions proposées pour le régime de contrats internationaux de consommation

597. L'examen du régime applicable aux contrats internationaux de consommation en Amérique latine révèle une diversité de solutions qui témoigne de l'absence d'un consensus régional en la matière. Cette hétérogénéité se manifeste notamment à travers des interrogations fondamentales qui structurent tout cadre normatif dans ce domaine. Premièrement, la recherche s'attachera à analyser la place de l'autonomie de la volonté confrontée à l'impératif de protection du consommateur, à travers l'étude de la possibilité ou des limites du choix de la loi applicable (1). En second lieu, en l'absence de choix explicite de loi applicable, la réflexion portera sur les critères de détermination de la loi compétente, en mesurant l'impact de ces choix méthodologiques sur l'effectivité de la protection conférée (2). Elle évaluera les justifications et les enjeux de l'extension de la protection au consommateur « touriste » ou « actif », par opposition au consommateur dit « passif ». L'ensemble de cette démarche comparative vise à mettre en lumière les convergences et divergences qui traversent le droit latino-américain, puis à proposer des pistes pour l'harmonisation des solutions au bénéfice de la sécurité juridique et de la protection du consommateur.

1. La place de l'autonomie de la volonté

598. Comme nous le savons, la place accordée à l'autonomie de la volonté dans les contrats de consommation ne fait pas l'objet d'un consensus clair en Amérique latine. Certains systèmes nationaux, comme ceux de l'Argentine et de l'Uruguay, l'interdisent totalement, tandis que d'autres reconnaissent la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable, mais souvent sous des conditions restrictives, comme au Panama et en République dominicaine. Dans le continent européen, cela est également le cas unique de la loi fédérale suisse, qui exclut totalement l'autonomie de la volonté des contrats conclus avec des consommateurs (art. 120)[3613].

La raison de ce phénomène est que, dans la plupart des accords où il y a une différence importante de pouvoir entre les parties, se conformer à la règle de l'autonomie revient en réalité à donner suite aux souhaits d'une seule des parties, généralement la plus puissante[3614]. Comme le professeur Fausto Pocar l'a relevé, « la cause principale de la

[3613] « Art. 120 – 1. Les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régis par le droit de l'État de la résidence habituelle du consommateur : a. si le fournisseur a reçu la commande dans cet État ; b. si la conclusion du contrat a été précédée dans cet État d'une offre ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou c. si le consommateur a été incité par son fournisseur à se rendre dans un État étranger aux fins d'y passer la commande ; 2. L'élection de droit est exclue ».

[3614] M. Salah Mohamed Mahmoud, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 164.

possibilité que les équilibres entre les parties d'un contrat se résolvent dans une oppression du faible de la part du fort réside essentiellement dans l'autonomie des parties »[3615]. Ainsi, « ignorer cette réalité c'est accepter la consécration de la loi du plus fort »[3616]. Par conséquent, la limitation de cette autonomie constitue l'outil principal pour prévenir ou corriger cette situation d'oppression.

Bien que l'interdiction de l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux — telle que prévue par les législations argentine et uruguayenne — puisse apparaître comme la solution la plus « simple » sur le plan méthodologique, elle nous semble excessive lorsqu'il s'agit des contrats de consommation[3617]. En effet, empêcher complètement le choix de la loi applicable revient à nier toute possibilité d'adaptation aux situations concrètes. Les systèmes qui rejettent l'autonomie des parties justifient leur position essentiellement par la nécessité de protéger le consommateur, en imposant l'application de la loi de son domicile, réputée plus favorable en raison de sa proximité et de son accessibilité.

Cependant, cette présomption n'est pas toujours vérifiée. Il peut arriver qu'une loi étrangère assure une protection plus avantageuse au consommateur, auquel cas une exclusion rigide de l'autonomie perdrait sa justification[3618]. L'enjeu n'est donc pas de supprimer toute liberté, mais de l'encadrer pour éviter qu'elle ne se retourne contre la partie la plus faible. Comme l'a rappelé le professeur Gilberto Boutin, la clause de désignation de loi applicable insérée dans un contrat entre un professionnel et un consommateur « peut en même temps établir la neutralité ou neutraliser tout le régime de protection du consommateur, voire être dévastatrice au point de méconnaître et ignorer toute protection dans la relation professionnelle avec le consommateur »[3619]. Dès lors, la

---

[3615] F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.,* p. 372.

[3616] M. Salah Mohamed Mahmoud, « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 164.

[3617] Dans un sens contraire, soutenant un rejet « total et définitif » du principe de l'autonomie de la volonté, v. F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, p. 543 et s. Selon lui, l'exclusion du principe d'autonomie trouve sa justification « dans le rapport étroit de dépendance qu'il établit au sein de la règle de conflit protectrice entre le fonctionnement du système alternatif d'une part, et la volonté du contractant le plus puissant d'autre part » ; ainsi « faire dépendre le jeu de la règle de conflit protectrice du bon vouloir de celui dont la volonté génère précisément des abus ne répond pas vraiment à ce que l'on est en droit d'attendre d'un mécanisme à finalité protectrice » (*Ibid*, n° 651). Parmi les critiques qu'il formule, et auxquelles nous ne souscrivons pas, figurent notamment : la « déformation » de l'autonomie de la volonté (son objectif est de garantir la prévisibilité et la sécurité et non de protéger une partie spécifique) ; la « relativité » de la protection obtenue (la protection est atteinte que si les parties ont fait un choix, en l'absence de choix c'est seulement la règle objective qui s'applique ; le non-choix sera en réalité « la manifestation d'un choix de la partie la plus forte jouant au détriment de son cocontractant » ; la « dualité de régime » quant à la loi applicable et donc quant au degré de protection octroyé selon qu'une clause d'élection de droit aura ou non été stipulé (*Ibid*, n° 591 et s.). Il est curieux de constater, néanmoins, que lorsqu'il propose des rattachements objectifs complémentaires destinés à déterminer la loi applicable, l'auteur se fonde sur une présomption de volonté des parties. Dans le même sens, il juge la règle du Règlement Rome I qui autorise l'autonomie de la volonté en matière de contrats de consommation comme « complexe, inutile, voire potentiellement néfaste », v. C. Cohen, *Les normes permissives en droit international privé, Étude critique, thèse,* Université Paris-Panthéon-Assas, 2015, spéc. p. 412 et s.

[3618] V. *Ibid*, p. 373-376.

[3619] G.I. Boutin, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 713-714 (traduction libre de l'espagnol).

véritable question n'est pas tant celle de l'existence de l'autonomie de la volonté que celle de ses limites et modalités d'exercice, afin de préserver l'équilibre contractuel et de garantir l'effectivité de la protection du consommateur.

La doctrine identifie généralement deux principales méthodes de limitation de l'autonomie des parties destinées à protéger les contractants les plus faibles. La première consiste à restreindre le choix de la loi à un nombre déterminé de systèmes juridiques, solution privilégiée dans plusieurs pays d'Amérique latine. La seconde, plus flexible, consiste à reconnaître un libre choix de la loi, mais en en limitant les effets. C'est ce que le professeur Karsten Thorn a qualifié de *cherry-picking method*, adoptée notamment par le système européen ainsi que, de manière combinée avec la première approche, par le Projet de Buenos Aires et par l'Accord du Mercosur. Dans cette seconde méthode, la protection minimale de la partie structurellement plus faible reste toujours garantie : elle bénéficie au moins des dispositions impératives de la loi désignée par les règles objectives de conflit, et le choix des parties ne s'applique que dans la mesure où la loi désignée leur assure un niveau de protection plus élevé[3620].

Du côté européen, l'autonomie de la volonté des parties est reconnue, mais elle se trouve encadrée : le choix des contractants ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection offerte par les dispositions impératives de la loi de son pays de résidence habituelle (art. 5.2 de la Convention de Rome et art. 6.2 du Règlement Rome I, faisant référence aux « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord »)[3621]. Cette garantie ne joue toutefois que dans des hypothèses bien déterminées, à savoir lorsque le professionnel exerce son activité dans le pays de la résidence du consommateur, ou dirige son activité vers cet État, et que le contrat entre dans le cadre de cette activité. Cette disposition s'inscrit dans une logique plus générale selon laquelle il serait inadéquat qu'une personne, s'étant volontairement déplacée à l'étranger, puisse invoquer de manière systématique la protection que lui confère sa propre loi[3622].

Le projet de loi modèle de l'OHADAC relative au droit international privé contient une disposition similaire au modèle européen. L'article 48 de la loi type établit que, dans les contrats « conclus entre un consommateur et un professionnel ou entrepreneur qui, par tout

[3620] K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, p. 120 et s. L'auteur mentionne également une troisième méthode : une décision peut être prise au cas par cas, fondée sur un abus de droit. Selon cette approche, notamment adoptée aux États-Unis, si ce choix ne reflète pas les intérêts légitimes des deux parties ou constitue un abus de droit, il est nul, et la loi applicable au contrat sera déterminée en appliquant les règles objectives de conflit de lois. Il est intéressant de noter l'approche adoptée au Brésil par l'Avant-projet de loi générale sur le droit international privé (2025). L'article 29 de cet Avant-projet limite l'autonomie de la volonté aux cas d'abus de droit : « *Sauf en cas d'abus*, les obligations découlant de contrats internationaux seront régies par le droit choisi par les parties. » (Traduction libre du portugais).

[3621] Plus précisément, selon la Convention de Rome, ce choix « ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle », et, selon le Règlement, « les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable ».

[3622] À ce sujet, v. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 933.

moyen, dirige ses activités vers le pays de la résidence habituelle du consommateur et qui contracte dans le cadre de ces activités », les parties pourront choisir la loi applicable à condition de ne pas « affaiblir les standards de protection du consommateur prévus par la loi de la résidence habituelle du consommateur » (art. 48.2)[3623]. Selon les commentaires de l'article, il vise spécifiquement à apporter une réponse aux exigences du commerce électronique. 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 est précisé 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 »[3624].

S'agissant du Mercosur, l'approche est sensiblement différente. Tant le Projet de Buenos Aires que l'Accord du Mercosur privilégient l'application de la loi la plus favorable au consommateur, laquelle peut être celle d'un autre État que celui de sa résidence habituelle, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que le professionnel oriente ou exerce son activité vers ce pays. Dans ce schéma, l'autonomie de la volonté demeure admise, mais elle s'exerce dans un cadre prédéterminé : le choix des parties est restreint à un certain éventail de lois, et la loi applicable doit toujours être celle offrant la meilleure protection au consommateur.

Cette orientation trouve son fondement, selon certains auteurs, soit dans la volonté d'empêcher une désignation arbitraire ou « non raisonnable » de la loi applicable, soit dans l'idée que le choix des parties n'est qu'une modalité de localisation normative du contrat, laquelle ne saurait être en contradiction avec sa localisation effective[3625]. Dans le projet brésilien de convention interaméricaine, sa rédactrice, la professeure Claudia Lima Marques, avait expliqué que le critère adopté est celui de règles de conflit matériellement orientées. Ces règles visent à assurer une meilleure prévisibilité pour les fournisseurs, qui peuvent choisir la loi applicable dans leurs contrats d'adhésion et conditions générales de vente parmi celles permises par la convention, « tout en imposant des limites (règles impératives et choix limité) afin de créer une plus grande sécurité juridique dans les contrats de consommation dans la région, et de favoriser la confiance des consommateurs

[3623] Selon les commentaire de l'article, « 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 ». Loi type OHADAC de Droit International Privé, texte commenté article par article, avril 2014, en ligne https://www.ohadac.com/textes/5/avant-projet-de-loi-modele-ohadac-relative-au-droit-international-prive.html, n° 327 (accès le 1er février 2026).

[3624] *Ibid*, n° 328.

[3625] V. F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.,* p. 376.

(agent économique protégé) afin qu'ils participent davantage au naissant commerce international à distance et au tourisme dans la région »[3626].

La professeure brésilienne souligne que, dans plusieurs pays d'Amérique latine, l'acceptation de l'autonomie de la volonté comme critère de rattachement a longtemps rencontré des résistances. Cela peut expliquer, au moins en partie, la tendance à limiter l'autonomie contractuelle dans le projet de convention interaméricaine : une telle restriction permettrait en effet de faciliter l'adhésion des États à ce type de régime. Elle relève toutefois que l'autonomie conserve une importance certaine, notamment parce qu'elle contribue à assurer la prévisibilité des relations contractuelles. Mais cette autonomie, selon l'auteure, doit être encadrée, afin d'éviter des abus susceptibles de compromettre la sécurité juridique. En pratique, rappelle-t-elle, c'est le juge qui évaluera *in fine* l'existence d'un « abus », ce qui engendre une part d'incertitude pour le fournisseur international. Dans cette perspective, la mise en place d'une liste de facteurs objectifs de rattachement apparaît comme un instrument utile. À titre d'exemple, si un consommateur bolivien — qui ne bénéficie pas encore d'une législation interne de protection spécifique — achète sur Internet un produit informatique auprès d'un fournisseur établi aux États-Unis, la loi américaine choisie par ce dernier sera, dans la plupart des cas, plus protectrice pour le consommateur. Comme l'explique l'auteure, « la liste de rattachements objectifs évite l'abus, indique la proximité acceptée et est pédagogique (ou narrative, selon Jayme), car elle précise que les rattachements, tel que le domicile ou le siège du fournisseur (ou le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat) peuvent, en principe, être "plus favorables au consommateur" »[3627]. Cette doctrine établit alors une présomption selon laquelle la proximité géographique coïncide avec la protection substantielle. En d'autres termes, elle repose sur l'idée que la loi la plus proche géographiquement est également la plus avantageuse. Le très récent Avant-projet de loi générale de droit international privé brésilien de 2025 s'inscrit dans cette même logique en consacrant le principe de l'autonomie de la volonté, tout en l'encadrant strictement par une liste limitative de lois parmi lesquelles les parties peuvent opérer leur choix et lui donnant effet seulement lorsque la loi est la plus favorable au consommateur[3628].

Dans le cadre du Mercosur, il convient également de mentionner la proposition de Mme Cerqueira en matière d'harmonisation législative des contrats internationaux de consommation[3629]. Elle a proposé une solution proche de celle du Règlement Rome I pour le Mercosur, tout en distinguant expressément les régimes applicables aux contrats conclus avec des consommateurs dits « passifs » et « actifs ». Pour les consommateurs « passifs », elle recommande que les parties puissent librement choisir la loi applicable, à condition

[3626] C. Lima Marques, « A Proposta Brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a Lei Aplicável a alguns Contratos com Consumidores (CIDIP VII): Temas e Discussões no Fórum de Expertos da OEA », *op. cit.*, p. 82.

[3627] *Ibid*, p. 94 (traduction libre du portugais).

[3628] V. *supra* n° 463 (art. 31).

[3629] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 303.

que ce choix ne prive pas le consommateur « de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles les parties ne peuvent pas déroger par contrat en vertu de la loi du pays où il a sa résidence habituelle, à l'exemple du droit européen »[3630]. En revanche, pour les consommateurs « actifs », elle préconise une liberté totale dans le choix de la loi régissant leur contrat.

Selon l'auteure, la solution proposée pour les consommateurs passifs se justifie par quatre arguments principaux. Premièrement, elle empêche que la loi choisie par les parties ne conduise à un affaiblissement de la protection du consommateur « passif », assurant ainsi un niveau minimal de sécurité juridique et matérielle. Nous sommes en accord avec l'auteure lorsqu'elle affirme que cette solution est satisfaisante « dans la mesure où le consommateur peut éventuellement être mieux protégé par la loi désignée que par celle du lieu de sa résidence habituelle ». Deuxièmement, cette règle établit un lien juridique basé sur la loi connue du consommateur, celle de sa résidence, en tant que norme minimale de protection en deçà de laquelle il est impossible de descendre, ce qui correspond à un « rattachement de faveur ». Troisièmement, la méthode permet une comparaison objective entre la loi choisie et les dispositions impératives de la loi du pays de résidence du consommateur, en privilégiant la norme la plus protectrice, ce qui constitue un bénéfice effectif pour le consommateur. Enfin, si cette solution peut entraîner l'application simultanée de la loi du professionnel et des règles impératives de la loi du consommateur, ce cumul ne semble pas disproportionné, notamment parce que le consommateur invoquera naturellement les dispositions impératives de la loi qu'il connaît et auxquelles il a accès, et que le tribunal compétent sera généralement celui de sa résidence habituelle. Ce dispositif apparaît donc, selon l'auteure, adapté aux États membres du Mercosur, dans la mesure où il ménage un équilibre juste entre le respect de l'autonomie de la volonté et la garantie d'un socle minimal de protection des consommateurs fondée sur la loi de la résidence habituelle de celui-ci[3631].

S'agissant des consommateurs dits « actifs », Mme Cerqueira propose de reconnaître aux parties une liberté absolue dans le choix de la loi applicable à leur contrat, à l'instar de ce que prévoient la Convention de Rome de 1980, le Règlement Rome I ainsi que la Convention de Mexico de 1994. Selon l'auteure, il ne serait pas opportun d'instaurer une dérogation spécifique imposant au professionnel le respect des dispositions impératives en vigueur dans l'État de résidence habituelle du consommateur, dès lors que le professionnel n'y exerce pas son activité et ne la dirige pas vers ce pays. Nous partageons l'analyse de l'auteure selon laquelle il serait inapproprié d'imposer aux professionnels l'application des dispositions impératives d'une loi étrangère du seul fait du comportement actif d'un consommateur[3632].

[3630] *Ibidem*.

[3631] *Ibid*, p. 303-305.

[3632] *Ibid*, p. 305-306.

Les propositions exposées présentent des fondements légitimes, notamment en ce qui concerne la protection renforcée des consommateurs passifs et actifs. Cette préoccupation est justifiée à l'aune des évolutions du commerce transnational et des défis que pose le commerce électronique. Toutefois, il apparaît que l'harmonisation souhaitable du droit latino-américain en matière de contrats de consommation internationaux doit poursuivre un équilibre entre la préservation d'un haut niveau de protection du consommateur et la prévisibilité des relations contractuelles. De cette affirmation se dégagent quelques observations principales concernant l'opportunité de la limitation de l'autonomie de la volonté dans ce type de contrats.

599. L'opportunité de limiter le choix à un éventail de lois préétabli. Comme l'explique le professeur Thorn, un choix restreint de la loi applicable « crée sans aucun doute une sécurité juridique », implique également « une ingérence relativement prudente dans l'autonomie des parties », et « garantit une application authentique d'un ordre juridique unique, car sous cette approche, l'ensemble du contrat est régi par un seul système juridique plutôt que d'être le produit forgé de la coexistence de plusieurs ordres juridiques »[3633]. Toutefois, le défaut de cette solution, comme l'a également souligné le professeur allemand, est notamment « qu'elle ne garantit pas une protection efficace de la partie structurellement plus faible »[3634]. Ainsi, bien que le choix de la loi soit limité aux ordres juridiques ayant un lien substantiel avec l'affaire, cela n'indique en rien le niveau de protection offert par chacune de ces juridictions. Par conséquent, la partie structurellement plus forte peut toujours faire prévaloir ses intérêts en imposant une clause de choix de loi désignant la législation la moins protectrice parmi celles indiquées par la règle de conflit[3635].

La méthode du choix restreint de la loi applicable a été adoptée tant dans le projet de convention interaméricaine que dans l'Accord du Mercosur. Cependant, afin d'atténuer les désavantages que cette limitation pourrait engendrer en matière de protection du consommateur, ces textes ont introduit un mécanisme correcteur pro-consommateur (un « principe de faveur ») imposant que la loi choisie soit appliquée seulement si elle est la plus favorable au consommateur. L'instauration de ce « test de favorabilité » soulève toutefois certaines complications pratiques.

Plus précisément, par rapport à quelle référence la loi choisie doit-elle être la plus favorable ? Il demeure en effet incertain si la comparaison doit systématiquement se faire entre la loi choisie et la loi du domicile du consommateur, ou si elle doit aussi inclure les autres lois susceptibles d'être choisies. Si la seconde interprétation est retenue, cette règle peut avantageusement bénéficier au consommateur, notamment lorsque la loi du lieu d'exécution ou de conclusion se révèle plus protectrice que celle de son domicile.

[3633] K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, n° 35. (traduction libre de l'anglais).

[3634] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[3635] V. F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.,* p. 378.

Toutefois, même si cette solution améliore la protection du consommateur, elle tend à annuler les bénéfices de la méthode du choix restreint. En effet, si l'on doit comprendre cette disposition comme imposant au juge de comparer, dans chaque affaire, les règles de protection de plusieurs systèmes juridiques potentiellement applicables, cette disposition accroît sensiblement la complexité du litige et de la charge juridictionnelle. Elle menacerait également la sécurité juridique et la prévisibilité, dans la mesure où les parties sont rarement en mesure de savoir à l'avance quelle loi sera effectivement retenue.

Dans le système européen, la doctrine avait déjà relevé que l'appréciation du caractère favorable et la comparaison entre la loi de la résidence et celle désignée par les parties demeurent délicates en pratique. Comme il a été justement noté, « selon une loi donnée certains avantages peuvent être la contrepartie d'une protection moindre sur d'autres points »[3636], et, si cette règle atteint des objectifs de protection du consommateur, « elle le fait au prix d'une certaine complexité et d'un dépeçage du contrat qui n'est jamais de bonne législation, surtout en ces temps de vogue pour la sécurité juridique et la prévisibilité »[3637].

Ce constat se complexifie encore lorsque l'on considère le contexte latino-américain, marqué par des propositions telles que le Projet de Buenos Aires et l'Accord du Mercosur. La formulation choisie par ces instruments — la loi choisie sera appliquée « dès lors qu'elle est la plus favorable au consommateur » — paraît impliquer, en pratique, une comparaison substantielle entre les solutions proposées par les différentes législations en présence, et pas seulement entre leurs dispositions impératives. Ce mécanisme introduit ainsi une dimension technique supplémentaire, qui vient considérablement compliquer la tâche du juge. Il en résulte que, si cette interprétation se confirme, le modèle latino-américain offrirait certes une protection plus étendue au consommateur que le modèle européen, mais cela au prix d'une complexité accrue ainsi qu'au détriment de la prévisibilité juridique et de la souplesse du commerce international. Toutefois, cette disposition est susceptible de donner lieu à diverses lectures. La professeure Claudia Lima Marques, auteure de la proposition initiale du Projet de Buenos Aires, a précisé que, lorsque la loi étrangère est choisie parmi l'éventail des lois envisageables, le juge devra appliquer la loi la plus favorable au consommateur, en prenant pour référence la loi du domicile de ce dernier, considéré comme l'« élément principal de comparaison matérielle »[3638]. Cette question de complexité avait d'ailleurs déjà été évoquée au sein de l'OEA lors de l'élaboration du Projet de Buenos Aires, dont la version finale proposait, à la demande des États-Unis, une présomption « formelle » des lois réputées les plus protectrices pour les consommateurs[3639]. Cependant, cette difficulté d'interprétation n'a

[3636] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 934.

[3637] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 719.

[3638] C. Lima Marques, « A Proposta Brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a Lei Aplicável a alguns Contratos com Consumidores (CIDIP VII): Temas e Discussões no Fórum de Expertos da OEA », *op. cit.*, p. 93 (traduction libre du portugais).

[3639] V. *supra* n° 239 et s.

jamais été résolue dans le projet de convention interaméricaine ou dans l'Accord du Mercosur, laissant, ainsi, une grande marge d'interprétation aux opérateurs du droit.

Par contraste, la méthode adoptée par le Règlement Rome I offre une protection tout aussi efficace à la partie plus faible, sans pour autant accroître de manière excessive la complexité pour le juge ni compromettre la prévisibilité des relations contractuelles. Comme l'a affirmé le professeur Karsten Thorn en évaluant la méthode du *cherry-picking*, adoptée par le Règlement Rome I, celle-ci « garantit au moins la protection offerte par les règles impératives d'une loi étroitement liée au contrat et déterminée par des facteurs reflétant les intérêts de la partie faible », ne pouvant qu'ajouter à cette protection sans pouvoir diminuer la protection existante[3640].

Pour ces raisons, nous estimons que la solution adoptée par le modèle européen, qui ne limite pas l'autonomie de la volonté des parties à un éventail prédéterminé de lois, devrait être privilégiée, sous réserve toutefois que ce choix ne prive pas le consommateur de la protection garantie par les dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle, laquelle constitue ainsi une garantie minimale de protection pour le consommateur. Bien que cette solution ne soit pas exempte de critiques, elle demeure, à notre avis, celle qui concilie au mieux la protection du consommateur et la nécessité de garantir la prévisibilité dans le commerce international, s'inscrivant ainsi dans l'objectif plus large d'harmonisation à l'échelon régional[3641].

600. De l'opportunité de prévoir une protection spéciale à certains types de consommateurs. Il est également intéressant de mentionner la proposition de la professeure argentine Luciane Klein Vieira, en particulier sur la possibilité d'offrir une protection plus étendue à certains consommateurs en situation de vulnérabilité particulière[3642]. Elle présente des solutions proches de celles adoptées par l'Accord du Mercosur, mettant particulièrement en lumière une catégorie spécifique de consommateur : le consommateur transfrontalier qu'elle qualifie de « particulièrement

[3640] K. Thorn, « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *op. cit.*, p. 129 (traduction libre de l'anglais).

[3641] Le professeur Fausto Pocar explique que cette solution peut être critiquée sous l'angle de l'incertitude qu'elle donnerait à la réglementation juridique des contrats, car il peut être difficile d'établir en pratique quelle est la loi la plus favorable et de vérifier dans un cas concret si la loi choisie par les parties contredit les dispositions impératives du droit applicable à défaut de choix. Malgré ces complications il affirme : « Sans sous-estimer ces difficultés ou les inconvénients inhérents au morcellement du contrat que cette solution peut susciter, on ne saurait les considérer décisifs pour écarter la solution qu'elle comporte ». Il affirme que le problème d'une comparaison entre deux lois matérielles n'est pas un procédé inconnu du domaine de conflit de lois et que « les inconvénients mis en lumière sont largement balancés par les avantages d'une tendance qui assure une protection au faible en rapprochant la solution conflictuelle de la solution matérielle ». Cf. F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.,* p. 382-383.

[3642] V. en particulier, L. Klein Vieira, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado, op. cit.*, p. 454-456 ; et L. Klein Vieira, « El consumidor "especialmente hipervulnerable" y el derecho internacional privado », *in* D.P. Fernández Arroyo, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 411-435.

hypervulnérable »[3643]. Elle considère comme consommateur transfrontalier « particulièrement hypervulnérable » toute personne physique qui, en plus d'acheter des produits ou services à un fournisseur établi dans un pays du Mercosur différent de son domicile ou de sa résidence habituelle, présente des caractéristiques ou des conditions spécifiques, telles que « son jeune âge (jusqu'à 18 ans) ou un âge avancé (à partir de 60 ans), ou encore des difficultés particulières résultant d'une déficience physique, mentale, intellectuelle, sensorielle ou culturelle, entraînant une réduction de sa capacité due à l'analphabétisme, parmi d'autres conditions que le juge considère comme pertinentes et qui autorisent ainsi un traitement différencié, entraînant l'application de règles spéciales de protection » ; et cela, indépendamment du fait que cette protection soit opérée lorsque le consommateur achète de manière passive ou active[3644].

L'auteure ne juge pas pertinent d'accorder à ces personnes la possibilité de choisir le droit applicable à la relation contractuelle internationale, en raison de leur condition de faiblesse particulière vis-à-vis du fournisseur. Selon elle, avec cette catégorie de consommateur naît le besoin « d'assurer une plus grande ouverture à la "publicisation" du contrat, afin d'adapter la justice contractuelle escomptée à la réalité sociale par des mesures de protection plus étendues, de sorte qu'elles se transforment en un droit contractuel plus juste et équilibré »[3645]. Ainsi, pour de tels contrats, « en raison de la catégorie de consommateur invoquée, l'autonomie de la volonté conflictuelle doit être totalement refusée, non pour distordre l'autonomie en question, mais pour restaurer l'équilibre dans les rapports de pouvoir entre les parties, comme une mesure de protection maximale et de contrôle de l'État »[3646].

Bien qu'animée par un souci légitime de justice matérielle, l'introduction d'une catégorie spécifique de consommateurs « particulièrement hypervulnérable » présenterait, selon nous, un risque à la sécurité juridique des contrats internationaux et possiblement d'alourdissement excessif pour les opérateurs économiques. Ces derniers seraient contraints d'identifier au cas par cas la situation de chaque cocontractant, tâche d'autant plus complexe dans le contexte numérique et transfrontière du commerce contemporain. En outre, considérer qu'une personne de plus de 60 ans ne serait pas raisonnablement en mesure de valider un choix de loi applicable dans un contrat international nous paraît quelque peu excessif. Par ailleurs, il existe des instruments conventionnels destinés à protéger les personnes incapables, notamment la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes[3647]. Bien qu'aucun pays latino-américain

[3643] L. Klein Vieira, *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado, op. cit.*, p. 454-456 (traduction libre de l'espagnol).

[3644] *Ibid*, p. 455-456 (traduction libre de l'espagnol).

[3645] *Ibid*, p. 460-461 (traduction libre de l'espagnol).

[3646] *Ibid*, p. 461 (traduction libre de l'espagnol).

[3647] Selon cette convention, lorsque la loi applicable le permet, un adulte peut conférer des pouvoirs de représentation afin d'organiser par anticipation les modalités d'assistance dans l'exercice de sa capacité juridique, ainsi que l'identité de son représentant, en prévision d'une altération ou d'une insuffisance future

ne l'ait ratifiée à ce jour, cette possibilité demeure ouverte. À notre sens, un raisonnement fondé sur la responsabilité délictuelle pourrait aussi être plus approprié pour sanctionner d'éventuels abus dans de tels cas de figure. En outre, un contrôle pourrait aussi être effectué au cas par cas lors de l'évaluation du juge, s'il y a eu un véritable accord de choix de loi sans abus de la partie forte et sans préjudice réel pour cette partie en situation de vulnérabilité accrue.

Il importe donc, dans le cadre d'une éventuelle harmonisation, de ne pas négliger les exigences de simplicité et de prévisibilité, tout en assurant la protection effective des consommateurs, conformément aux standards de protection minimale de la loi de leur domicile.

2. La loi applicable en l'absence de choix

601. La protection des parties faibles nécessite également une révision des critères objectifs de rattachement utilisés lorsque les parties n'ont pas fait de choix quant à la loi applicable. Il convient de s'interroger ainsi sur la loi la plus appropriée pour répondre aux besoins de protection dans cette situation. En règle générale, tant les propositions latino-américaines que le système européen indiquent l'application de la loi du domicile, compris comme celle de la résidence habituelle du consommateur. Cependant, quelques différences importantes existent, notamment quant à la protection des consommateurs « actifs » ou « touristes ».

Dans le système de l'Union européenne, conformément à l'article 6 du Règlement Rome I, les contrats internationaux de consommation sont régis par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel exerce son activité professionnelle dans le pays où le consommateur réside habituellement. L'article prévoit encore que la même loi régit les contrats conclus en dehors de la résidence du

---

de ses facultés personnelles. Des pouvoirs de représentation correctement rédigés permettent, ainsi, de prévenir les litiges et, partant, de maintenir les questions relatives à la protection des adultes en dehors du contentieux judiciaire. L'article 17 de la convention traite de la protection de tiers. Selon cet article, un tiers qui, de bonne foi, passe un acte avec une personne qui « aurait la qualité de représentant de l'adulte selon la loi de l'État où l'acte a été passé » ne peut voir sa responsabilité engagée au seul motif que l'autre personne n'avait pas en réalité la qualité de représentant en vertu de la loi désignée par les règles de la Convention de 2000 relatives à la loi applicable. L'article 17 préserve ainsi la validité de l'acte et protège le tiers de toute mise en cause de sa responsabilité. Cependant, cette protection ne s'applique pas lorsque le tiers savait ou aurait dû savoir que le pouvoir de représentation était régi par une autre loi que celle de l'État où l'acte a été conclu, à savoir la loi désignée par les règles de la Convention de 2000 relatives à la loi applicable. Par conséquent, pour pouvoir bénéficier de la protection de l'article 17, le tiers doit être de bonne foi et doit avoir fait preuve de diligence. Toutefois, lors de contrats internationaux de consommation ces règles ont une application limitée. D'une part, cette protection ne s'applique que dans le cas où l'acte a été passé entre des personnes présentes sur le territoire d'un même État. D'autre part, l'article 17 s'applique seulement dans le cas où le tiers a traité avec le représentant apparent. Il ne s'applique pas lorsque le tiers a traité avec l'adulte lui-même sans savoir que celui-ci n'est plus en mesure de pourvoir à ses intérêts. V. Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000, en ligne https://assets.hcch.net/docs/51e76c7f-5c36-460d-bc94-cdf5f9eef4bc.pdf, spéc. p. 33 et s.

consommateur si le professionnel a dirigé cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat s'inscrit « dans le cadre de cette activité »[3648].

En raison des difficultés liées à la notion de « direction d'activités », la CJUE a donné des indications sur la façon de l'interpréter, notamment dans le cas de contrats conclus par voie de commerce électronique[3649]. Ces conditions ont été justifiées par le lien significatif avec le pays de résidence du consommateur, qui légitime l'application des lois protectrices de ce pays, et par la prévisibilité et la sécurité juridique qu'elles offrent au professionnel, qui peut ainsi anticiper l'application de la loi du pays de résidence du consommateur[3650].

En revanche, les projets latino-américains n'imposent pas que l'activité du professionnel soit orientée vers l'État du consommateur ou qu'il ait un établissement dans ce pays. Ils différencient les régimes des contrats conclus avec des consommateurs « passifs » et « actifs » ou « touristes », offrant une protection plus étendue que celle du droit européen, notamment pour ces derniers (« actifs » et « touristes »)[3651]. Selon le Projet de Buenos Aires et l'Accord du Mercosur, en l'absence de choix des parties, les contrats conclus avec des consommateurs « passifs » sont régis, comme dans le système européen, par la loi du domicile du consommateur. Cependant, pour ce qui concerne les consommateurs « actifs »

[3648] V. également le considérant 25 du Règlement Rome I.

[3649] Dans son arrêt historique rendu dans l'affaire *Pammer c. Alpenhof* (CJUE, grande chambre, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) et *Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller* (C-144/09), 7 décembre 2010), la Cour a jugé que le simple fait qu'un site internet soit accessible dans un État membre donné ne suffit pas pour établir que le commerçant a dirigé son activité vers celui-ci. Au contraire, il faut, selon la Cour, vérifier « si, avant la conclusion éventuelle d'un contrat avec le consommateur, il ressort de ces sites Internet et de l'activité globale du commerçant que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux ». La Cour a dressé une liste de critères qui peuvent servir à démontrer cette intention. Parmi ceux-ci, notons : la nature internationale de l'activité ; la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi ; l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autres que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre du commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation ou la commande dans cette autre langue ; la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international ; l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur l'internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres l'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire ; l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi ; et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres. Toutefois, selon l'arrêt, les éléments suivants ne constituent pas une preuve suffisante de cette volonté : la simple accessibilité du site internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié ; la mention d'une adresse électronique ainsi que d'autres coordonnées ; ou l'emploi d'une langue ou d'une monnaie qui sont la langue et/ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre du commerçant. En outre, dans l'affaire Mühlleitner (CJUE, quatrième chambre, *Daniela Mühlleitner c. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi*, C-190/11, 6 septembre 2012), la Cour a jugé qu'il n'est pas nécessaire que le contrat ait été conclu à distance, mais qu'il puisse en être tenu compte lors de l'examen de tous les éléments pertinents nécessaires pour établir si un commerçant dirige ou non son activité vers un certain État membre.

[3650] V. P. Serra Freire, *Le contrat international de consommation, comparaison franco-brésilienne*, thèse, *op. cit.*, p. 336. L'auteure note en outre que l'exigence de l'article 6 du Règlement Rome I selon laquelle le contrat doit rentrer « dans le cadre de ces activités » a soulevé des doutes sur l'exigence d'un lien de causalité entre l'activité dirigée du professionnel et le contrat conclu. Sur ces discussions et en soutenant l'avis qu'en matière de loi applicable, un lien de causalité est nécessaire entre le contrat conclu par le consommateur et l'activité du professionnel dirigée vers l'État de résidence du consommateur, sans pour autant exiger que le contrat soit conclu dans ce dernier, v. *Ibid*, p. 338-339.

[3651] V. *supra* n° 239 et s.

ou « touristes », la loi applicable est celle du lieu de conclusion du contrat, le Projet de Buenos Aires précisant que ce lieu est considéré comme le lieu où le consommateur et le fournisseur ou professionnel se trouvent physiquement pour la conclusion du contrat (art. 5.2). Par ailleurs, une règle spéciale régit les contrats forfaitaires de voyage et de tourisme. L'Accord du Mercosur soumet ces contrats à la loi du domicile du consommateur sans exiger de présence ou d'activité dirigée du professionnel vers cet État (art. 7), tandis que le Projet de Buenos Aires subordonne l'application de cette loi à l'existence d'une telle présence ou activité dirigée (art. 10)[3652].

Dans le contexte de la Convention de Rome, ce renvoi rigide à la loi de la résidence habituelle du consommateur, sans aucune clause échappatoire, a été critiqué par la doctrine. Comme l'a signalé le professeur Franco Ferrari, ce rattachement « ne garantit pas toujours l'application de la loi plus favorable au consommateur »[3653]. Ainsi, dans le cas où le consommateur réside habituellement dans un pays doté d'une législation moins protectrice, il ne pourra certainement pas être considéré comme étant mieux protégé par l'application de sa propre loi. Cependant, il a été également reconnu que la loi de la résidence habituelle du consommateur, qui a été maintenue dans le système du Règlement Rome I, constitue véritablement le « terrain de jeu » du consommateur, et qu'il serait, ainsi, paradoxal qu'une règle spécialement conçue pour garantir cette protection privilégie un facteur de rattachement autre que celui qui assure le mieux cet objectif[3654]. Le raisonnement sous-jacent à cette option repose sur l'idée que la partie faible, en particulier le consommateur, bénéficie d'une meilleure protection sous l'empire de la loi du pays de sa résidence. Cette protection s'explique d'abord par le fait qu'il s'agit de la loi du lieu où il vit, mais surtout parce qu'il est habitué à l'appliquer et peut donc anticiper les effets, favorables ou défavorables, de son application. Il ne peut pas « se trouver devant la surprise d'une loi qui lui est inconnue »[3655]. On institue donc « un parallèle, une équivalence totale entre prévisibilité de la loi et protection »[3656].

Sur ce sujet, il est intéressant de noter l'opinion du professeur Fausto Pocar. Dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye sur le sujet de la protection de la partie faible en droit international privé, le professeur Pocar analyse quel serait le

---

[3652] V. *supra* n° 239 et n° 240.

[3653] F. Ferrari, « La Loi Applicable aux Contrats Conclus par les Consommateurs (Art. 5 de la Convention de Rome) », *International Business Law Journal*, 2008, p. 234-262, p. 249.

[3654] P. Mankowski, « Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation », *in* E. Cashin-Ritaine, A. Bonomi (dir.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles* : actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Genève, Schulthess, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé nº 62, 2008, p. 121-160, p. 142 (traduction libre de l'anglais). Selon le professeur Mankowski, cette exigence est d'autant plus justifiée par la répartition des coûts d'information liés à la connaissance du droit étranger, c'est-à-dire d'un droit autre que celui auquel le consommateur est habitué. En effet, à la différence du consommateur, le professionnel, en tant qu'acteur récurrent, peut minimiser ces coûts, espérer amortir ses investissements par le volume des contrats conclus, et ajuster sa tarification en conséquence.

[3655] F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.,* p. 392.

[3656] *Ibid,* p. 393.

rattachement objectif des contrats qui mieux protège les parties faibles[3657]. Il analyse les rattachements généralement appliqués aux contrats, à savoir le lieu de conclusion, d'exécution du contrat, de la prestation caractéristique et celui de la « sphère juridique de la partie faible » (qui est celui du domicile ou de la résidence habituelle du consommateur). Il montre, dans un examen approfondi, pourquoi chacun de ses critères n'est pas approprié pour protéger les parties faibles.

En ce qui concerne le dernier — la sphère juridique de la partie faible — qui est le plus généralement adopté en Amérique latine, il considère qu'il « se fonde sur une fausse présomption », c'est-à-dire que la partie faible, le consommateur, connaît sa loi et peut donc en prévoir les conséquences[3658]. Il analyse ensuite les correctifs au fonctionnement de la règle de conflit et à la loi la plus favorable à la partie faible (l'ordre public et les lois de police du for et étrangères). Il en conclut qu'il semble « indéniable que, le but des facteurs mentionnés étant de parvenir à appliquer la loi la plus protectrice de la partie faible, il serait plus simple d'obtenir ce résultat en indiquant simplement au juge un rattachement à la loi la plus favorable parmi les lois avec lesquelles le contrat présente un lien »[3659]. Selon lui, cette solution a les avantages « de clarté et de simplicité et éviterait une série de passages, en assurant l'application de la législation qui donne le degré de protection le plus élevé même dans la situation limite caractérisée par l'absence de règles protectrices ayant un caractère impératif […] »[3660]. Cela équivaut donc à adopter un critère flexible — celui de la loi la plus favorable — pour déterminer la loi applicable aux contrats conclus avec des parties faibles lorsque les parties n'ont pas exercé leur faculté de choix.
Le professeur Pocar reconnaît, par ailleurs, les difficultés que cette approche peut soulever, notamment vis-à-vis de la sécurité juridique, la difficulté pratique pour comparer les différentes lois en présence et décider quelle est la plus favorable. Il note également la difficulté de l'occurrence du dépeçage du contrat quant à la loi applicable, mais considère que, malgré cela, « s'agissant de contrats caractérisés par le besoin particulier de protection d'une partie, la nécessité de sauvegarder aussi les intérêts de la partie faible doit également être prise en considération, même si cela implique quelques dérogations au principe de la sécurité juridique »[3661]. Enfin, il considère que « les désavantages sous cet aspect sont largement balancés par les avantages que la partie faible en tirerait sur le plan de sa protection : « En concédant quelque chose à la protection et en enlevant quelque chose à la sécurité juridique, on aboutit à une solution assurant une définition meilleure de la relation entre sécurité juridique et justice individuelle »[3662].

Certes, déterminer un critère de rattachement approprié pour les contrats internationaux de consommation n'est pas une tâche aisée. Si les arguments du professeur Pocar, qui

[3657] V., *Ibid*, spéc. Chapitre IV, p. 384 et s.

[3658] *Ibid,* p. 394.

[3659] *Ibid,* p. 404.

[3660] *Ibidem*.

[3661] *Ibid,* p. 405.

[3662] *Ibid,* p. 408.

privilégie la justice matérielle à la stricte sécurité juridique, sont tout à fait légitimes sur un plan théorique, l'application concrète d'une telle solution présente des défis pratiques importants — qu'il avait, par ailleurs, lui-même reconnus. En effet, laisser une marge d'appréciation aussi large au juge dans le choix de la loi à appliquer peut engendrer une grande incertitude juridique, ce qui nuit à la prévisibilité nécessaire au bon développement du commerce international. L'objectif fondamental de protection du consommateur, bien qu'indispensable, ne saurait justifier à lui seul une indétermination excessive dans les règles de conflit de lois. Une ouverture trop large à l'application de toute loi susceptible d'être la plus favorable (dès que liée au contrat) risque d'entraîner une insécurité juridique préjudiciable aux activités économiques transfrontalières. Il nous paraît donc essentiel que les futures règles d'harmonisation en Amérique latine concilient de manière équilibrée les impératifs d'une protection efficace des parties contractantes et la nécessité d'assurer la prévisibilité de solutions.

En ce sens, nous nous accordons avec la proposition de Mme Cerqueira Vieira, selon laquelle il faudrait adopter, dans le cadre du Mercosur, le critère du « lieu de la résidence habituelle du consommateur » pour régir les contrats conclus par les consommateurs « passifs », à l'instar du modèle européen du Règlement Rome I. Selon l'auteure, ce critère présente plusieurs avantages majeurs : il permet d'appliquer la loi qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat ; il respecte les attentes légitimes des parties (le professionnel qui cible ou exerce ses activités dans le pays du consommateur doit assumer le risque d'appliquer la loi de ce pays en cas de litige, tandis que le consommateur peut s'attendre à voir s'appliquer la loi qui lui est la plus proche, même si ce n'est pas toujours la plus favorable) ; et l'adoption de ce critère apporte une cohérence juridique aux contrats conclus par voie électronique, où le professionnel visant des consommateurs d'un pays donné doit être soumis à la loi de ce pays. Finalement, l'application de ce critère est avantageuse pour le consommateur, qui bénéficie ainsi des lois de son pays de résidence, qu'il est présumé connaître ou pouvoir facilement connaître[3663]. Et, s'il est vrai que, parfois, il peut ignorer la loi de résidence, il connaîtrait encore moins les éventuelles lois étrangères plus protectrices, et il s'attendrait encore moins à ce qu'elles s'appliquent pour le protéger. Si la loi de la résidence habituelle n'est pas toujours celle qui lui offre la meilleure protection, nous estimons cependant que ce rattachement demeure le plus logique et celui qui équilibre le mieux les attentes du consommateur en matière de protection et la prévisibilité nécessaire au bon fonctionnement du commerce international.

Mais, à la différence du système européen, Mme Cerqueira soutient l'adoption du critère de rattachement « lieu de conclusion du contrat » pour régir les contrats conclus par les consommateurs « actifs », conformément à la proposition finale de la Convention interaméricaine de droit international privé présentée par le Brésil (qui est devenu le Projet de Buenos Aires). Ainsi, au lieu d'appliquer le critère de rattachement général proposé en cas d'absence de choix — à savoir la loi du lieu de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique —, il conviendrait d'appliquer la loi du lieu de conclusion du

[3663] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 416.

contrat. Cette solution « neutre », selon l'auteure, assure un équilibre entre le consommateur et le professionnel, car elle soumet la loi applicable au lieu où le contrat a été effectivement conclu, sans favoriser l'une ou l'autre partie. Elle répond également, selon l'auteure, aux attentes légitimes des parties : le consommateur qui se rend physiquement dans le pays du professionnel et conclut un contrat doit s'attendre à ce que la loi de ce pays s'applique en cas de litige, de même que le professionnel s'attend à ce que la loi de son pays régisse les contrats conclus sous cette condition. Enfin, elle suggère que ce rattachement fixe soit assorti d'une clause d'exception, permettant au juge, au cas par cas, d'écarter la loi du lieu de conclusion si un autre système juridique présente des liens plus étroits avec le contrat, garantissant ainsi une application adaptée et juste du droit[3664].

À notre avis, si la solution proposée par l'auteure brésilienne trouve une justification consistante (et a été d'ailleurs adoptée par l'Accord du Mercosur de 2017 — art. 5.2), il convient de souligner qu'en pratique, la loi du lieu de conclusion du contrat coïncidera très fréquemment avec celle du siège du professionnel (avec les rares exceptions, mentionnées par ailleurs par l'auteure, des professionnels et consommateurs qui se déplacent pour conclure des contrats). Il nous semble, ainsi, que, dans la grande majorité des cas, un tel rattachement aura un résultat identique à celui du rattachement général applicable aux contrats. En réalité, les situations dans lesquelles le consommateur se déplace de sa propre initiative pour acquérir des biens ou des services à l'étranger sont différentes de celles où son déplacement résulte d'une activité commerciale ciblée ou d'une présence active du professionnel dans l'État de résidence du consommateur. Dans ce dernier cas, les professionnels ne peuvent ignorer que la loi impérative du pays de résidence habituelle du consommateur serait susceptible de s'appliquer, ce qui les contraint à assumer, en pleine connaissance de cause, un certain « risque juridique ». Toutefois, s'agissant des premiers, même s'il est indéniable qu'ils méritent une protection particulière en raison de leur situation de vulnérabilité — liée, par exemple, à l'ignorance de la langue, de la législation locale ou des usages commerciaux[3665], il nous paraît, néanmoins, excessif d'imposer au professionnel la charge disproportionnée de s'adapter à l'ensemble des législations étrangères potentielles, ce qui pourrait entraver gravement la sécurité juridique et la fluidité des échanges internationaux.

Quoi qu'il en soit, il est essentiel que les futures règles de rattachement rédigées dans ce domaine soient formulées de manière claire et précise. Une telle orientation favoriserait la protection des consommateurs et la prévisibilité juridique en permettant aux parties, dès la formation de leur contrat, de connaître avec certitude le droit applicable à leur relation, contribuant ainsi à la sécurité et à la stabilité des échanges commerciaux comme au niveau international.

[3664] *Ibid*, p. 416.

[3665] V. en ce sens, les travaux de la Conférence de La Haye sur la protection des consommateurs touristes, particulièrement le « Tourists and Visitors (ODR) Project », en ligne https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/protection-of-tourists (consulté le 26 septembre 2025).

B. Solutions envisageables pour le régime de contrats de travail

602. Si la qualification du contrat de travail ne pose pas de difficulté particulière en droit international privé, la réalité du travail international est plus complexe à appréhender en raison de la diversité des situations (détachement, emploi dans une filiale, recrutement à l'étranger, emplois multiples, travail en ambassade, etc.). S'y ajoutent des enjeux politiques majeurs : la législation sociale étant un domaine sensible, les États imposent généralement l'application impérative de leur réglementation à tout travail effectué sur leur territoire, notamment en Europe, où l'équilibre entre libre prestation de services et protection des salariés demeure un enjeu central. Enfin, le caractère durable du contrat de travail rattache naturellement son exécution au territoire de l'État où le travail s'accomplit, ce qui renforce l'attraction de la loi de cet État dans la détermination du droit applicable[3666].

603. Rappel du système actuel. Comme nous l'avons analysé, aucune des conventions latino-américaines ne prévoit un régime spécial pour les contrats de travail internationaux, à l'exception du Code Bustamante qui les qualifie d'« ordre public international »[3667]. Pour ce qui est du droit international privé de source interne, actuellement, seules les législations du Panama, de la République dominicaine et de l'Uruguay prévoient un régime spécial pour les contrats internationaux de travail, chacun adaptant la loi applicable selon les circonstances particulières, tout en adoptant comme principe général le rattachement de la loi du lieu d'exécution du travail[3668].

En ce qui concerne l'autonomie de la volonté, au Panama, celle-ci est limitée à certaines situations : celles des cadres ou dirigeants transférés à l'étranger pour une longue durée, et celles des contrats d'affectations multiples à l'étranger, où cette autonomie est toutefois limitée au choix de la loi du siège social de la société ou de la succursale qui recrute et dirige le travailleur. Dans les deux autres pays, à savoir la République dominicaine et Uruguay, la loi d'autonomie est permise. La République dominicaine a préféré l'accepter de manière large en limitant ses effets (le choix peut porter sur toute loi, mais il ne peut pas réduire les normes protectrices impératives de la loi applicable au contrat), l'Uruguay a opté pour restreindre cette liberté à un éventail préétabli de lois (celles du lieu d'exécution, du domicile du travailleur ou de l'employeur). En absence de choix, la loi applicable est celle du pays où le travail est habituellement accomplit, ou à défaut, celle présentant les liens les plus étroits pour la République dominicaine ; et en Uruguay, en face de la lacune législative, la doctrine majoritaire considère que les rattachements subsidiaires applicables aux contrats en général doivent s'appliquer.

604. L'exemple de l'Union européenne. Dans l'Union européenne, les contrats de travail individuels ont été spécifiquement réglementés par la Convention de Rome et le

[3666] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 667.

[3667] V. *supra* n° 243 et s.

[3668] V. *supra* n° 464 et s.

Règlement Rome I. Ce dernier, à l'instar des contrats de consommation, autorise l'autonomie de la volonté pour les contrats individuels de travail, mais il limite ses effets : la loi choisie ne peut pas priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable (art. 8.1).

La faculté de choix se justifie parce qu'elle « permet au travailleur expatrié, notamment à partir d'un pays industrialisé, de s'assurer le maintien des conditions plus favorables de son pays d'origine, ainsi que la permanence de son statut » et parce qu'elle permet également « de remédier aux incertitudes que laissent subsister les règles objectives »[3669]. La réserve attachée à cette faculté garantit ainsi la protection du salarié contre une éventuelle application de la loi d'autonomie à son désavantage. À l'instar des contrats de consommation, ce mécanisme implique une comparaison entre le contenu de la loi choisie et celui de la loi qui aurait été applicable en l'absence de ce choix. Théoriquement, cette comparaison peut conduire à une application cumulative des deux systèmes juridiques : les dispositions de la loi choisie sont retenues lorsqu'elles sont au moins aussi protectrices que celles de la loi applicable par défaut, tandis qu'elles sont écartées au profit de celle-ci lorsqu'elles se révèlent moins protectrices[3670].

En effet, dans le rapport élaboré par les professeurs Mario Giuliano et Paul Lagarde à propos de la transformation de la convention en règlement, il a été souligné que la révision de la règle de conflit de lois applicable aux contrats de travail a conduit le groupe de travail à rapprocher son régime de celui prévu pour les contrats de consommation. Comme le rapport le précise, il s'agissait « dans un cas comme dans l'autre, de donner une réglementation plus appropriée à des matières où les intérêts d'un des contractants ne se posent pas sur le même plan que ceux de l'autre et d'assurer en même temps, par le biais d'une telle réglementation, *une protection plus adéquate* à la partie qui est à considérer, d'un point de vue socio-économique, comme la partie la plus faible dans la relation contractuelle »[3671]. Toutefois, comme nous le verrons, l'analyse de la pratique européenne révèle que la protection du travailleur s'est distinguée de celle accordée au consommateur.

Comme l'a écrit le professeur Paul Lagarde, « La détermination de la loi objectivement applicable est plus complexe qu'en matière de contrats de consommation et procède d'un esprit différent. Alors que pour le contrat de consommation le rattachement objectif est un rattachement de faveur pour le consommateur, en ce sens que la loi applicable est celle qu'il connaît et sur la protection de laquelle il compte, le rattachement retenu en matière de contrat de travail est un rattachement de proximité, la convention essayant de déterminer le pays avec lequel le contrat

[3669] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 939.

[3670] M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 686.

[3671] Cf. M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *op. cit.*, art. 6, para. 2 (original sans italiques).

de travail a les liens les plus étroits »[3672]. En effet, le système européen a privilégié une approche de nature essentiellement « localisatrice », visant à identifier le lien de « proximité » caractéristique du droit international privé, plutôt qu'une approche strictement « protectrice » du point de vue du droit matériel.

À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi « par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, *à partir duquel* le travailleur, en exécution du contrat, *accomplit habituellement son travail* » (art. 8.2). La logique sous-tendant le choix de ce critère diffère un peu de celle applicable au contrat de consommation, qui privilégie une approche protectrice favorisant la loi présumée être la mieux connue de la partie faible. En matière de contrat de travail, c'est le principe général de proximité qui prévaut, selon lequel la loi du lieu d'exécution est présumée entretenir les liens les plus étroits avec le contrat[3673].

La notion d'*habitude* d'exécution du travail dans un pays donné fait fréquemment l'objet de débats devant les juges du fond, étant à la fois contestée ou revendiquée par l'une ou l'autre des parties[3674]. Le Règlement ajoute encore une précision indiquant que ce lieu n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail « de façon temporaire dans un autre pays » (art. 8.2). Le considérant 36 vient compléter cette norme annonçant que le caractère temporaire du travail doit être compris lorsque le travailleur est censé reprendre son travail dans le pays d'origine après l'accomplissement de ses tâches à l'étranger[3675]. Il est intéressant de noter la référence au lieu « à partir duquel » le travailleur accomplit habituellement son travail. Cette précision apportée par le règlement (la Convention de Rome ne contenait pas une telle disposition) devrait régler la question — qui soulevait des difficultés dans la pratique des tribunaux —, des personnels navigants d'aéronefs à partir d'une base fixe et au travail des marins à bord d'un navire, ce dernier, qui était fréquemment considéré comme soumis à la loi du pavillon[3676]. Lorsque ce critère ne peut être retenu, notamment en l'absence d'un lieu habituel de travail déterminable, la norme prévoit un rattachement subsidiaire fondé sur le lieu de l'établissement qui a embauché le travailleur (art. 8.3). Finalement, une clause d'exception est prévue selon laquelle la loi présentant les liens les plus étroits s'applique s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente de tels liens avec un autre pays (art. 8.4), clause qui, comme nous

[3672] P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *op. cit.*, n° 40.

[3673] *Ibidem*.

[3674] Comme l'a noté un auteur, l'habitude « est une question de fait relevant du pouvoir souverain des juges du fond ». Y. Chagny, « La détermination de la loi applicable au contrat de travail par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2011, vol. 19, nº 2008, p. 199-224, p. 204.

[3675] Comme l'explique le professeur Lagarde : « C'est donc *ex ante* que ce caractère temporaire est apprécié, lorsqu'il est limité à une certaine mission dont la durée n'est pas fixée précisément, et non *ex post* en fonction de la durée écoulée ». P. Lagarde, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *op. cit.*, n° 17.

[3676] V. B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 937.

le verrons, a été entendue comme une clause « neutre » ne amenant pas nécessairement au droit le plus avantageux pour le salarié[3677].

605. De l'opportunité de s'inspirer du modèle européen pour l'harmonisation du droit applicable aux contrats de travail en l'Amérique latine. Contrairement aux contrats de consommation, aucune tentative régionale en Amérique latine n'a essayé d'harmoniser le régime de la loi applicable aux contrats de travail. Malgré cela, lors de sa proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur, Mme Cerqueira a abordé la question de la loi applicable aux contrats de travail en s'inspirant du modèle en vigueur dans l'Union européenne.

Pour ce qui est des contrats internationaux de travail, il est, ainsi, pertinent de se demander si le modèle européen peut servir d'inspiration pour uniformiser les règles régissant les contrats de travail en Amérique latine. À ce propos, il sera opportun d'évaluer le rôle de l'autonomie de la volonté dans ces contrats (1), ainsi que la loi applicable en l'absence de choix (2).

1. La place de l'autonomie de la volonté

606. Le droit comparé nous montre trois voies de protection des travailleurs. Premièrement, l'autonomie de la volonté peut être totalement interdite, comme semble être la position jurisprudentielle de certains pays latino-américains, imposant systématiquement la loi matérielle interne aux contrats exécutés dans le pays. Deuxièmement, le choix peut être limité à certains droits présumés objectivement liés, et parfois l'autorisation donnée exclusivement au travailleur (comme c'est le cas de la législation de l'Uruguay, et dans une certaine mesure de celle du Panama). Enfin, l'établissement d'un seuil minimal de protection assuré par le droit applicable à titre subsidiaire, solution retenue par l'Union européenne et par la loi de la République dominicaine.

Selon nous, pour les mêmes raisons que celles énoncées pour les contrats de consommation, l'adoption d'une approche entièrement restrictive, qui nie toute autonomie de la volonté, bien qu'elle soit plus simple sur le plan technique, pourrait priver le travailleur de la protection d'une législation plus favorable. Cette réflexion se manifeste tout particulièrement dans le cas des travailleurs expatriés originaires d'un pays doté d'une législation plus protectrice, lesquels subissent ainsi un préjudice du fait de l'application d'une loi moins favorable, celle du lieu d'accomplissement habituel des travaux.

À l'inverse, restreindre le choix à un éventail de lois prédéterminé, comme c'est le cas en Uruguay, peut offrir une certaine commodité en assurant une application unifiée et

[3677] V. *infra* n° 610.

cohérente d'une seule loi à l'ensemble du contrat. Toutefois, cette solution, à l'instar de l'interdiction totale, peut également empêcher l'application d'une loi plus favorable au travailleur.

Dans cette perspective, le modèle européen semble constituer un compromis judicieux : il offre aux parties la possibilité de choisir librement la loi applicable, tout en protégeant le travailleur par l'application obligatoire des dispositions impératives de la loi objectivement désignée, en règle générale, celle du lieu d'exécution du travail. Certes, ce modèle comporte l'inconvénient de permettre un éventuel morcellement du contrat (dépeçage) ainsi que des difficultés pratiques de comparaison entre plusieurs législations, mais il garantit que le travailleur bénéficie soit d'une protection supérieure en cas de choix exprès, soit, à tout le moins, du socle minimal de garanties offert par la loi applicable objectivement, considéré comme la plus proche de la relation de travail.

Cet avis est également partagé par Mme Cerqueira, selon laquelle, lors de l'élaboration d'une réglementation spécifique au sein du Mercosur, il conviendrait de retenir une solution intermédiaire consistant à laisser aux parties « la possibilité de désigner la loi applicable à leur contrat, tout en s'assurant que les travailleurs ne seront pas privés de la protection que leur accordent les dispositions auxquelles les parties ne peuvent pas déroger par contrat en vertu de la loi objectivement applicable »[3678]. Imaginons un travailleur brésilien qui est détaché en Bolivie pour y exécuter une mission. Il pourrait légitimement convenir de l'application de la législation brésilienne à son contrat. Cependant, les règles impératives boliviennes devraient également être appliquées lorsqu'elles offrent une protection plus étendue que celle garantie par la législation brésilienne applicable au contrat.

Cette approche, ainsi que Mme Cerqueira la pertinemment souligné, permet au salarié de bénéficier des règles les plus favorables, y compris lorsque celles-ci dépassent les garanties offertes par la loi du lieu d'exécution habituelle de son travail. En outre, en introduisant une limitation des effets de l'autonomie de la volonté — à l'instar du mécanisme prévu par le Règlement Rome I —, le choix opéré par les parties ne saurait avoir pour effet de réduire le niveau minimal de protection assuré par la loi objectivement applicable : le travailleur demeure, en toute hypothèse, garanti par cet ordre juridique[3679].

Selon Madame Cerqueira, cette méthode permet à un employé de profiter d'un régime de protection plus complet, issu de l'interaction des dispositions de la *lex executionis* et de celles de la loi sur l'autonomie, plutôt que de l'application d'un seul droit national[3680]. Si cet argument est séduisant, il n'en demeure pas moins que cette technique de dépeçage n'est pas dépourvue de difficultés. En effet, une telle réserve — comme consacrée dans le système européen — vise l'ensemble des dispositions impératives de droit interne, sans

[3678] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 309.

[3679] *Ibid,* p. 309-310.

[3680] *Ibid,* p. 310.

emporter une « substitution globale d'une loi à l'autre, mais par l'application éventuelle d'une loi différente sur certains points »[3681]. Cette pratique de combinaison, comme nous l'avons déjà souligné lors de l'analyse des contrats de consommation, peut engendrer plusieurs difficultés pratiques. Pour les contrats de travail, cela peut s'avérer particulièrement complexe, notamment quant aux dispositions à comparer (droit interne seulement, conventions collectives, conventions de l'OIT ou autres normes de source conventionnelle) et à la manière de comparer (article par article ou de manière globale, situation individuelle du salarié ou l'ensemble du personnel)[3682].

Toutefois, à notre avis, malgré les difficultés évoquées, cette solution demeure la plus apte à assurer une protection effective du travailleur tout en garantissant la prévisibilité des relations de travail internationales. Face aux lacunes législatives qui subsistent, elle pourrait également être étendue à l'ensemble de la région latino-américaine. Comme nous l'avons constaté, tous les pays de la région reconnaissent actuellement, ne serait-ce que de manière implicite, le principe de l'autonomie de la volonté. Et, en matière de droit du travail, la jurisprudence des pays latino-américains tend, de son côté, à accepter cette autonomie de la volonté, tout en privilégiant la protection du salarié. Une solution conforme à ce modèle serait donc particulièrement bienvenue dans ces juridictions.

2. La loi applicable en l'absence de choix

607. Il convient de s'interroger également sur la loi applicable en l'absence de choix. L'analyse des critères de rattachement privilégiés par les législations latino-américaines révèle une tendance générale, similaire à celle du système européen, à retenir le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail[3683]. Toutefois, les lacunes nombreuses à

[3681] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 939-940.

[3682] Dans le contexte européen, les professeurs Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier et Malik Laazouzi, rappellent qu'en France, la jurisprudence privilégie une approche dite « globale » de la comparaison. Cette approche entend, ainsi, la « globalité » non pas comme une appréciation du cas particulier du salarié, mais comme une analyse prenant en compte l'ensemble du personnel de l'entreprise, au niveau des règles objectives en concurrence. Bien que cette méthode puisse paraître, comme l'affirment les professeurs, « séduisante en théorie », elle demeure « difficile à manier en pratique » et peut parfois aboutir à des résultats « surprenants ». Tel est le cas notamment d'une décision rendue en 2002, dans laquelle le droit autrichien, choisi par les parties et ne comprenant pas de règles spécifiques au licenciement sans cause réelle et sérieuse, a été écarté pour ne pas offrir une protection équivalente à celle prévue par le droit français, droit du lieu d'exécution du travail, bien que le droit autrichien autorisât une indemnité plus élevée. V. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* n° 1020, en référence à l'arrêt Soc. 12 nov. 2002. De manière diverse, les professeurs Dominique Bureau et Horatia Muir Watt comprennent que cette jurisprudence opère une comparaison analytique, « très favorable au salarié, qui revient à faire bénéficier celui-ci de toute disposition indemnitaire prévue par l'une des lois en présence et qui ne trouve pas son équivalant dans l'autre loi, aux prix d'un évident dépeçage fonctionnel de la loi applicable ». Cette approche, selon ces derniers, « ne coïncide pas avec celle qu'impose la Cour de justice lorsque la comparaison de deux législations doit être menée pour identifier l'existence d'une entrave aux libertés communautaires et qui, dans ce cas, revêt un caractère non pas analytique, mais global ». Cf. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale*, *op. cit.*, p. 473, spéc. note de bas de page n° 2.

[3683] Il est intéressant de noter que le nouvel Avant-projet de loi générale de droit international privé brésilien (2025) s'écarte de cette tendance. Son article 30 dispose qu'à défaut de choix des parties, le juge appliquera la loi la

cet égard compliquent considérablement la tâche des juges dans la détermination de la loi applicable aux contrats de travail internationaux, notamment lorsque le travailleur accomplit son travail dans différents États. Il est donc indispensable de disposer de règles claires en la matière afin de renforcer la sécurité juridique et d'assurer une meilleure protection des travailleurs.

À notre avis, comme l'avait déjà proposé Mme Cerqueira dans le cadre du Mercosur, l'Amérique latine pourrait s'inspirer des solutions européennes, et notamment du Règlement Rome I, tout en tenant compte des difficultés liées à l'application de ces normes. Comme elle l'a bien noté, le rattachement flexible et indéterminé de la Convention de Mexico offre une marge trop large pour les juges pour décider la loi ayant les liens les plus étroits. Cela ne permet pas d'assurer la meilleure protection des travailleurs ni la prévisibilité juridique nécessaire pour ce type de contrat[3684].

Par conséquent, nous estimons que la meilleure méthode pour protéger les travailleurs et assurer la prévisibilité et la sécurité juridique est celle des rattachements objectifs et successifs, avec une clause d'exception permettant d'écarter la loi désignée au profit de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, afin de corriger d'éventuels résultats manifestement injustes de la règle objective. Mais, quels rattachements seraient les plus appropriés pour atteindre cet objectif ? Afin de décider de ce critère, il nous paraît intéressant de suivre l'approche de Mme Cerqueira, analysant séparément deux situations spécifiques. D'un côté, l'opportunité d'adopter « le lieu d'exécution habituelle du travail » comme critère de rattachement principal pour les cas où le travailleur accomplit habituellement son travail dans ou à partir d'un seul pays. De l'autre, la pertinence d'adopter « la loi du pays où se trouve l'établissement qui emploie le travailleur », comme critère de rattachement subsidiaire pour les cas où le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans ou à partir d'un même pays.

608. Le cas des travailleurs qui accomplissent habituellement leur travail dans ou à partir d'un seul pays. En ce qui concerne le premier cas — celui des travailleurs qui accomplissent habituellement leur travail dans ou à partir d'un seul pays, l'auteure défend l'adoption, dans une nouvelle réglementation pour le Mercosur, du critère de rattachement fondé sur le « lieu d'accomplissement habituel du travail »[3685]. Ainsi, tel qu'établi par le Règlement Rome I, il serait pertinent de préciser que le contrat individuel de travail « est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail » (art. 8, § 2).

Il se justifie, selon Mme Cerqueira, par plusieurs arguments qui peuvent être ainsi résumés : il correspond à la « localisation naturelle du contrat », selon l'expression du

plus favorable au travailleur parmi une liste de rattachements prédéterminés, au nombre desquels figure la loi du lieu d'exécution du travail. Cf. Avant-projet de loi générale de droit international privé (2025), v. *supra* n° 470.

[3684] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 426.

[3685] *Ibid*, p. 429 et s.

professeur Paul Lagarde[3686], et permet d'appliquer la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat ; il respecte les attentes légitimes des parties, car le travailleur exécutant son activité habituellement dans un pays peut raisonnablement s'attendre à l'application de la loi de ce pays. Par ailleurs, ce critère favorise une meilleure familiarité du travailleur avec la loi locale et facilite son accès au soutien des organisations syndicales. Il garantit aussi un traitement égalitaire et uniforme des travailleurs, évitant les situations où une même entreprise appliquerait des règles différentes selon la nationalité ou le domicile des salariés, recherchant éventuellement à en tirer un avantage concurrentiel[3687]. Ce rattachement s'appuie encore sur la nature généralement impérative des règles protectrices du lieu d'exécution, notamment dans le domaine de la sécurité sociale. L'auteure note, enfin, que cette solution correspond à la jurisprudence dominante au sein des États membres du Mercosur et s'aligne avec les pratiques nationales et internationales[3688].

Nous sommes d'accord avec Mme Cerqueira et pensons que cette approche peut être étendue à l'ensemble de la région latino-américaine. Or, l'application de la loi du lieu d'exécution des travaux est un principe largement reconnu en matière de contrat de travail, accepté de manière générale par les lois nationales qui réglementent cette question (voir, notamment, la loi panaméenne et dominicaine) et également par la jurisprudence des pays qui n'ont pas de règles claires à ce sujet[3689].

Cependant, comme le fait le Règlement Rome I (art. 8.2) et la loi panaméenne (art. 8.2), il serait important de préciser qu'un détachement temporaire à l'étranger ne doit pas entraîner une modification de la loi applicable au contrat de travail, tout en avançant ce qui doit être compris par ce caractère temporaire afin de garantir une interprétation et une application harmonieuse de ces normes. L'examen de la jurisprudence des pays latino-américains dont l'ordre juridique présente des lacunes en la matière révèle que cette conception est d'ores et déjà admise par les tribunaux de l'Amérique latine, bien que l'on constate une absence d'uniformité dans son application et que les juges ne l'énoncent pas toujours de manière explicite dans leurs décisions[3690].

Ce critère pourrait être étendu, comme le soutient Mme Cerqueira, au contrat d'engagement maritime lorsque le travailleur dispose d'une base fixe, en remplacement du principe généralement admis de la loi du pavillon, particulièrement inadapté dans le cas

---

[3686] P. Lagarde, « Vers une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ? », *Aspects actuels du droit des Affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 571-586, p. 584.

[3687] Selon l'auteure, « L'argument le plus souvent invoqué par les partisans de cette solution est celui selon lequel l'application de la loi du lieu d'accomplissement du travail permet d'assurer une certaine uniformité de traitement des employés travaillant dans un même pays ». Cf. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 438-439.

[3688] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 438-439.

[3689] V. *supra* n° 464 et s.

[3690] V. *supra* n° 464 et s.

des pavillons de complaisance[3691]. Cela ressort de l'expression lieu « à partir duquel » le travailleur accomplit habituellement son travail, lequel exige une base fixe à partir de laquelle le travailleur exerce ses fonctions.

Une telle évolution permettrait de résoudre notamment les problématiques complexes soulignées par la jurisprudence concernant les travailleurs de navires de croisière[3692]. Rappelons que cette situation a été prise en compte par le Règlement Rome I, qui, à la différence de la Convention de Rome, a introduit l'expression « pays à partir duquel », visant à surmonter les difficultés rencontrées avec ces types de contrats. Cette précision vise notamment le personnel navigant aérien, selon l'exposé des motifs de la proposition de règlement, ainsi que les marins en haute mer, comme le suggère le Livre vert. Dans ces deux cas, pour pouvoir identifier un lieu « à partir duquel » le travail est habituellement accompli, il est nécessaire d'avoir une base fixe ou un « lieu d'affectation »[3693].

609. Les travailleurs qui n'accomplissent pas de façon habituelle leur activité dans un même pays : le cas « d'affectation multiple à l'étranger » ou du « salarié mobile ». En ce qui concerne les travailleurs qui n'accomplissent pas de façon habituelle leur activité dans un même pays, les instruments européens prévoient que la loi du lieu « de l'établissement qui a embauché le travailleur » doit s'appliquer (art. 8.3, du Règlement Rome I). Une solution similaire a été adoptée par la loi panaméenne. Toutefois, à la différence du système européen, la loi panaméenne laisse à l'option du travailleur, qui peut choisir entre la loi de l'établissement qui l'a embauché ou celle du « domicile principal » de l'entreprise contractante (art. 89, paragraphe 4 du Code de droit international privé).

Il est à préciser que cela concerne des travailleurs qui se déplacent de manière habituelle pour réaliser leur travail dans plusieurs États, ou, comme la doctrine l'appelle, les « salariés mobiles ». Ne sont pas concernés par cette catégorie les travailleurs dont l'emploi est marqué par plusieurs lieux d'exécution habituels successifs (p. ex., un travailleur embauché en France et transféré par la suite en Espagne pour accomplir de façon permanente son travail dans ce pays)[3694]. Cette règle pourra s'appliquer, par exemple, pour les représentants ou les chauffeurs routiers, ou encore, lorsque le travail s'exécute hors de la juridiction d'un État, par exemple, sur une plate-forme en haute mer.

[3691] *Ibid*, p. 439.

[3692] V., en particulier, le cas de la jurisprudence brésilienne appliquant le Code Bustamante à ces contrats, *supra* n° 244.

[3693] Toutefois, le rapport Giuliano-Lagarde précisait ne pas avoir voulu consacrer une règle spéciale pour les membres de l'équipage de navire. La jurisprudence tendait à leur appliquer la loi du lieu d'établissement de l'employeur ou la loi du lieu de pavillon. À ce sujet, v. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 687. Comme souligné par les auteurs : « La nouvelle précision risque donc de faire basculer une série de situations initialement régies par la loi du lieu d'établissement de l'employeur vers la loi du lieu d'exécution habituelle du travail. Ce basculement aura néanmoins pour effet d'harmoniser la conception du lieu habituel du travail avec celle retenue par la Cour de justice pour l'application du règlement Bruxelles I ».

[3694] V. N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *Rev. crit. DIP*, 2016, p. 309-330, p. 327.

Toutefois, ce rattachement peut soulever quelques difficultés. Comme l'a noté Mme Cerqueira, ni le texte de la Convention de Rome ni celui du nouveau Règlement Rome I ne précisent ce qu'il faut entendre par « établissement d'embauche ». L'application de cette règle peut soulever, ainsi, des problèmes en cas de changement géographique de l'établissement d'embauche ou de la disparition de celui-ci[3695].

Il convient aussi de souligner que, dans le système du règlement, ce rattachement doit rester *subsidiaire* ; il s'appliquera seulement lorsque le lieu habituel de travail ou le lieu à partir duquel le travail est fourni ne peut pas être déterminé. Selon la CJUE, cette disposition doit faire l'objet d'une interprétation restrictive afin de privilégier la recherche d'un lieu d'exécution habituel (interprété, en revanche, de façon large), c'est-à-dire celui à partir duquel, compte tenu de l'ensemble des éléments de son activité, le travailleur s'acquitte de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur[3696].

Cette approche est explicitement consacrée par l'arrêt *Heiko Koelzsch* et reprise dans l'arrêt *Jan Voogsgeerd*. Dans cette dernière affaire, saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de la notion de « lieu d'embauche », la Cour de justice de l'Union européenne précisa d'abord qu'il s'agissait du lieu de conclusion du contrat, « la naissance de la relation de travail et non pas les modalités de l'occupation effective du travailleur ». Ce lieu pouvait notamment être identifié, selon la Cour, par référence au lieu de publication de l'offre d'emploi ou au lieu où s'est tenu l'entretien d'embauche. Toutefois, après avoir apporté ces précisions, la Cour réorienta la juridiction de renvoi en considérant que la situation litigieuse relevait davantage du critère du lieu d'exécution habituelle du travail, reprenant à cet égard les principes dégagés dans l'arrêt *Koelzsch*, qu'elle cita expressément. Elle confirma ainsi le caractère subsidiaire du rattachement du lieu d'embauche, affirmant que, « seule une interprétation stricte du critère résiduel peut assurer la *pleine prévisibilité* quant à la loi qui est applicable au contrat de travail ». Selon la Cour, ce critère se justifie encore pour des raisons d'ordre matériel : « l'analyse de l'objectif poursuivi par l'article 6 de la convention de Rome, qui est *d'assurer une protection adéquate au travailleur* »[3697].

[3695] V. F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 433-434 et 441-442.

[3696] V., en particulier, CJUE, 15 mars 2011, Koelzsch, C-29/10 et CJUE, 15 décembre 2011, Voogsgeerd, C-384/10. Lors du premier la Cour affirme que « […] le critère du pays de l'accomplissement habituel du travail doit faire l'objet d'une *interprétation large* et être entendu comme se référant au lieu dans lequel ou à partir duquel le travailleur exerce effectivement ses activités professionnelles et, en l'absence de centre d'affaires, au lieu où celui-ci accomplit la majeure partie de ses activités. » (*Ibid*, para. 45, original sans italiques) ; dans le deuxième, la Cour reprend le prince adopté dans l'arrêt Koelzsch et confirme l'interprétation large du lieu d'exécution : « […] comme la Cour l'a déjà constaté, le critère du pays où le travailleur "accomplit habituellement son travail", édicté au paragraphe 2, sous a), de l'article 6 de cette convention, *doit être interprété de façon large*, alors que le critère du siège de "l'établissement qui a embauché le travailleur", prévu au paragraphe 2, sous b), du même article, ne peut s'appliquer que si le juge saisi n'est pas en mesure de déterminer le pays d'accomplissement habituel du travail. » (*Ibid*, para. 35, original sans italiques).

[3697] CJUE, 15 décembre 2011, *Voogsgeerd*, C-384/10, spéc. para. 35, 47, et 50 (original sans italiques).

Cette interprétation restrictive se justifie généralement pour éviter le recours au critère du lieu de l'établissement ayant embauché le travailleur, qui peut se révéler « inadapté, car peu localisateur et peu protecteur des intérêts du salarié »[3698]. Cependant, comme l'a souligné M. Nord, « si tel est le cas et que le rôle d'un tel élément de rattachement n'est plus que virtuel, il est illogique de le maintenir malgré tout dans les textes »[3699]. Par conséquent, il a été proposé « de recourir à la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat de travail, tout en prévoyant un correctif identique à celui préconisé en cas de lieu d'exécution habituelle »[3700]. Dès lors, « si la loi désignée sur le fondement du principe de proximité instaure une protection du salarié manifestement plus faible par rapport à celle prévue par la loi d'un autre pays présentant des liens objectifs significatifs avec le contrat, la loi de cet autre pays devrait s'appliquer »[3701]. Cette approche est, en outre, semblable à celle retenue en République dominicaine, où, en cas d'impossibilité de déterminer la loi habituelle d'exécution du contrat, celui-ci est régi par la loi présentant les liens les plus étroits (art. 62 de la Loi sur le droit international privé).

Pour illustrer cette situation, prenons l'exemple d'un salarié brésilien domicilié en Bolivie, qui organise son activité à partir de ce pays et travaille régulièrement dans d'autres États, comme le Paraguay ou l'Argentine. Selon la solution fondée sur le droit européen, c'est la loi bolivienne qui devrait s'appliquer, en tant que lieu à partir duquel il exerce ses activités, et ce, même si la loi brésilienne, lieu d'embauche, assure une meilleure protection au salarié. La solution panaméenne permettrait au travailleur de choisir entre la loi brésilienne (celle de l'établissement qui l'a embauché) ou la loi du siège social de l'entreprise contractante, si elle est différente de la première. En revanche, si l'on retient le critère des liens les plus étroits comme prévu par la loi dominicaine, la loi brésilienne paraîtrait la plus liée au contrat, du fait de l'embauche par une société brésilienne et de l'exercice des activités également au Brésil.

Quel serait le meilleur choix entre ces critères, en particulier en ce qui a trait à la protection des travailleurs et à la sécurité juridique ? La question de la meilleure solution à adopter entre les critères du lieu d'exercice des activités et des liens les plus étroits n'est pas aisée. D'une part, le système européen, reposant sur le lieu de l'embauche, offre une solution plus sécurisée. Cette dernière procure une meilleure prévisibilité et correspond à l'attente de l'employeur, qui peut organiser et prévoir de régir les contrats de ses travailleurs par cette loi. D'autre part, ce système peut s'avérer parfois artificiel et moins protecteur pour le travailleur, raison par laquelle la jurisprudence européenne l'a progressivement marginalisée au profit du lieu d'exécution du travail. Mais le principe de proximité, malgré ses avantages, présente un inconvénient notable : son manque de prévisibilité. De plus, il ne garantit pas que la loi identifiée sur ce fondement soit la plus favorable au salarié. Ainsi,

[3698] N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.*, p. 328.

[3699] *Ibidem*.

[3700] *Ibidem*.

[3701] *Ibidem*.

il a été suggéré que, si la protection conférée par la loi désignée par le critère de proximité est manifestement plus faible que celle prévue par la loi d'un autre pays présentant des liens objectifs significatifs avec le contrat, la loi de ce dernier devrait s'appliquer (une combinaison du principe de proximité avec l'idée de faveur)[3702]. Ce mécanisme offrirait certes une protection renforcée au travailleur, mais il rendrait plus complexe la tâche du juge, qui se trouverait contraint, comme dans l'exemple donné, à comparer plusieurs législations (p. ex., brésilienne, bolivienne, paraguayenne et argentine).

En l'absence de règle parfaite, il convient de reconnaître, en rejoignant les critiques faites au modèle européen, que la loi de l'établissement soulève davantage de difficultés qu'elle n'offre d'avantages[3703]. La jurisprudence européenne en témoigne par l'application restrictive qu'elle lui réserve. Cette constatation n'exclut toutefois pas la possibilité pour le juge de recourir à cette loi lorsqu'elle présente des liens étroits avec le contrat, par le biais d'une clause d'exception, dont il convient d'examiner les modalités.

610. Pertinence de prévoir une clause d'exception. Dans le cadre du Mercosur, Mme Cerqueira propose encore l'inclusion d'une clause d'exception encadrée. Elle souligne que, même si les critères de rattachement objectivement posés conviennent à la majorité des contrats de travail internationaux, la complexité de certaines situations justifie l'instauration d'une clause échappatoire, inspirée du droit européen. Cependant, selon l'auteure, cette clause doit être appliquée de manière restrictive afin de préserver la stabilité juridique. Effectivement, comme l'a démontré l'expérience européenne, si les conditions ne sont pas rigoureuses, le juge a tendance à rejeter systématiquement la loi choisie par le critère objectif au profit souvent de la loi interne, ce qui rendrait inutile l'existence même de ce critère objectif. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation a souvent été critiquée « pour son manque d'orthodoxie, les techniques juridiques étant balayées pour parvenir à l'application de la loi française (et non seulement de la loi la plus protectrice), tout au moins pour les salariés français »[3704]. La CJUE, en revanche, a refusé à admettre que la clause d'exception puisse être systématiquement utilisée pour conduire à la loi la plus favorable au salarié[3705].

Cette approche neutre fut confirmée par la Cour de justice dans l'arrêt *Schlecker*[3706], lors de son examen de l'interprétation de la clause d'exception prévue à l'article 6.2 de la Convention de Rome (devenu l'article 8.2 du Règlement Rome I). Les faits de l'espèce

---

[3702] *Ibidem*.

[3703] V., en particulier, N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.*, p. 328.

[3704] V. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.,* p. 688 et p. 693, spéc. n° 1021.

[3705] V. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie spéciale, op. cit.,* p. 475.

[3706] CJUE, *Schlecker*, aff. C—64/ 12, 12 septembre 2013 (comm. E. Pataut, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 159, L. d'Avout, *Annuaire du droit de l'Union européenne*, 2013, p. 459 s.). V. aussi comm. F. Jault-Seseke, « Loi applicable au contrat de travail, la pertinence du critère du lieu d'exécution habituelle du travail relativisée », *Revue du Droit du Travail*, 2013, p. 785-788. Pour la jurisprudence française récente à ce sujet, v. F. Jault-Seseke, « L'exécution du travail à l'étranger doit-elle conduire à l'application de la loi étrangère ? », *Revue du Droit du Travail*, 2017, p. 66-68.

concernaient une salariée employée par une entreprise allemande exploitant plusieurs succursales dans divers États européens. Après avoir exercé ses fonctions en Allemagne pendant environ quatorze ans, elle avait conclu un nouveau contrat de travail aux termes duquel elle fut engagée comme gérante de la société aux Pays-Bas, poste qu'elle occupa pendant plus de onze ans, jusqu'à ce que l'employeur lui demandât de retourner travailler en Allemagne. La salariée contesta cette décision unilatérale de modification de son lieu de travail et engagea diverses procédures judiciaires aux Pays-Bas. Le tribunal néerlandais, appliquant le droit néerlandais au contrat, reconnut le bien-fondé de sa réclamation et condamna la société au paiement d'une indemnisation, jugement qui fut confirmé en appel. L'employeur se pourvut alors en cassation, contestant notamment le droit applicable et plaidant pour l'application du droit allemand, qu'il considérait comme présentant des liens plus étroits avec le contrat (la nationalité allemande de l'employeur, le paiement de la rémunération en monnaie allemande, la souscription de l'assurance pension auprès d'un assureur allemand, le paiement des cotisations sociales en Allemagne par la salariée, ainsi que les références du contrat à des dispositions impératives du droit allemand).

Le *Hoge Raad der Nederlanden*, constatant que le droit néerlandais offrait à la salariée une protection plus étendue que le droit allemand, décida de surseoir à statuer et de poser une question préjudicielle à la Cour. Cette question portait notamment sur l'interprétation de la clause d'exception, afin de déterminer si la loi applicable devait être la loi néerlandaise, en tant que loi du lieu habituel d'accomplissement du travail (« pendant une longue période et sans interruption »), même si « toutes les autres circonstances indiquent un lien étroit entre le contrat de travail et un autre pays »[3707]. Dans sa réponse, la Cour de justice rappela d'abord les constants du rapport Giuliano-Lagarde selon lequel l'objectif de la convention était d'offrir une protection adéquate au travailleur, partie la plus faible. Toutefois, elle précisa que :

> « Dans la mesure où l'objectif de l'article 6 de la convention de Rome est d'assurer une protection adéquate au travailleur, cette disposition doit garantir qu'est appliquée, au contrat de travail, la loi du pays avec lequel ce contrat établit les liens de rattachement les plus étroits. Or, cette interprétation ne doit pas nécessairement conduire, comme M. l'avocat général l'a relevé au point 36 de ses conclusions, à l'application, dans tous les cas de figure, de la loi la plus favorable pour le travailleur. »[3708]

La Cour souligna également que cette interprétation s'accorde avec l'article 8.4 du Règlement Rome I, bien que cette disposition ne fût pas applicable en l'espèce. Elle conclut ainsi pour le caractère exceptionnel de la clause d'exception qui « doit être écartée du seul fait que, par leur nombre, les autres circonstances pertinentes, en dehors du lieu de travail effectif, désignent un autre pays »[3709]. Parmi ces éléments déterminants, la Cour mentionna notamment le pays où le salarié s'acquitte de ses impôts, ainsi que celui dans lequel il est

[3707] *Ibid,* para. 15.

[3708] *Ibid,* para. 34.

[3709] *Ibid,* para. 40.

affilié au système de sécurité sociale. En l'espèce, ces facteurs conduisaient à l'application de la loi allemande, au détriment de la salariée — une solution regrettable du point de vue de la protection des parties faibles, en particulier des travailleurs. Dans le raisonnement suivi par la Cour, il existerait, comme l'affirme M. Nord, « une logique protectrice de droit international privé et une logique protectrice quant au fond du droit », distinction qu'il juge, à juste titre, inadaptée[3710]. La clause d'exception apparaît dès lors, dans le système européen, comme une clause neutre, qui ne poursuit pas une finalité véritablement protectrice. Un « mécanisme de correction proximiste, fondé sur la volonté de trouver l'ordre juridique dans lequel s'insère principalement la situation en cause […] », se révélant « purement objectif » et « détaché de toute considération matérielle », selon les termes du professeur Etienne Pataut[3711]. Selon l'expression du professeur Louis d'Avout, qui, en revanche, considère, la solution cohérente, il ne peut pas avoir une « hyper-faveur » pour les salariés ; la mise en œuvre de la clause d'exception doit ainsi se décider à l'échelon de la justice internationale, restant donc « localisatrice »[3712].

Cette dichotomie de protection nous apparaît « un peu paradoxale »[3713] dans les circonstances de l'espèce, particulièrement lorsque le travailleur a exercé ses fonctions de manière stable et prolongée dans le pays dont la législation lui est la plus favorable. Or, le caractère permanent de l'exercice des fonctions et la durée substantielle de la relation de travail auraient dû justifier l'application de la loi du lieu d'exécution habituelle du contrat, conformément aux attentes légitimes des parties. Nous pouvons présumer du fait que tant l'employeur que le travailleur pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que la loi du pays où la prestation de travail s'est effectivement déroulée pendant plus d'une décennie régisse leur relation contractuelle.

Certes, si la règle doit rester prévisible afin d'assurer la sécurité juridique dans les relations contractuelles, en le cas d'espèce, la désignation de la loi du domicile et du lieu d'exécution des travaux nous paraît autant prévisible que celle où le travailleur acquitte ses impôts. À notre avis, le formalisme de la méthode conflictuelle ne saurait occulter la dimension matérielle qu'elle recherche : derrière la règle de rattachement se trouve une personne en situation de faiblesse structurelle, méritant une protection effective. L'approche purement

---

[3710] N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.*, p. 316.

[3711] E. Pataut, note CJUE, 12 septembre 2013, Aff. C-64/12, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 159-174, p. 169.

[3712] L. d'Avout, « La "clause d'exception" et les débuts d'interprétation du droit européen des conflits lois », *Annuaire du droit de l'Union européenne*, 2013, p. 459-464, p. 462.

[3713] Pour reprendre les termes du professeur Etienne Pataut, qui affirme : « Le résultat est tout de même un peu paradoxal, car affirmer que la règle de conflit doit être imprégnée de considérations de faveur et accepter sans sourciller que le fonctionnement de celle-ci conduise à l'application de la loi la moins favorable semble difficilement compatible » (*Ibid*, p. 171) ; toutefois, en analysant les spécificités du cas d'espèce, le professeur considère que l'application de loi allemande de la protection sociale résulte d'autres intérêts étatiques en jeu, au-delà du simple critère du lieu d'exécution du travail (p. ex., la sécurité sociale, le droit fiscal). Selon lui : « En allant chercher les justifications à l'éviction du rattachement au lieu d'exécution du travail dans le droit de la sécurité sociale (et dans le droit fiscal), la Cour de justice n'a pas uniquement rappelé l'unité fondamentale entre droit du travail et protection sociale, elle a aussi souligné et tenu compte des multiples intérêts pris en charge par la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail. Celle-ci, en effet, combine, dans des proportions complexes, exigences de localisation, impératif de faveur et prise en considération des intérêts étatiques. ».

technique du conflit de lois, détachée de toute considération substantielle, risque, à notre sens, d'éluder la question essentielle : celle de la protection effective des parties faibles dans les relations juridiques internationales[3714]. Dans ce cas précis, la pondération nous apparaît raisonnable : elle permet l'application de la règle de principe, désignée *ab initio*, et par conséquent prévisible pour les parties, et conduit, de surcroît, à la désignation de la loi la plus favorable au travailleur.

En revanche, cela ne signifie pas que la loi objectivement désignée doive être écartée systématiquement au profit de toute autre loi présentant des liens avec le contrat et offrant une protection supérieure. La clause d'exception doit conserver son caractère exceptionnel et n'intervenir que pour rétablir l'équilibre localisateur de la règle de conflit objective. Toutefois, lorsque plusieurs rattachements présentent un degré de proximité comparable avec le contrat, incluant celui retenu par la règle objective, il conviendrait, à notre sens, de privilégier celui qui assure la meilleure protection au travailleur, d'autant plus s'il correspond à la règle objective désignée *ab initio* et partant prévisible pour les parties.

Revenant sur les solutions à adopter dans l'espace latino-américain, nous suivons d'une part les recommandations de Mme Cerqueira, qui souligne la nécessité d'encadrer strictement cette clause dans une future réglementation du Mercosur, pour éviter une application trop large et imprévisible[3715]. De ce fait, il serait prudent de prévoir que la loi désignée ne pourra être écartée que si le contrat présente des liens « manifestement » plus étroits avec un autre pays. Lorsque ces éléments convergent vers un autre pays que celui du lieu d'exécution habituel ou du lieu de l'établissement qui a embauché le travailleur, le juge pourra alors appliquer la loi de ce pays présentant les liens les plus significatifs avec la relation de travail. Cette approche vise à garantir un juste équilibre entre la prévisibilité juridique et une adaptation réaliste à la complexité des relations internationales de travail[3716].

En revanche, nous partageons les propos de M. Nord selon lesquels le régime de la clause d'exception doit être compris différemment de l'interprétation actuelle de la CJUE, comme incorporant l'idée d'une protection matérielle du salarié, afin que la proximité soit réellement protectrice[3717]. Comme il l'explique, « L'ambiguïté est latente depuis l'avènement de la clause d'exception dans la convention de Rome »[3718]. Il cite à cet égard le professeur Lagarde, dont le rôle dans l'élaboration de cet instrument a été déterminant.

[3714] Dans un sens contraire, L. d'Avout, « La "clause d'exception" et les débuts d'interprétation du droit européen des conflits lois », *op. cit.*, p. 462, considérant que la mise en œuvre de la clause d'exception « doit se décider à l'échelon de la justice internationale, localisatrice, et non de la justice interne, substantielle et éventuellement de faveur au salarié » ; elle ne devrait pas ainsi être utilisée comme « un dispositif d'hyper-faveur aux salariés, systématiquement désavantageux pour l'employeur ».

[3715] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 442-443.

[3716] *Ibid*, p. 442-443.

[3717] N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.*, p. 324 et s.

[3718] *Ibid*, p. 325.

Le professeur Lagarde écrivait en 1991 que la clause « permettra d'éviter les conséquences préjudiciables au travailleur, illustrées par la jurisprudence française de ces dernières années, d'un rattachement rigide du contrat à la loi du lieu d'exécution. Ainsi pourra-t-on considérer, par exemple, qu'un contrat conclu en France entre un employeur français et un salarié français pour un travail de deux ans dans un pays africain, avec le cas échéant promesse d'un nouvel emploi en France à l'expiration du contrat, sera régi, non par la loi du pays africain du lieu d'exécution, mais par la loi française avec laquelle existent les liens les plus étroits »[3719]. Mais, comme l'a noté M. Nord, « Si la loi du pays africain en cause instaurait un haut degré de protection du travailleur, la question des liens avec la France et de l'application de la loi française ne préoccuperait personne »[3720]. Ainsi, l'auteur suggère « qu'une conciliation entre proximité et protection du travailleur est nécessaire », et qu'il faut dès lors « procéder à des adaptations du régime de la clause pour le rendre plus pertinent »[3721]. Plus exactement, « il convient de prévoir une possibilité de mise à l'écart de la loi du lieu d'exécution habituelle si cette dernière instaure une protection manifestement plus faible des intérêts du salarié qu'une autre loi proche du contrat »[3722].
Nous sommes d'accord avec l'auteur français lorsqu'il affirme qu'il serait « choquant et illogique que le salarié soit lésé par le jeu d'un mécanisme d'exception au sein d'une règle de conflit qui est pourtant censée le protéger »[3723]. En outre, comme l'avait justement souligné le professeur Pataut, « il n'apparaît pas impossible d'intégrer à la fois des considérations localisatrices et des considérations substantielles dans le fonctionnement même de la clause d'exception », sous réserve toutefois que cette intégration soit effectuée de manière explicite[3724]. Dès lors, à notre avis, le juge pourrait non seulement chercher une

---

[3719] P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *op. cit.*, n° 41.

[3720] N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.*, p. 324 et s.

[3721] *Ibidem*.

[3722] *Ibidem*. L'auteur propose la rédaction suivante, qui nous paraît conforme aux développements qui précèdent :

« 1. a) À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays.

b) Si la loi désignée par le a) instaure une protection du salarié manifestement plus faible par rapport à celle prévue par la loi d'un autre pays présentant des liens objectifs significatifs avec le contrat, la loi de cet autre pays s'applique.

2. a) En l'absence de lieu d'exécution habituel, le contrat de travail est régi par la loi du pays avec lequel il entretient les liens les plus étroits.

b) Si la loi désignée par le a) instaure une protection du salarié manifestement plus faible par rapport à celle prévue par la loi d'un autre pays présentant des liens objectifs significatifs avec le contrat, la loi de cet autre pays s'applique. » (*Ibid*, p. 330)

[3723] *Ibid*, p. 326.

[3724] E. Pataut, note CJUE, 12 septembre 2013, Aff. C-64/12, *op. cit.*, p. 171. Pour l'auteur : « Il y a là, bien évidemment, deux ordres de raisonnement différents et fatalement, une telle solution se verrait objecter le risque d'incertitude, puisqu'il serait extrêmement difficile d'encadrer dans des critères prévisibles une clause d'exception qui tiendrait compte à la fois de la localisation de la situation et de l'intérêt matériel du salarié. Ce risque ne nous semble toutefois pas devoir être surestimé.

simple localisation géographique du contrat, mais aussi, favoriser l'application de la loi qui protège le mieux le travailleur. Cela est par ailleurs la solution privilégiée en Amérique latine, notamment au Brésil, où la jurisprudence fonde l'application de la loi la plus favorable sur le principe *pro homine*, conférant ainsi à cette protection un véritable ancrage dans les droits fondamentaux[3725].

En d'autres termes, la proximité ne saurait s'analyser uniquement sous l'angle *localisateur* et *neutre*, mais doit également intégrer une dimension *protectrice*, assurant l'application de la loi la plus favorable au travailleur parmi celles présentant les liens les plus étroits avec la relation contractuelle. Cela ne signifie nullement que la clause d'exception doive jouer dès lors qu'une loi plus protectrice présente un rattachement quelconque avec le litige (ou si l'on préfère « conduire systématiquement » à l'application d'une lois plus favorable). Il s'agit plutôt de permettre au juge, lorsqu'il identifie plusieurs lois pareillement liées au contrat et que le poids de celles-ci est discutable, de privilégier celle qui assure la meilleure protection du travailleur. Ou encore, de privilégier le rattachement objectif à la loi du lieu d'exécution habituelle du travail lorsque celle-ci, comparée aux autres lois présentant des liens étroits avec la relation contractuelle, offre au travailleur le niveau de protection le plus élevé. Cette approche permet de concrétiser l'objectif fondamental de protection de la partie faible qui caractérise non seulement le droit privé matériel, mais également le droit international privé du travail, sans que la prévisibilité soit compromise — la considération de la protection matérielle continue à être une clause d'exception, applicable seulement en présence de liens manifestement plus étroits avec le contrat.

Section 6 — Clarifications quant à l'usage du droit non étatique

611. Dès 1991, lors de son cours à l'Académie de droit international de La Haye, le professeur brésilien Irineu Strenger soutenait « qu'il vaudrait mieux conjuguer les efforts généraux pour transformer la *lex mercatoria* en un complément juridique systématiquement organisé, accepté par les États comme un foyer rayonnant où se fondent et d'où irradient les procédés qui présentent la plus grande compatibilité avec les schémas du commerce international »[3726].

Cette aspiration n'est pas restée sans écho en Amérique latine, où la réception de la *lex mercatoria* a toutefois connu un développement contrasté. Dans la région, la méfiance

---

Tout d'abord, une manière de hiérarchie pourrait être envisagée, qui verrait par exemple les considérations de faveur ne jouer que lorsqu'il est établi que les liens les plus significatifs ne sont pas avec l'État du lieu d'exécution du travail. Ensuite, la clause d'exception repose de toute façon sur un pouvoir d'appréciation discrétionnaire du juge qui, nécessairement, est une source d'incertitude. Vouloir réduire cette incertitude par des critères relativement précis est louable, mais n'implique nullement, à notre sens, que toute considération de faveur soit exclue du raisonnement. » (*Ibidem*).

[3725] V. aussi la solution adoptée par le nouvel Avant-projet de loi générale de droit international privé brésilien (2025), art. 30, selon lequel à défaut de choix des parties, le juge appliquera la loi la plus favorable au travailleur parmi une liste de rattachements prédéterminés, v. *supra* n° 470.

[3726] I. Strenger, « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *op. cit.*, p. 332.

initiale envers les mécanismes normatifs construits en marge de la souveraineté étatique se heurte à la volonté pragmatique d'intégrer les économies locales aux circuits mondiaux du commerce. Ainsi, les systèmes latino-américains se sont divisés entre ceux qui voient dans la *lex mercatoria* une menace pour les ordres juridiques internes, en raison de son caractère essentiellement « anational », et ceux qui la considèrent comme un instrument fonctionnel permettant de contourner les rigidités des droits étatiques face à la complexité des transactions internationales.

612. Rappel du système actuel. Comme cela a été analysé dans la Partie I[3727], en ce qui concerne les sources latino-américaines d'origine conventionnelle, la Convention de Mexico est la seule à faire référence au droit non étatique, mais son rôle dans les contrats internationaux demeure ambigu et objet d'interprétations divergentes. De même, pour le droit international privé de source interne, le sujet a été peu développé du point de vue législatif et jurisprudentiel. Seuls huit pays ont traité de l'application des règles de droit en matière de contrats internationaux, et leurs solutions sont considérablement hétérogènes et lacunaires. Ces pays sont l'Argentine, la Colombie, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, l'Uruguay, le Venezuela et la République dominicaine.

Par comparaison, dans le contexte de l'Union européenne, le Règlement Rome I n'autorise pas la soumission au droit non étatique, mais seulement une « incorporation par référence », conformément à son considérant 13, selon lequel : « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ».

Il convient de noter que la proposition initiale du Règlement Rome I permettrait expressément aux parties de « choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire ». Selon l'exposé des motifs, la formulation retenue visait à « renforcer encore l'autonomie de la volonté » et aurait concerné notamment les Principes d'Unidroit et les Principes européens du droit des contrats, tout en interdisant le choix de la *lex mercatoria*, estimée « insuffisamment précise », ou de codifications privées qui « ne seraient pas suffisamment reconnues par la communauté internationale »[3728].

Cependant, cette disposition a été retirée du texte définitif en raison d'oppositions des États[3729]. Néanmoins, le considérant 13 du préambule a introduit une solution intermédiaire

[3727] V. *supra* n° 246 et s. ; n° 475 et s.

[3728] V. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM/2005/0650 final — COD 2005/0261, Bruxelles, 2005.

[3729] Comme l'a souligné le professeur Bernard Audit, les réactions au projet furent positives de la part des milieux d'affaires et universitaires, mais fortement critiques de la part des États. Entre les principaux arguments avancés se trouva la difficulté de déterminer dans quels cas les principes choisis sont suffisamment reconnus par la communauté internationale, par exemple des « conditions générales » rédigées par telle association professionnelle. V. B. Audit, « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *Liber amicorum : Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 13-29, p. 22.

en admettant une simple référence aux Principes d'Unidroit ou à une convention internationale de droit matériel, comme la CVIM, même lorsque celle-ci ne serait pas directement applicable selon ses propres termes. Cette référence s'entend toutefois « sans préjudice de l'application d'une disposition nationale — du for ou même étrangère — jugée internationalement impérative au regard des rattachements du contrat (loi de police ou loi applicable au titre de l'article 4) »[3730]. En d'autres termes, le vocable « intégration » indique, dans ce contexte, que la désignation des normes visées s'opère toujours « sous la dépendance des droits étatiques »[3731], pouvant dès lors trouver application en cas de lacunes de ceux-ci. À l'inverse, si ces règles non étatiques pouvaient être choisies comme « loi applicable », il faudrait, comme l'explique le professeur Lagarde, « les détacher de l'emprise de la loi objectivement applicable, mise hors-jeu par ce choix de droit international privé, et n'en limiter l'application que dans le cas de contrariété manifeste à l'ordre public international de la loi du for »[3732].

En droit conventionnel latino-américain, la Convention de Mexico semble aller plus loin en accordant une place plus importante aux normes de droit non étatique, bien que les textes soient confus et aient suscité diverses interprétations[3733].

§1 — Les solutions du droit souple

613. La possibilité pour les parties de choisir des règles de droit non étatiques. En ce qui concerne le droit souple, les Principes de La Haye, à travers leur article 3, autorisent les parties à choisir comme loi applicable au contrat, « des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement »[3734].

Les commentaires de l'article expliquent que ce critère signifie que les règles de droit choisies « doivent faire l'objet d'une reconnaissance générale au-delà du niveau national », cela signifiant que ce terme ne peut « faire référence ni à un ensemble de règles contenu dans le contrat lui-même, ni aux conditions générales d'une partie, ni à un ensemble de clauses spécifiques à un secteur d'activité local » (commentaire 3.4). Ainsi, peuvent entrer dans la notion de « règles de droit », selon les commentaires des Principes, les conventions et traités internationaux lorsque ces instruments s'appliquent uniquement du fait du choix de loi des parties, comme peut être le cas de la CVIM (commentaire 3.5) ; ou encore celles

[3730] B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, n° 1049 ; v. aussi, D. Bureau, H. Muir-Watt, *Droit international privé, t. 2 — Partie spéciale, op. cit.*, p. 407.

[3731] B. Audit, « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *op. cit.*, p. 24.

[3732] P. Lagarde, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *op. cit.*, spéc. n° 8.

[3733] V. *supra* n° 248 et s.

[3734] HCCH, *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*, 2015.

émanant d'instruments non contraignants formulés par des organismes internationaux établis, comme l'Unidroit (commentaire 3.6).

En outre, les commentaires imposent trois impératifs à l'application de ces règles de droit. Premièrement, celles-ci doivent constituer un « ensemble de règles », et pourtant, il ne doit pas seulement s'agir de quelques dispositions. Deuxièmement, elles doivent être « neutres », ce qui signifie que leur source doit être reconnue comme un organe neutre et impartial, c'est-à-dire « représentatif de divers points de vue économiques, politiques et juridiques », comme c'est de cas de l'Unidroit. Troisièmement, cet ensemble de règles de droit doit être « équilibré », ce qui devrait « exclure le choix d'un ensemble de règles avantageant l'une des parties aux transactions dans un secteur d'activité mondial ou régional particulier » (v. commentaires 3.10 à 3.13).

En raison de la controverse entourant la distinction entre la simple incorporation des Principes au contrat et leur reconnaissance en tant que *lex contractus* proprement dite, le texte ménage aux États une marge d'appréciation en la matière, ainsi qu'en témoigne la réserve expresse « à moins que la loi du for n'en dispose autrement ». Cette formulation traduit la volonté des rédacteurs de ne pas imposer une solution uniforme face à une question qui demeure débattue en doctrine et dont la résolution relève, en définitive, de la souveraineté normative de chaque ordre juridique.

Pour sa part, le Guide de l'OEA laisse également aux États le soin de décider de la possibilité d'accepter ou non le choix d'une loi non étatique comme *lex contractus*. Cependant, le Guide recommande aux États de « reconnaître et de clarifier le choix du droit non étatique » (recommandation 6.1), et conseille aux législateurs, aux arbitres et aux parties contractantes d'interpréter les normes de la Convention de Mexico sur les règles de droit à la lumière des critères offerts par les Principes de La Haye et leur commentaire. Ils doivent aussi, selon le Guide, « préciser, à la lumière de ce dernier instrument, la distinction entre le choix du droit non étatique et l'utilisation de ces règles de droit en tant qu'outil interprétatif » (recommandation 6.2)[3735].

Le Guide ne fournit pas d'explications additionnelles spécifiques sur le droit non étatique. Il aborde cette notion dans sa partie 6, où il souligne d'emblée les difficultés liées à la définition même de la notion de « droit non étatique » et de celle voisine de « règles de droit ». Il distingue ensuite plusieurs catégories qui en composent le contenu du « droit non étatique » : « coutumes, usages et pratiques », « principes » et la « *lex mercatoria* », en rappelant que ces notions « sont loin d'être homogènes »[3736].

L'analyse se poursuit avec l'examen du droit non étatique dans le cadre de la Convention de Mexico et des Principes de La Haye. S'agissant de la Convention de Mexico, le Guide

[3735] OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas*, 2019, p. 109.

[3736] *Ibid*, p. 95-100, spéc. para. 167.

met en évidence que celle-ci « est allée au-delà de la Convention de Rome » en manifestant « une ouverture envers le droit non étatique »[3737]. Il cite la doctrine favorable à l'admission du droit non étatique comme loi applicable, tout en soulignant que « l'instrument n'est pas explicite sur ce point » et qu'« il n'est pas exempt du chaos terminologique qui caractérisait l'époque de sa rédaction »[3738]. Par conséquent, le Guide ne tranche pas la controverse doctrinale quant à l'interprétation de la Convention de Mexico à cet égard ni quant à la question de la possibilité pour le juge de désigner directement le droit non étatique comme droit applicable en l'absence de choix des parties (v. Partie 13 du Guide). Par la suite, le Guide analyse les solutions adoptées par les législations nationales américaines, mentionnant expressément le Paraguay, l'Uruguay (avec sa réforme actuellement en vigueur) et le Venezuela comme pays autorisant le choix du droit non étatique. Il nota que, dans plusieurs autres États des Amériques, le droit non étatique a été invoqué, cependant, pour interpréter des lois nationales. Il souligne aussi l'acceptation quasi générale de ces règles dans le domaine de l'arbitrage en Amérique latine[3739].

À l'issue de ces développements, le Guide énonce une série de recommandations, parmi lesquelles la recommandation 6.1, selon laquelle « le régime juridique interne relatif à la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux devrait (*should*) reconnaître […] le choix du droit non étatique »[3740]. L'emploi du verbe « devrait » ainsi que du terme « reconnaître » traduit, fût-ce de manière indirecte, une orientation favorable à l'admission du recours au droit non étatique en tant que loi applicable. Cette lecture se trouve confirmée par la recommandation suivante, qui invite les juges à interpréter la Convention de Mexico à la lumière des Principes de La Haye et de leurs commentaires. Or, ces derniers reconnaissent expressément que les parties peuvent choisir, comme loi applicable, « des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international […] » (art. 3 des Principes de La Haye)[3741].

Cette interprétation du Guide de l'OEA a été confirmée par le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, qui était le rapporteur du guide, et qui a déclaré : « Le Guide encourage à aller au-delà du *statu quo*, tout comme les Principes de La Haye, en admettant le droit non étatique non seulement dans le cadre de l'arbitrage, mais également dans celui de la justice étatique »[3742]. Il confirme également que le Guide suit les Principes de La Haye concernant l'exigence de neutralité et d'équilibre, ce dernier, selon lui, ayant « été établi pour traiter le problème du pouvoir de négociation inégal, qui peut conduire à l'application de règles de droit injustes ou inéquitables »[3743]. Enfin, il souligne que la référence à un

[3737] *Ibid*, para. 185.

[3738] *Ibidem*.

[3739] *Ibid*, p. 105-108.

[3740] *Ibid*, p. 109 (traduction libre de l'espagnol).

[3741] *Ibidem*.

[3742] J.A. Moreno Rodríguez, « The new OAS Guide on International Contracts », *op. cit.*, p. 407 (traduction libre de l'anglais).

[3743] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

« ensemble de règles généralement acceptées » vise à éviter les choix juridiques imprécis et précise que la possibilité de choisir les Principes d'Unidroit et la CVIM « ressort clairement » du Guide et des Principes[3744].

614. L'utilisation du droit souple par le juge. La recommandation 13.2 dispose que « Les juges devraient appliquer le critère flexible du "lien le plus étroit" selon une approche interprétative libérale », ce qui, selon le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, signifie que « si les juges estiment que les règles transnationales sont plus appropriées et donc plus étroitement liées à l'affaire que le droit national, ils les appliquent directement »[3745]. À ce titre, comme il note, le Guide apporte des éclaircissements sur un problème d'interprétation lié à la Convention de Mexico[3746].

Mais le Guide va encore plus loin, recommandant de la « souplesse » (*flexibility*) dans l'interprétation des contrats internationaux. À ce sujet, le Guide préconise que « Le régime juridique interne relatif à la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux devrait reconnaître la nécessité d'une interprétation flexible, conformément aux dispositions de l'article 10 de la Convention de Mexico (recommandation 15.1) ; et que « Les juges, lorsque les circonstances l'exigent dans la résolution d'un cas particulier, *s'ils y sont autorisés*, devraient appliquer les règles, coutumes et principes du droit commercial international ainsi que les usages et pratiques commerciaux généralement acceptés afin de satisfaire aux exigences de *justice* et d'*équité*, conformément aux dispositions de l'article 10 de la Convention de Mexico » (recommandation 15.2).

615. L'exemple libéral de l'arbitrage. Dans le domaine de l'arbitrage, les règlements et conventions régionales d'arbitrage permettent généralement l'application des règles de droit, que ce soit en autorisant les parties à choisir des règles de droit comme véritable droit applicable, ou en utilisant ces règles comme source supplétives pour interpréter et suppléer la loi étatique applicable[3747].

Cette solution est partagée par la majorité des législations nationales relatives à l'arbitrage en Amérique latine[3748]. Par exemple, au Brésil, depuis 1996, l'utilisation de normes de droit non étatique est autorisée pour résoudre les litiges concernant des contrats soumis à l'arbitrage. Selon l'article 2 de la loi d'arbitrage brésilienne, les parties peuvent choisir

---

[3744] *Ibidem*.

[3745] J.A. Moreno Rodríguez, « The new OAS Guide on International Contracts », *op. cit.*, p. 410-411 (traduction libre de l'espagnol).

[3746] *Ibidem.* Sur l'interprétation et la Convention de Mexico sur cette question, v. *supra* n° 254 et s.

[3747] V. art. 28(1) de la Loi type de la CNUDCI ; art. 21(1) du Règlement d'arbitrage de la CCI. Au niveau régional, v. art. 3 de la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international, qui fait référence à l'art. 33.3 du Règlement de procédure de la commission interaméricaine d'arbitrage commercial ; et art. 10 de l'Accord sur l'arbitrage du Mercosur.

[3748] Pour une analyse de l'arbitrage sous une perspective latino-américaine, v. M.F. Vasquez Palma, *Contratación y arbitraje internacional : temas relevantes*, Bogotá, D.C, Grupo Editorial Ibañez, Colección Principios y normas de derecho global nº 3, 2017, spéc. p. 315 et s.

« librement les règles de droit à appliquer dans l'arbitrage, à condition qu'il n'y ait pas de violation des bonnes mœurs ou de l'ordre public » (para. 1). Le même article autorise également les parties à « convenir que l'arbitrage sera conduit sur la base des principes généraux du droit, de la coutume et des règles du commerce international » (para. 2)[3749]. De même, au Costa Rica, le paragraphe 2 de l'article 22 de la Loi nº 7 727 de 1997 sur la résolution alternative des conflits et la promotion de la paix sociale dispose que « le tribunal arbitral statue conformément aux dispositions de la convention d'arbitrage et tient également compte des usages et coutumes applicables à l'espèce »[3750]. D'autres lois latino-américaines régissant l'arbitrage présentent des dispositions similaires, comme c'est le cas de l'Argentine, du Chili, d'El Salvador, du Guatemala, du Nicaragua, du Pérou, de la République dominicaine, du Paraguay, et du Venezuela[3751]. Dans ce cadre, les arbitres latino-américains n'hésitent pas, à l'instar de leurs homologues européens ou nord-américains, à faire appel aux principes généraux du commerce international, usages du commerce, ou encore aux règles élaborées par la CCI (p. ex., Incoterms).

L'Amérique latine illustre ainsi une tension constante : d'un côté, l'attachement traditionnel au principe de la souveraineté étatique et à une vision légicentriste du droit constitue un frein ; de l'autre, l'internationalisation progressive du commerce, couplée à la recherche d'une flexibilisation dans les relations transnationales, a favorisé l'ouverture aux solutions offertes par les pratiques de la *lex mercatoria*, acceptée pleinement dans le

[3749] Brésil, Loi n° 9 307, 23 septembre 1996, *Loi sur l'arbitrage* (consulté le 19 septembre 2023. Traduction libre du portugais).

[3750] « Le tribunal arbitral applique le droit matériel choisi par les parties. Si les parties ne l'ont pas fait, le tribunal arbitral applique le droit costaricien, y compris les règles de conflit de lois. Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux dispositions de la convention d'arbitrage et tient également compte des usages et coutumes applicables en l'espèce, y compris les règles écrites, le cas échéant. » Cf. Costa Rica, Loi n° 7 727, 9 décembre 1997, *Loi sur la résolution alternative des conflits et promotion de la paix sociale* (traduction libre de l'espagnol).

[3751] En Argentine, v. l'art. 82 de la Loi n° 27 449, du 4 juillet 2018 (Loi d'arbitrage commercial international) : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages commerciaux. » ; au Chili, l'art. 28.4 de la Loi n° 19 971, du 10 septembre 2004 (Loi sur l'arbitrage commercial international) : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux dispositions du contrat et tient compte des usages commerciaux applicables en l'espèce. » ; au Salvador, l'art. 59 du Décret législatif n° 914 de 2002 (Loi sur la médiation, la conciliation et l'arbitrage) : « Art. 59 — Les arbitres tranchent la question soumise à leur examen conformément à la loi, à l'équité ou aux règles et principes techniques, tel qu'ils sont stipulés dans la convention d'arbitrage. Si les parties ne se sont pas accordées à ce sujet, les arbitres statueront en équité. » ; au Guatemala, les arts. 36.2 et 36,3 de la Loi n° 67 du 1995 (Loi sur l'arbitrage) : « Art. 36 […] 2. Si l'arbitrage a un caractère international, le tribunal arbitral peut tenir compte des pratiques et principes du droit commercial international ainsi que des usages et pratiques commerciaux généralement acceptés. 3. Dans les arbitrages nationaux et internationaux, le tribunal arbitral statue conformément aux clauses du contrat et tient compte des usages du commerce applicables en l'espèce. » ; au Nicaragua, l'art. 54, § 4, de la Loi n° 540, du 25 mai 2005 (Loi sur la médiation et l'arbitrage) : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux dispositions du contrat et tient compte des usages et coutumes applicables en l'espèce. » ; au Pérou, l'art. 57, § 4, du Décret législatif n° 1071 de 2008 (Loi sur l'arbitrage) : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux dispositions du contrat et tient compte des usages et pratiques applicables. » ; en République dominicaine, l'art. 33.4 de la Loi n° 489 de 2008 (Loi sur l'arbitrage commercial) : « Dans tous les cas, le tribunal arbitral statue conformément aux dispositions du contrat et tient compte des usages applicables. » ; au Paraguay, l'art. 41, dernière partie, de la nouvelle loi 7561 du 23 décembre 2025 (Loi d'arbitrage) : « Dans tous les cas, le tribunal statuera conformément aux dispositions du contrat et tiendra compte des usages du commerce applicables en l'espèce » ; et au Venezuela, l'art. 8, dernière partie, de de la Loi sur l'arbitrage commercial de 1998 : « Les arbitres tiendront toujours compte des termes du contrat et des usages et coutumes du commerce. » (Traductions libres de l'espagnol).

contexte arbitral. Autrement dit, si le rôle de la *lex mercatoria* demeure sujet à controverse dans la doctrine et la jurisprudence latino-américaines, son empreinte, bien que souvent indirecte, est indéniable dans la pratique arbitrale et contractuelle de la région.

616. Les solutions proposées dans le contexte du Mercosur. Dans le contexte du Mercosur, tant la professeure María Mercedes Albornoz que Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira se sont opposées à l'acceptation du choix d'un droit non étatique comme *lex contractus*. Pour la professeure Albornoz, la *lex mercatoria*, ne constituant pas un système juridique complet en soi, nécessite toujours l'appui d'une législation étatique pour régir un contrat international de manière exhaustive. Ainsi, selon la professeure argentine, les parties peuvent se référer au droit anational, tel que les Principes d'Unidroit, mais ces références ne constituent pas un véritable exercice de l'autonomie conflictuelle. En suivant la théorie argentine du professeur Boggiano, elle soutient que cette décision découle en réalité de l'« autonomie matérielle » des parties, qui peut être mise en pratique de deux manières : soit par l'« incorporation directe », soit par l'« incorporation par référence ». Comme elle l'explique, l'incorporation directe équivaut à la « transcription de dispositions d'une loi étrangère, ou même d'une loi qui n'est plus en vigueur, utilisation de contrats ou de clauses type », pendant que l'incorporation par référence se traduit par la « rémission à la *lex mercatoria* en général, à certains usages, à certaines codifications professionnelles, à certains principes généraux »[3752]. Dans les deux cas, ces règles vont « prévaloir sur les règles impératives de droit privé de la *lex contractus* »[3753].

De la même manière, Mme Cerqueira souligne que les principes et usages du commerce international ne peuvent que compléter le droit applicable au contrat international, à condition que ce droit l'autorise[3754]. Selon l'auteure brésilienne, ces principes et usages ne peuvent se substituer au droit applicable, puisqu'ils n'auront que la valeur de simples *stipulations contractuelles* et n'interviendront que dans le domaine des dispositions du droit applicable qui sont *supplétives*[3755]. Pour Mme Cerqueira, la loi étatique « doit conserver son caractère prioritaire en cas de conflit »[3756], et cette primauté du droit étatique par rapport au droit non étatique « ne doit pas souffrir d'exception »[3757]. En conclusion, l'auteure brésilienne suggère que le futur instrument de droit uniforme pour le Mercosur qu'elle propose dans sa thèse devrait exclure la possibilité de choisir un droit non étatique en tant que *lex contractus*. Au lieu de cela, il devrait permettre aux parties d'incorporer dans leur contrat des principes et des usages du droit du commerce international reconnus et largement réputés, tel que les Principes d'Unidroit, les Principes du droit européen des contrats et les Principes de la CCI sur le crédit documentaire[3758]. En d'autres termes, selon

[3752] M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 229.

[3753] *Ibidem*.

[3754] F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 332.

[3755] *Ibidem*.

[3756] *Ibid*, p. 336.

[3757] *Ibidem*.

[3758] *Ibid*, p. 332.

Mme Cerqueira, en plus de ne pas pouvoir choisir directement un droit non étatique pour *régir* leurs contrats, les parties ne devraient pas non plus pouvoir choisir n'importe quelle règle de droit pour *compléter* la loi étatique choisie pour régir le contrat.

Cette limitation est justifiée par quatre principaux arguments avancés par Mme Cerqueira. Premièrement, selon elle, toutes les règles de droit non étatique « ne présentent pas les mêmes qualités de clarté, d'accessibilité et d'impartialité »[3759]. Deuxièmement, en raison de son caractère incomplet et lacunaire, le droit non étatique ne constitue pas un ensemble juridique complet et ne traite pas certains aspects cruciaux de la relation contractuelle. Un troisième argument justifiant sa position consiste dans le fait « qu'aucun instrument international déjà adopté en la matière, qui sert de source d'inspiration à notre proposition, n'a clairement autorisé les parties à soumettre leur contrat à un droit non étatique »[3760]. Enfin, elle affirme que, dans les pays membres du Mercosur qui ont largement reconnu le principe de l'autonomie de la volonté, la doctrine était alors majoritairement favorable à ce que les parties puissent incorporer les principes et usages du commerce international dans leur contrat[3761].

§2 — La pertinence des solutions du droit souple

617. L'examen de la pertinence des solutions issues du droit souple impose de distinguer deux hypothèses. D'une part, il s'agit d'apprécier l'opportunité d'admettre le choix d'une loi non étatique en qualité de *lex contractus*, c'est-à-dire comme droit véritablement applicable au contrat (A). D'autre part, il convient de déterminer si ces règles peuvent être mobilisées à titre d'outil interprétatif et supplétif, susceptible de pallier les éventuelles lacunes du droit étatique régissant le contrat (B).

A. Pertinence du choix du droit non étatique comme *lex contractus*

618. Malgré les arguments avancés par la doctrine pour interdire le choix du droit non étatique comme *lex contractus*, nous ne voyons pas d'obstacle majeur à l'acceptation d'un tel choix, pourvu que les règles de droit choisies soient des règles généralement acceptées comme un ensemble de règles neutre et équilibré, tel que les Principes de La Haye l'ont suggéré. Certaines législations latino-américaines ont par ailleurs déjà ouvert cette voie, comme celles du Paraguay et de l'Uruguay. De plus, les législations du Venezuela et de la République dominicaine, dont la teneur est similaire à celle de la Convention de Mexico, ont été également interprétées dans un tel sens[3762].

[3759] *Ibid*, p. 333. Selon l'auteure, pour la question de l'impartialité « s'agit de vérifier le degré d'indépendance et de neutralité des organismes internationaux qui ont élaboré les règles de droit non étatique choisies par les parties et qu'on cherchera à valider ».

[3760] *Ibid*, p. 334-336.

[3761] *Ibidem*.

[3762] V. *supra* n° 488.

Il est essentiel de considérer que, dans certaines situations, les parties contractantes pourraient bénéficier de la flexibilité offerte par le choix de règles non étatiques pour régir leurs contrats, surtout lorsque ces règles spécifiques répondent de manière adéquate aux exigences de leur accord. L'accessibilité, la neutralité et l'équilibre des règles sélectionnées restent néanmoins des critères essentiels pour garantir la prévisibilité et la justice dans les relations contractuelles internationales[3763]. Comme les Principes de La Haye le prévoient, « Ce critère signifie que les "règles de droit" choisies par les parties doivent faire l'objet d'une reconnaissance générale au-delà du niveau national »[3764], et que leur source doit être généralement reconnue comme un organe neutre et impartial, représentatif de divers points de vue économiques, politiques et juridiques, et qu'elles ne doivent pas être plus avantageuses à l'une des parties aux transactions[3765]. Un tel choix se justifierait par le fait que le droit uniforme propose des solutions considérées comme plus adaptées au commerce international. Ces solutions résultent d'une synthèse entre différentes traditions juridiques, formant ainsi une sorte de « *jus commune* contemporain », leur qualité tenant notamment à la précision de ces dispositions, qui ont fait leurs preuves dans des systèmes juridiques variés[3766]. En outre, comme l'a affirmé la professeure Fresnedo de Aguirre, « Cela revêt une importance pratique bien plus grande qu'on ne pourrait le supposer, parce que, bien souvent, les parties à un contrat ne connaissent pas le droit des autres États, mais se sentent en revanche en sécurité lorsqu'elles recourent à une réglementation émanant d'organismes internationaux qui recueillent des principes généraux ou des pratiques généralement acceptées »[3767].

À ce jour, des conventions et traités internationaux rentrent dans cette qualification lorsque ces instruments s'appliquent uniquement du fait du choix de loi des parties, comme la CVIM. Entre autres, les Principes d'Unidroit constituent un exemple de règles de droit généralement acceptées à l'échelle internationale. Ils constituent une codification très complète du droit des contrats et servent de point de convergence entre les divers systèmes juridiques, offrant ainsi des solutions neutres et équilibrées. Les Principes ont gagné en reconnaissance en tant que source fiable de normes internationales pour régir les contrats, offrant aux parties contractantes un cadre juridique cohérent et adapté aux transactions

[3763] Pour une opinion contraire, jugeant que le sens exact de cette exigence (en référence à l'art. 3 des Principes de La Haye, apparemment, selon l'auteur, introduite à la demande de la Commission européenne), « n'est pas tout à fait clair, et l'on peut douter qu'il s'agisse d'un progrès », v. L.G. Radicati di Brozolo, « Règles transnationales et conflit de lois : réflexions à la lumière des principes UNIDROIT et des principes de La Haye », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet : le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 293-294.

[3764] Commentaire 3.4 des Principes de La Haye. HCCH, Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, 19 mars 2015.

[3765] V. *Ibid*, commentaires à l'art. 3.

[3766] V. B. Fauvarque-Cosson, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 96. V. aussi, O. Lando, « Choice of Lex Mercatoria », Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, p. 747-761, p. 751, que de manière plus ferme affirme : « When the *Lex Mercatoria* is applied, and those who are involved in the proceedings — parties, counsels and arbitrator — are from different countries, all plead and decide on an equal footing; nobody has the advantage of having the case decided by his own law, and nobody suffers the handicap of seeing it governed by a foreign law ».

[3767] C. Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado*, t. III, *op. cit.*, p. 297 (traduction libre de l'espagnol). L'auteure ne les accepte, toutefois, que comme une simple incorporation.

transfrontalières[3768]. Comme l'a justement fait remarquer la professeure Bénédicte Fauvarque-Cosson, « les Principes d'Unidroit, traduits en plusieurs langues, assortis de commentaires et illustrations, sont aisément accessibles, qualité qui manque à la *lex mercatoria* ainsi du reste qu'à la plupart des droits étrangers. Par ailleurs, ils contiennent des règles adaptées au commerce international qui visent notamment à assurer un certain équilibre contractuel entre les parties »[3769].

En fait, la question de l'application des règles non étatiques revêt une importance particulière. Contrairement à une simple *incorporation* contractuelle, la désignation des Principes d'Unidroit comme loi applicable permettrait aux parties de déroger à certaines normes « simplement » impératives du système juridique autrement compétent, tout comme un choix d'une loi étrangère. L'on songe notamment aux règles relatives à l'interprétation des contrats, à la résiliation et à l'annulation, aux relations avec les tiers, à la réparation du préjudice ou encore à la responsabilité précontractuelle, lesquelles peuvent être considérées comme non dérogeables dans un ordre juridique déterminé. Dès lors, si l'on refuse de reconnaître ce choix comme constituant la *lex contractus*, de nombreuses dispositions essentielles des Principes d'Unidroit sélectionnés par les parties risqueraient de demeurer inapplicables[3770].

En Europe, le Livre vert relatif à la réforme de la Convention de Rome de 1980 avait déjà mis en lumière les divergences existantes concernant le recours au droit non étatique. Il y était notamment relevé que, traditionnellement, la majorité des auteurs exprimant une opposition au choix des règles non étatiques justifiaient leur position par le fait que ces règles ne représentaient pas encore un corpus normatif cohérent et complet. Par ailleurs, une partie de la doctrine plaidait en faveur de la possibilité d'un tel choix, considérant qu'il pourrait constituer un choix de loi au sens de l'article 3 de la Convention de Rome. L'un des arguments avancés en ce sens était que rien ne justifierait de refuser cette pratique au juge étatique, dès lors que celle-ci est largement admise dans de nombreux États pour les arbitres[3771]. Toutefois, comme on le sait, le Règlement Rome I a adopté une approche plus prudente, en n'admettant que l'incorporation par référence d'un droit non étatique ou d'une convention internationale (considérant 13). Cette solution a été qualifiée par une partie de la doctrine d'« occasion manquée », dans la mesure où elle n'a pas permis de consacrer

[3768] V. M.J. Bonell, « The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law », *RCADI*, 2018, vol. 388 ; L. Gama, « Les principes d'UNIDROIT et la loi régissant les contrats de commerce », *RCADI*, 2019, vol. 406.

[3769] B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 203.

[3770] L.G. Radicati di Brozolo, « Règles transnationales et conflit de lois : réflexions à la lumière des principes UNIDROIT et des principes de La Haye », *op. cit.*, p. 284.

[3771] Commission des Communautés Européennes, Livre Vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM (2002) 654 final, Bruxelles, 2003, p. 25.

pleinement l'autonomie de la volonté des parties en matière de choix du droit applicable[3772].

À dire vrai, comme l'a remarqué le professeur Bernard Audit, « rien n'a jamais empêché des contractants de désigner à cette fin "les principes généraux du droit", "les usages du commerce" voire la "*lex mercatoria*", à moins de considérer que tout ce qui n'est pas expressément permis est défendu »[3773]. Néanmoins, le professeur relève des réserves persistantes notamment quant à la normativité de ce type de règles et au risque que le juge saisi d'un litige considère que les références invoquées sont trop imprécises ou lacunaires pour être appliquées[3774]. Ces hésitations semblent toutefois, comme l'a noté le professeur Audit, s'atténuer avec les Principes d'Unidroit, eu égard à leur caractère complet et détaillé, ainsi qu'à leur vocation spécifiquement internationale[3775].

En outre, les vieilles craintes du « contrat sans loi »[3776] ne seraient pas non plus pertinentes lorsque les parties désignent les Principes d'Unidroit comme droit applicable au contrat[3777]. Or, les Principes eux-mêmes ont pris soin de réserver l'application des règles impératives applicables selon les principes du droit international privé (art. 1.4), allant jusqu'à citer différentes sources possibles de ces règles[3778]. Le commentaire de l'article 1.4 prévoit expressément que, étant donné la nature particulière d'instrument non législatif des Principes, « on ne peut s'attendre à ce que les Principes, en tant que tels ou les contrats conclus sur la base des Principes, prévalent sur les règles impératives du droit interne,

---

[3772] M.J. Bonell, « El Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Roma I") – Es decir, una ocasión perdida », *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, CEDEP, 2010, p. 209-244, spéc. p.214-216. Selon l'auteur : « Face à une attitude aussi manifestement incohérente et aussi peu convaincante, même la mention explicite de la possibilité d'incorporer contractuellement des instruments de *soft law* semble n'être guère plus qu'un ajout sans pertinence réelle. (*Ibid,* p. 215. Traduction libre de l'espagnol).

[3773] B. Audit, « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *op. cit.*, p. 19-20. Pour une différenciation entre la *lex mercatoria*, considérée en tant que « règle de droit » et les usages ou coutume, v. D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 1992, spéc. n° 370 et 427 et s.

[3774] B. Audit, « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *op. cit.*, p. 19-20. V. aussi D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, *op. cit.*, spéc. n° 484 et s. Le professeur soulève la contradiction existante entre ne pas reconnaître à la *lex mercatoria* un statut de « système de droit » en raison de ses lacunes et imprécisions, alors que l'une des raisons avancée de l'apparition de cette nouvelle catégorie de sources du droit réside précisément dans la découverte, au sein des ordres juridiques étatiques eux-mêmes, de lacunes dans la réglementation de certaines opérations du commerce international.

[3775] *Ibidem* ; dans le même sens, v. O. Lando, « Choice of Lex Mercatoria », *op. cit.*, p. 751 et s.

[3776] Il souvent été soutenu qu'aucune autorité étatique ne confère force obligatoire à ces règles de droit, et qu'il n'existe aucune règle supérieure lui attribuant un statut juridique. De ce fait, les parties ne peuvent pas conclure un contrat régi par un droit sans État ; elles doivent nécessairement contracter sous l'empire d'un système juridique déterminé.

V., à ce sujet, O. Lando, « Choice of Lex Mercatoria », *op. cit.*, p. 749.

[3777] V. G.P. Romano, « Le choix des principes Unidroit par des contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI*, 2007, p. 52 ; et O. Lando, « Choice of Lex Mercatoria », *op. cit.*, p. 749.

[3778] Selon l'article 1.4 des Principes : « Ces Principes ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé ».

qu'elles soient d'origine nationale, internationale ou supranationale, qui sont applicables en vertu des règles pertinentes du droit international privé »[3779]. Ils adoptent en outre une interprétation large de règles impératives, visant principalement celles qui sont édictées dans une loi particulière, « leur nature impérative pouvant soit être expressément indiquée, soit être déduite par voie d'interprétation »[3780]. On ne saurait — comme l'a mis en lumière par le professeur Bernard Audit — « être plus respectueux de la souveraineté des droits étatiques »[3781].

De ce fait, l'argument selon lequel le choix de règles de droit non étatiques devrait être prohibé au motif qu'il faciliterait le contournement des règles internationalement impératives constitue, pour reprendre l'expression du professeur Radicati di Brozolo, une « fausse piste »[3782]. Autrement dit, lorsqu'un juge accepte de donner effet au choix exprimé par les parties en faveur des Principes d'Unidroit en tant que *lex contractus*, l'application de ces Principes demeure nécessairement limitée par ses propres lois de police (les lois de police du for)[3783], ainsi que d'autres éventuelles lois de police susceptibles de s'appliquer (qu'il s'agisse de la loi objectivement désignée ou de celles d'autres États liées au contrat)[3784].

Critiquant la solution retenue par le Règlement Rome I, le professeur Luca G. Radicati di Brozolo s'oppose vigoureusement aux objections traditionnelles dirigées contre l'application des règles transnationales, notamment celles qui invoquent leur supposée incertitude ou incomplétude, jugées dépourvues de fondements sérieux. Selon lui, la pratique arbitrale démontre la capacité des règles transnationales, telles que les Principes d'Unidroit, à offrir des solutions précises, cohérentes et adaptées aux litiges du commerce international, tout en suppléant efficacement les carences du droit national. Il observe, en outre, que les règles nationales élaborées par le législateur et appliquées par les juridictions sont bien souvent la transposition de situations strictement internes, peu représentatives des exigences et de la complexité inhérentes au commerce international. Il réfute également l'idée selon laquelle les juges nationaux seraient inaptes à appliquer ces normes, rappelant qu'ils maîtrisent déjà les méthodes d'application du droit étranger. En définitive, refuser aux règles transnationales la qualité de droit revient, selon lui, à une posture « dogmatique » contraire à l'évolution du commerce mondial et injustifié du point de vue de la protection des intérêts étatiques, dès lors que les lois de police conservent leur portée impérative. Il estime enfin que l'hostilité persistante à l'égard des règles transnationales

---

[3779] V. Unidroit, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, 2016, p. 12-13.

[3780] *Ibidem*.

[3781] B. Audit, « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *op. cit.*, p. 25.

[3782] L.G. Radicati di Brozolo, « Règles transnationales et conflit de lois : réflexions à la lumière des principes UNIDROIT et des principes de La Haye », *op. cit.*, p. 291.

[3783] B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *op. cit.*, p. 200 ; v. aussi, M.J. Bonell, « Soft Law and Party Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles », *Loyola Law Review,* 2005, vol. 51, p. 246-251.

[3784] M.J. Bonell, « Soft Law and Party Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles », *op. cit.,* p. 248.

s'explique avant tout par un formalisme théorique excessif, « qui n'est plus en accord avec la globalisation de l'économie »[3785].

En effet, plutôt que d'imposer une interdiction absolue du choix du droit non étatique, il peut être plus judicieux d'évaluer chaque situation au cas par cas, en tenant compte de la nature des règles choisies et de leur adéquation par rapport aux besoins et aux attentes des parties contractantes. Comme l'ont mis en évidence les professeurs Fresnedo de Aguirre et Idiarte dans leurs commentaires relatifs à la nouvelle loi uruguayenne de droit international privé, la possibilité d'appliquer des règles de droit non étatiques pour régir les contrats « présente une importance pratique bien supérieure à ce que l'on peut supposer, car, très souvent, les parties à un contrat ignorent le droit des autres États, mais elles se sentent rassurées de pouvoir appliquer une norme émanant d'organisations internationales qui consacrent des principes généraux ou des pratiques généralement acceptées »[3786].

Le choix de règles de droit, telles que celles des Principes d'Unidroit, peut, en outre, s'avérer particulièrement utile lorsque les parties à un contrat international proviennent de systèmes juridiques différents, notamment de *common law* et de droit civil. Les professeurs Moreno Rodríguez et Albornoz observent que l'exercice de l'autonomie de la volonté est entravé par des obstacles linguistiques majeurs et l'absence d'une terminologie juridique uniforme à l'échelle internationale. Ils relèvent en outre que le choix d'un droit national peut s'avérer insuffisant, que ce soit pour des raisons de « prestige » ou d'« impératif politique », notamment lorsqu'une partie manifeste une réticence à se soumettre aux règles étrangères tout en reconnaissant les limites de sa propre législation. Ces défis s'exacerbent lorsque les dispositions étrangères sont mal connues ou que l'application intégrale du droit étranger est rejetée par une partie[3787]. Dans ce contexte, les Principes d'Unidroit offrent un terrain neutre, dénué des spécificités propres à un système juridique national donné, évitant les divergences terminologiques propres aux systèmes nationaux, et favorisant ainsi une interprétation impartiale des contrats internationaux. Cette neutralité peut également faciliter les négociations et l'exécution des accords en réduisant les risques de conflits juridiques liés à des différences systémiques.

Le professeur Bonell, président du groupe de travail chargé de la préparation des Principes d'Unidroit, identifie plusieurs motifs fondamentaux justifiant le choix de ces Principes par les parties au détriment d'un droit national. Il relève que les parties y recourent fréquemment dans l'hypothèse d'un déséquilibre des pouvoirs de négociation, lorsqu'aucune d'elles ne parvient à imposer l'application de son propre droit, ou encore lorsqu'elles privilégient un cadre juridique plus stable et prévisible que celui offert par

[3785] L.G. Radicati di Brozolo, « Règles transnationales et conflit de lois : réflexions à la lumière des principes UNIDROIT et des principes de La Haye », *op. cit.*, p. 285 et s.

[3786] C. Fresnedo de Aguirre, G.L. Idiarte, *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920, op. cit.,* p. 189 (traduction libre de l'espagnol).

[3787] J.A. Moreno Rodríguez, M.M. Albornoz, « Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts », *op. cit.*, p. 520 (traduction libre de l'anglais).

leur ordre national. Les petites et moyennes entreprises y trouvent une solution à la fois pragmatique et économiquement avantageuse, en particulier lorsqu'elles ne disposent pas du poids nécessaire pour imposer l'application de leur propre droit national ou lorsqu'elles cherchent à éviter les coûts élevés liés à une analyse comparative approfondie d'un droit neutre susceptible de constituer une alternative appropriée. Enfin, comme il l'a justement souligné, les praticiens et les arbitres voient dans les Principes une synthèse élaborée à partir des principaux systèmes juridiques mondiaux, fruit du travail d'experts indépendants, et marquée par un souci d'équité, de cohérence et de modernité adapté aux besoins du commerce international[3788].

Il faut considérer, par ailleurs, que, dans un monde globalisé, il existe des cas liés à plusieurs États sans qu'il soit possible d'affirmer que l'ordre juridique de l'un d'eux soit mieux adapté que les autres pour régir les obligations des parties au contrat. Ainsi — conformément à ce qu'affirme le professeur Moreno Rodríguez — il n'est pas justifié d'insister sur la méthode conflictuelle pour rechercher un droit national applicable dont le lien avec le contrat, dans ces circonstances, est plus occasionnel que réel[3789]. Par ailleurs, ainsi que l'a relevé le professeur Fernández Rozas, plus fréquemment encore, les contrats internationaux se déroulent sur des places commerciales à vocation transnationale, pour lesquelles toute référence à un cadre étatique s'avère particulièrement ténue. Les situations générées par les nouvelles technologies, et notamment le commerce électronique, illustrent de façon exemplaire ce constat : dans ce contexte, la localisation de la relation contractuelle au sein d'un territoire déterminé perd toute pertinence juridique[3790].

En fait, en restreignant le choix des parties à celui d'un droit étatique, on limiterait la flexibilité contractuelle et la liberté des parties contractantes dans la détermination des modalités de leur accord en fonction de leurs besoins spécifiques. De surcroît, l'interdiction totale de choisir un droit non étatique comme loi régissant un contrat peut entraîner une privation de certaines options potentiellement avantageuses pour les parties concernées. Ces options pourraient s'avérer plus adéquates pour répondre à leurs exigences commerciales, particulièrement dans des secteurs spécifiques où le droit étatique est peu développé ou peu adapté aux pratiques juridiques internationales actuelles. Comme l'a à juste titre souligné le professeur Bernard Audit :

> « Les Principes d'Unidroit présentent des avantages supérieurs à ceux de tout droit national pour régir un contrat de commerce international tout en laissant aux parties la plus grande latitude pour les adapter par des clauses particulières. Leur caractère écrit et systématique élimine les incertitudes et insuffisances inhérentes aux références à des

[3788] M.J. Bonell, « Soft Law and Party Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles », *op. cit.*, p. 234-235.

[3789] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.*, p. 171. L'auteur fait ici référence à J. Samtleben, « Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina », *Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 26-27.

[3790] J.C. Fernández Rozas, « Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina », *op. cit.*, p. 106.

> règles transnationales en particulier à la *lex mercatoria* et même à celles de nombreux droits nationaux. On ne peut donc que souhaiter voir se développer leur usage bien au-delà de ce qui est actuellement constaté. »[3791]

Par exemple, la clause relative au *hardship* prévue par l'article 6.2.1 des Principes d'Unidroit, qui est rarement prise en compte par les pays de droit civil comme ceux d'Amérique latine, pourrait s'avérer particulièrement utile dans certains contrats internationaux, notamment dans des contextes exceptionnels, tels que la pandémie de COVID-19. La plupart des systèmes juridiques étatiques prévoient des solutions d'exonération de responsabilité lorsque les parties sont empêchées d'exécuter leurs obligations du fait de cas exceptionnels, qualifiés de force majeure ou de cas fortuit. Par ailleurs, certains ordres juridiques instituent une obligation de renégociation du contrat lorsque celui-ci demeure exécutable, mais que son équilibre est bouleversé par un changement de circonstances (clause *rebus sic stantibus*). Cependant, chaque système juridique applique une interprétation plus ou moins large de ces deux instruments classiques du commerce international. Tant la CVIM que les Principes d'Unidroit établissent des règles autonomes et spécifiques relatives à l'inexécution contractuelle et à ses conséquences. La désignation de ces instruments, qui garantissent une interprétation autonome, détachée des droits étatiques, peut donc s'avérer utile afin de favoriser une harmonisation des solutions à l'échelle internationale[3792].

Par ailleurs, en argumentant que toutes les règles du droit non étatique manquent de clarté, d'accessibilité et d'impartialité, on ignore le fait que certaines de ces règles sont reconnues mondialement et appliquées de manière cohérente dans la pratique des affaires internationales, comme les Principes d'Unidroit. Et même si ces règles présentent des lacunes (tout comme le droit étatique), il existe des règles pour les combler (p. ex., l'art. 7.2 de la CVIM et l'art. 1.6.2 des Principes d'Unidroit).

En effet, d'après l'article 7.2 de la CVIM, les questions non tranchées par la Convention seront réglées d'abord « selon les principes généraux dont elle s'inspire » ou, à défaut de ces principes, « conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ». Ainsi, ce n'est qu'en l'absence de principes généraux de cette nature que le paragraphe 2 de l'article 7 permet de se référer à la loi applicable pour résoudre les questions laconiques. Le droit national ne doit être utilisé, ainsi, qu'en dernier ressort[3793]. Plusieurs principes ont été considérés comme des principes généraux de la Convention par

---

[3791] B. Audit, « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *op. cit.*, p. 29.

[3792] V. V. de Oliveira Mazzuoli, G. Boger Prado, « Les contrats commerciaux internationaux face aux situations de crises sanitaires transnationales dans le cadre du MERCOSUR », *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, vol. 9, n° 17, 2021, p. 172-204.

[3793] Cf. American Arbitration Association, États-Unis, 23 octobre 2007, accessible sur Internet à l'adresse www.cisg.law.pace.edu ; v. aussi Cour fédérale d'arbitrage pour la région de Moscou, Fédération de Russie, 25 juin 2001, accessible en anglais sur Internet à l'adresse www.cisg.law.pace.edu. In : CNUDCI. *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Édition 2016, p. 45.

des juridictions qui l'ont appréciée. Ces principes généraux sont souvent cherchés dans les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, qui viennent compléter la CVIM.

Pour ce qui est des Principes d'Unidroit, ceux-ci établissent que les questions lacunaires qui entrent dans leur champ d'application seront réglées conformément « aux principes généraux dont ils s'inspirent ». Les commentaires de ces derniers expliquent que, afin de promouvoir l'uniformité de l'application des Principes, lorsque des lacunes se révèlent, il faudra trouver une solution, « dans la mesure du possible, selon le système des Principes avant d'avoir recours aux droits internes ». La première mesure à prendre serait, ainsi, « d'essayer de résoudre la question par une application par analogie de dispositions spécifiques ». C'est seulement si l'on ne peut résoudre la question par la simple analogie qu'il faut recourir aux principes généraux dont ils s'inspirent, c'est-à-dire « aux principes et aux règles que l'on peut appliquer sur une échelle beaucoup plus grande en raison de leur caractère général ». Certains de ces principes fondamentaux sont expressément posés dans les Principes mêmes (p. ex., les articles 1.1, 1.3, 1.5 et 1.7), et d'autres doivent être extraits de dispositions spécifiques, c'est-à-dire que « les règles particulières contenues dans ces dispositions doivent être analysées afin de voir si on peut les considérer comme l'expression d'un principe plus général et, en tant que tel, susceptible d'être appliqué également à d'autres cas différents de ceux spécifiquement tranchés ». Bien évidemment, comme mis en lumière par les Principes mêmes, les parties restent toujours libres de décider de se référer à une loi étatique particulière pour combler les lacunes des Principes[3794].

Avec pour objectif que les mêmes solutions soient appliquées partout dans le monde, tant la CVIM que les Principes d'Unidroit posent leurs propres règles d'interprétation (art. 7 de la CVIM et art. 1.6.1 des Principes). L'idée est de garantir une interprétation « autonome » et « uniforme », indépendante de toute interprétation que les juges pourraient étudier en se basant sur des solutions nationales. Du fait que les règles nationales relatives aux contrats commerciaux diffèrent d'un état à l'autre, il importe, lors de l'interprétation de ses instruments, que le for concerné ne soit pas influencé par son propre droit interne. Nonobstant, comme le reconnaît la doctrine, en absence d'un tribunal supranational chargé d'interpréter la Convention, l'objectif d'interprétation autonome et uniforme souhaité par la Convention demeure difficile à atteindre. En pratique subsiste une marge de liberté laissée aux juges, qui tendent toutefois à être fortement influencés par leurs traditions juridiques nationales respectives[3795]. Cela ne doit cependant pas être considéré comme un argument justifiant l'interdiction du choix des règles de droit non étatique pour régir les contrats. Au contraire, cette diversité doit inciter à promouvoir une ouverture des tribunaux

[3794] V. commentaire de l'art. 1.6, Unidroit, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, 2016, p. 17-18.

[3795] Cf. M.-É. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit*., p. 429 et s. Les auteurs ajoutent que cette tendance serait plus marquée aux États-Unis, habitués à se référer aux précédents d'autres juridictions américaines, que dans les pays de droit civil, qui vont avoir le réflexe de se tourner vers la doctrine.

à l'égard des règles non étatiques, notamment celles issues des instruments internationaux, tels que les Principes d'Unidroit. La reconnaissance de telles règles comme choix possible favorise, comme nous avons déjà affirmé, une convergence de pratiques et une harmonisation croissante des solutions dans le commerce international.

Ainsi, lors de la désignation de telles règles, les parties peuvent (et doivent — afin d'avoir plus de sécurité juridique) prévoir que les éventuelles lacunes seront comblées par un droit étatique de leur choix. Et, si les parties n'ont rien prévu, rien n'empêche le juge d'appliquer le droit étatique objectivement désigné par les règles de droit international privé du for pour combler d'éventuelles lacunes des règles de droit choisies par les parties pour régir leurs contrats.

En outre, une restriction au recours au droit non étatique pourrait limiter l'innovation juridique ainsi que la possibilité d'intégrer dans les contrats des normes émergentes et évolutives issues du commerce international. Cela risquerait de porter préjudice à la dynamique et à l'adaptabilité des relations commerciales transnationales, tout en creusant un fossé important entre les contentieux étatiques et arbitraux. Par conséquent, une convergence accrue entre ces régimes juridiques contribuerait à une meilleure cohérence et efficacité dans le traitement des différends internationaux au sein de la région latino-américaine. En effet, comme l'a à juste titre souligné le professeur Bonell, « il n'existe aucune raison valable pour que les parties à un contrat international bénéficient d'un degré différent d'autonomie dans le choix de la loi applicable, selon qu'elles décident de soumettre leur litige à l'arbitrage ou à une décision judiciaire »[3796].

Enfin, il convient de souligner que ces règles doivent, tout comme le droit étatique, rester pleinement soumises aux règles internationalement impératives (lois de police). En d'autres termes, même lorsque les parties choisissent des règles non étatiques pour régir leur contrat, ces règles ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public international du for et ne peuvent pas empêcher l'application des lois de police. Comme l'a pertinemment noté le professeur Bernard Audit, les Principes d'Unidroit devraient, dans ce contexte, être limités uniquement par les règles considérées comme impératives au sens du droit international privé (les lois « internationalement impératives »), et non simplement par les règles internement impératives de chacun des États[3797]. En effet, « dès lors qu'un contrat est international il n'y a aucune raison de traiter différemment à l'égard des dispositions impératives des droits internes le choix d'une loi étrangère et celui des Principes d'Unidroit »[3798]. La liberté de désigner les Principes ne saurait être assimilée, ainsi, à la liberté de choisir une loi interne : une telle assimilation reviendrait à réduire le contrat

[3796] M.J. Bonell, « Soft Law and Party Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles », *op. cit.*, p. 240 (traduction libre de l'anglais).

[3797] B. Audit, « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *op. cit.*, p. 26 et s. ; v. aussi, G.P. Romano, « Le choix des principes Unidroit par des contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *op. cit.*, p. 52 et s.

[3798] B. Audit, « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *op. cit.*, p. 28.

international à un contrat interne relevant de l'ordre juridique qui aurait été autrement applicable et à réintroduire indûment l'ensemble des dispositions impératives de cet ordre[3799]. Ainsi, certaines normes considérées internement comme impératives, comme peuvent l'être dans certains pays les règles relatives aux délais de prescription ou encore certains formalismes de preuve exigeant des mentions manuscrites ou la présence de témoins, pourront être écartées au même titre qu'elles le seraient lors de la désignation d'une loi étrangère étatique. Toutefois, cette faculté d'éviction demeure circonscrite aux seules normes « simplement » impératives, et ne concerne pas celles ayant un caractère international.

619. Application par les juges des règles de droit sans choix des parties. Il convient également de s'interroger sur la pertinence d'accorder un traitement préférentiel aux lois nationales en limitant l'application des règles transnationales aux seuls cas où les parties en font expressément référence. Comme l'a précisé le professeur Radicati di Brozolo[3800], cette approche prévaut effectivement en matière d'arbitrage pour la détermination de la loi applicable au fond et pourrait sembler répondre au scepticisme persistant envers les règles transnationales dans certaines sphères juridiques, qui redoutent une application outrepassant les attentes raisonnables des parties.

Néanmoins, cette solution n'apparaît pas nécessairement la plus rationnelle. En effet, même selon les mécanismes traditionnels de conflit de lois, l'absence d'un choix explicite par les parties, comme prévu à l'article 4 du Règlement Rome I, n'assure pas une prévisibilité certaine ni une impartialité dans l'application du droit national, susceptible de favoriser un cocontractant au détriment de l'autre. À cet égard, l'application de règles transnationales adaptées aux situations concrètes ne porterait pas davantage préjudice aux parties, notamment en ce qui concerne la prévisibilité, comparativement au droit national désigné par les règles de conflit. Toutefois, il ne faut pas présumer que les parties aux transactions internationales souhaitent automatiquement l'application des règles transnationales, une hypothèse autrefois admise dans le débat sur la *lex mercatoria,* mais aujourd'hui injustifiée[3801]. Une analyse au cas par cas prenant en compte l'attente légitime des parties paraît ainsi la plus judicieuse. En outre, avec la notoriété grandissante des certaines règles de droit, comme les Principes d'Unidroit, en particulier auprès des juges nationaux, ces règles, ainsi que d'autres normes supranationales, pourraient constituer une alternative crédible à l'application du droit national en cas d'absence de choix des parties[3802].

[3799] *Ibidem*.

[3800] L.G. Radicati di Brozolo, « Règles transnationales et conflit de lois : réflexions à la lumière des principes UNIDROIT et des principes de La Haye », *op. cit.*, p. 297.

[3801] *Ibidem*. V. aussi en ce sens, D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, *op. cit.* , n° 977 et s.

[3802] *Ibidem.*

Cette solution, bien qu'elle demeure limitée et reléguée à un rôle subsidiaire en raison des controverses qu'elle suscite, correspond par ailleurs à l'approche retenue par la Convention de Mexico (art. 9)[3803], ainsi que par certains États latino-américains, tels que le Paraguay, le Panama ou l'Argentine[3804].

B. Le recours au droit non étatique en tant qu'élément d'interprétation et de complément à la législation étatique applicable

620. En plus du choix des règles de droit comme *lex contractus*, la valeur de ces règles pour combler les lacunes et interpréter le droit étatique doit être mise en avant. Comme nous l'avons constaté, dans la région latino-américaine, plusieurs sources manifestent la tendance à accepter des règles de droit comme moyen d'interprétation et de complément de lacunes des lois étatiques[3805]. Cette pratique est aussi largement observée par les tribunaux étatiques latino-américains dans des affaires purement internes et dans le domaine des contrats internationaux, en particulier en ce qui concerne l'application des Principes d'Unidroit[3806].

Cependant, cette pratique est encore rarement encadrée. Alors que la Convention de Mexico est le seul accord international abordant ce sujet, les approches nationales varient, ainsi qu'il a été observé dans des chapitres qui y ont été consacrés[3807]. Comme cela a déjà été analysé, seuls le Paraguay, le Venezuela, la République dominicaine, l'Uruguay et le Panama ont légiféré sur la question, en démontrant cependant des divergences significatives sur les conditions à l'utilisation de ces règles[3808].

Il est dès lors impératif que les États définissent quelles règles peuvent être utilisées par les tribunaux dans les litiges, tant pour les désigner comme *lex contractus* que pour les employer comme instruments d'interprétation et de complément à la loi étatique. Nous sommes de l'avis que les parties pourraient choisir de telles règles pour suppléer la loi étatique choisie, tandis que les juges, en cas d'absence de choix explicite, pourraient également recourir à de telles normes pour interpréter ou compléter la loi applicable. Néanmoins, pour les mêmes raisons que celles soulevées dans les paragraphes précédents concernant le choix du droit non étatique en tant que *lex contractus*, ces règles devraient

---

[3803] V. *supra* n° 246 et s.

[3804] V. *supra* n° 477 et s.

[3805] V. *supra* n° 251 et s ; n° 492 et s.

[3806] V. *supra* n° 506.

[3807] V. *supra* n° 492 et s.

[3808] Pour une analyse de l'usage des Principes d'Unidroit pour interpréter et complémenter le droit national, v. A. Garro, J.A. Moreno Rodríguez (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law nº 51, 1re éd., 2021 ; v. aussi, M.J. Bonell, « The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law », *op. cit.,* p. 40 et s. ; L. Gama, « Les principes d'UNIDROIT et la loi régissant les contrats de commerce », *op. cit.,* p. 185 et s.

être largement acceptées en tant qu'ensemble neutre et équilibré, comme prôné par les Principes de La Haye.

621. Interprétation flexible. Ce raisonnement peut être aussi étayé par une autre directive du Guide de l'OEA : la flexibilité dans l'interprétation de la loi applicable. Selon la recommandation 15.1 du Guide, « Le régime juridique national relatif à la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux devrait reconnaître la nécessité d'une interprétation flexible, conformément aux dispositions de l'article 10 de la Convention de Mexico »[3809]. Pour rappel, l'article 10 de la Convention de Mexico, de proposition de la délégation vénézuélienne, prévoit que les règles, coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciaux généralement acceptés, seront appliqués « pour satisfaire aux exigences de la justice et de l'équité dans la solution des cas concrets »[3810]. Certaines lois nationales latino-américaines prévoient également des normes en ce sens, comme c'est le cas du Mexique (art. 14.V du Code civil fédéral) et de l'Uruguay (art. 11 de la Loi générale de droit international privé)[3811].

Une partie de la doctrine rattache cette disposition à l'exigence d'une interprétation harmonisée fondée sur le principe d'équité, tel que formulé à l'article 9 de la Convention interaméricaine de 1979 sur les normes générales de droit international privé[3812]. Selon cette perspective, l'exigence de flexibilité englobe également le mécanisme d'« adaptation » des droits étatiques, grâce à l'intervention du droit transnational, afin de concilier la justice résultant des règles de conflit avec la justice matérielle du cas d'espèce[3813].

Cette approche vise à atténuer l'application stricte du droit, en tenant compte des usages internationaux et des particularités des transactions transfrontalières. Le professeur José Antonio Moreno Rodríguez, rapporteur du Guide de l'OEA, fait valoir l'importance d'appliquer le droit national « dans une perspective cosmopolite élargie ou conformément aux usages internationaux établis, en gardant à l'esprit la nécessité de prendre en compte les facteurs propres aux transactions comportant des éléments étrangers »[3814]. De ce fait, selon lui, les juges doivent adopter une construction comparative et ample lors de

[3809] Cette interprétation souple doit aussi, selon le Guide, être respectée par les arbitres (s'ils sont autorisés), conformément à la recommandation 15.2, qui dispose le point suivant : « Les arbitres, lorsque les circonstances l'exigent dans la résolution d'un cas particulier, devraient, s'ils y sont autorisés, appliquer les règles, coutumes et principes du droit commercial international ainsi que les usages et pratiques commerciaux généralement acceptés afin de satisfaire aux exigences de la justice et de l'équité, conformément aux dispositions de l'article 10 de la Convention de Mexico ». OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019, p. 223 (traduction libre de l'anglais).

[3810] V. *supra* n° 257.

[3811] V. Annexe 2.

[3812] V. *supra* n° 252.

[3813] Pour cette discussion au sein de la Convention de Mexico et la Convention interaméricaine de 1979 sur les normes générales, v. *supra* n° 252 et s.

[3814] J.A. Moreno Rodríguez, « Miscelánea: la nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte II) », *op. cit.,* p. 278 (traduction libre de l'espagnol).

l'application du droit national et prendre en compte la confiance légitime des parties[3815]. Comme il l'a également souligné, la question des dispositifs correctifs ou équitables suscite de vifs débats en droit comparé, tant sur le plan terminologique que quant à leur portée, aucune disposition en ce sens n'étant prévue dans les Principes de La Haye[3816].

Le Guide innove sur ce point. Le mécanisme d'interprétation flexible, bien connu dans le contexte de l'arbitrage (v. art. 28.4 de la Loi modèle de la CNUDCI[3817]), demeure peu admis dans le contentieux interne. Il a fait par ailleurs l'objet de discussions approfondies au sein du Groupe de travail des Principes de La Haye, la majorité ayant admis que les usages internationaux du commerce peuvent compléter le choix de loi opéré par les parties et faciliter son interprétation, sans pour autant pouvoir contredire ou annuler l'application du droit ou des règles juridiques convenus par elles[3818]. Toujours selon le professeur Moreno Rodríguez, dans un contexte marqué par la pluralité normative et par la spécificité croissante du commerce international, une telle orientation pourrait s'avérer d'une grande utilité. Cela rejoint l'idée qu'il conviendrait de présumer que les parties entendent voir appliquer le droit étatique, mais dans un sens élargi, en intégrant usages et principes internationaux établis, et en tenant compte de la nécessité d'adapter certains éléments aux opérations impliquant des facteurs d'extranéité[3819].

*
* *

622. En conclusion, les solutions du droit souple sur le rôle du droit non étatique, notamment celles des Principes de La Haye et du Guide de l'OEA, ont toute leur pertinence dans le contexte latino-américain. Il est crucial que les nations latino-américaines établissent ou précisent, d'une manière ou d'une autre, si elles autorisent l'utilisation d'une règle de droit non étatique comme loi régissant le contrat. Elles doivent également déterminer dans quels cas le droit anational peut être utilisé comme outil d'interprétation ou d'adaptation pour pallier les insuffisances du droit étatique qui s'appliquerait.

Dès lors, à notre avis, il serait utile de prévoir que ces normes non étatiques puissent être incorporées comme un ensemble de règles complétant les stipulations expresses du contrat, mais aussi comme un choix de droit international privé, limité seulement par les dispositions internationalement impératives ou lois de police des États auxquels le contrat se rattache. S'agissant de l'adaptation de la loi applicable par le biais des règles de droit

---

[3815] *Ibidem*.

[3816] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.* p. 178.

[3817] « Art. 28.4. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction ».

[3818] HCCH, Version consolidée des travaux préparatoires menant au Projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, Prel. Doc. No 1 octobre / October 2012, n° 44.

[3819] J.A. Moreno Rodríguez, « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *op. cit.* p. 171 et s.

dans un cas d'espèce, il apparaît que ce mécanisme, bien qu'utile, doit être manié avec précaution, afin de ne pas dénaturer les attentes légitimes des parties ni la prévisibilité des situations, ni, surtout, de conduire à une forme d'activisme judiciaire.

Conclusions du Chapitre

623. Pour conclure, les solutions du droit souple étudiées ont une pertinence certaine dans le contexte latino-américain à propos des questions connexes étudiées.

En conformité avec les orientations du droit souple, il est impératif de clarifier le *domaine* de la loi régissant le contrat, afin d'inclure une référence à tous les aspects du contrat, et notamment, l'interprétation, les droits et obligations qui en découlent, l'exécution et l'inexécution, la prescription et ses effets, les conséquences de l'invalidité du contrat, la charge de la preuve et les obligations précontractuelles. Cela permettrait de surmonter l'ancienne, mais actuelle dichotomie entre l'interprétation et les « effets » des contrats, qui pose des complications d'application pratique.

En ce qui concerne le *renvoi*, nous souscrivons aux propositions du Guide de l'OEA, qui préconise son exclusion du domaine des contrats commerciaux internationaux afin de garantir la sécurité juridique indispensable au commerce international. Toutefois, contrairement au Guide, nous privilégions une exclusion nuancée de ce mécanisme, à l'instar des Principes de La Haye. Cette position implique que le renvoi soit, en principe, exclu lorsque les parties ont expressément choisi la loi applicable, mais qu'il doit être accepté si les parties en ont explicitement prévu l'application. Cette possibilité découle de l'acceptation du principe d'autonomie de la volonté qui gouverne la détermination de la loi du contrat. En revanche, bien que le Guide ne soit pas explicite à ce sujet, nous estimons qu'en l'absence de choix, le maintien de l'interdiction du renvoi garantit une sécurité juridique accrue et prévient toute fragilisation des mécanismes objectifs de détermination de la loi applicable. Une telle approche, déjà adoptée en Amérique latine, favoriserait la cohérence et l'harmonisation des solutions, contribuant ainsi à établir un cadre plus prévisible et stable pour les contrats internationaux dans la région.

De plus, il est essentiel d'identifier clairement les *limites* à l'application d'une loi étrangère et à l'exercice de l'autonomie de la volonté. À cet égard, le droit souple offre des orientations utiles, notamment à travers le Guide de l'OEA qui, malgré certaines imprécisions, propose des solutions pertinentes pour l'appréciation des lois de police tant nationales qu'étrangères, domaine dans lequel la région présente actuellement une lacune normative significative. Il convient donc de préciser, conformément aux orientations du Guide, que l'application des lois étrangères ne saurait faire obstacle à celle des lois de police, qu'elles soient du for ou étrangères. Par ailleurs, il serait souhaitable de clarifier le régime des lois de police, quelle qu'en soit la provenance, afin de permettre aux juges de les appliquer dans le règlement des litiges concrets. Cette clarification devrait s'accompagner d'une définition précise et rigoureuse des lois de police afin de l'encadrer

et de la limiter, à l'instar du Règlement Rome I, à des intérêts macroscopiques et essentiels à la société dans sa globalité.

En outre, il convient de souligner la nécessité d'une réglementation spécifique pour les contrats conclus avec des *parties vulnérables*, ainsi que la nécessité d'une plus grande clarté en ce qui concerne les *contrats asymétriques*, afin d'assurer une protection adéquate et juste dans le cadre des transactions commerciales.

Enfin, en ce qui concerne le *droit non étatique*, les recommandations du droit souple, et particulièrement du Guide de l'OEA, offriront plus de clarifications sur la possibilité d'un choix du droit non étatique et favoriseront une convergence avec le régime actuel de l'arbitrage dans la région.

Conclusions du Titre

624. De cette étude en trois chapitres, il ressort que les orientations des Principes de La Haye et principalement du Guide de l'OEA offrent des pistes précieuses pour renforcer la sécurité juridique et harmoniser le droit international privé des contrats en Amérique latine.

Les chapitres précédents ont permis d'explorer les solutions proposées par le droit souple dans le contexte latino-américain des contrats internationaux, notamment sur les enjeux liés à l'application de l'autonomie de la volonté, la détermination de la loi applicable en l'absence de choix et de la mise en œuvre de cette loi.

Lors du *Chapitre I*, en conjuguant les orientations prônées par les Principes de La Haye et le Guide de l'OEA avec l'analyse critique des régimes existants, il apparaît que la consolidation d'un cadre juridique harmonisé en Amérique latine passe par la reconnaissance formelle de l'autonomie de la volonté et la clarification rigoureuse de son régime. Ce principe est déjà largement reconnu dans la région, y compris dans des pays où il n'est pas formellement inscrit dans la législation. Le droit souple apporte donc une contribution positive en offrant une reconnaissance explicite de l'autonomie des parties en matière de droit applicable.

De ce fait, en suivant les propositions du droit souple, nous avons soutenu que la liberté contractuelle des parties dans le choix de la loi applicable à leur contrat doit être pleinement intégrée au cadre juridique latino-américain. Par ailleurs, nous avons adhéré aux recommandations de ces sources en matière de régime du choix de la loi applicable. Nous partageons l'idée, tant des Principes que du Guide, que ce choix peut être exprès ou tacite, cette dernière modalité devant cependant ressortir de manière claire du contrat ou des circonstances. Nous soutenons également qu'aucun lien spécifique ne doit être exigé entre la loi choisie et les parties ou leur transaction.

Nous avons aussi souligné que les solutions du droit souple relatives à la validité formelle du choix, à la définition de la loi applicable à l'accord de choix, ainsi qu'à la séparabilité

de la clause de choix, sont indispensables, dans la mesure où ces questions demeurent traitées de façon largement insuffisante en Amérique latine.

Concernant le moment du choix et la possibilité de dépeçage, nous avons conclu que, malgré l'intérêt des solutions du droit souple, il est nécessaire d'encadrer plus strictement le moment où les parties peuvent exercer ou modifier ce choix. Pour ce faire, nous avons proposé que toute modification ou tout nouveau choix produise un effet rétroactif à la date de conclusion du contrat, sous réserve des exigences de validité formelle et des droits des tiers, en suivant le modèle uruguayen. Enfin, s'agissant du dépeçage, nous avons proposé d'autoriser la sélection de lois différentes pour des parties distinctes d'un même contrat, à condition que ces parties soient clairement identifiées afin d'éviter toute contradiction ou incohérence (comme prévu par la loi paraguayenne).

Dans le *Chapitre II*, nous avons pu analyser les solutions du droit souple pour surmonter la diversité des critères de rattachement existante en l'absence de choix de loi fait par les parties. Plus précisément, deux situations ont été analysées : la loi applicable à la forme et la loi applicable au fond des contrats.

Pour ce qui est de la *forme*, nous avons appuyé les solutions des Principes de La Haye. Nous avons constaté qu'une gamme plus étendue de lois alternativement applicables permettrait aux juges de mieux déterminer la validité du contrat. Il conviendrait donc, comme nous l'avons soutenu, d'adopter une règle reconnaissant à la loi désignée par les parties le pouvoir de gouverner la validité du contrat ainsi que les effets découlant de son éventuelle nullité, tout en prévoyant que cette disposition ne fait pas obstacle à l'intervention d'autres ordres juridiques susceptibles de garantir la validité formelle de l'acte, sans pour autant enfermer cette possibilité dans un cadre rigide et limitatif de lois. En outre, afin de garantir l'effectivité des règles impératives étrangères et favoriser la sécurité juridique, l'adoption d'une règle analogue à la recommandation 16.2 du Guide, en matière de publicité et notamment quant à la forme des contrats portant sur des droits réels, apparaîtrait opportune. Une telle disposition imposerait le respect des lois de police de l'État de situation de l'immeuble, dès lors que celles-ci s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi régissant le contrat au fond.

Concernant la loi applicable au *fond* des contrats, nous avons relevé le silence des Principes de La Haye à ce sujet, ainsi que l'approche flexible suggérée par le Guide de l'OEA, s'inspirant de la solution de la Convention de Mexico. Nous avons analysé les avantages et les inconvénients de l'adoption d'un tel système, soulignant que, bien que ce principe s'inscrive dans une quête de justice matérielle, il laisse une importante marge de manœuvre au juge, ce qui peut nuire à la sécurité juridique et à l'harmonisation des solutions. En confrontant cette analyse aux autres critères de rattachement adoptés en Amérique latine et en droit européen, notamment les solutions du Règlement Rome I, nous avons conclu que les approches flexibles — en particulier celle promue par le Guide de l'OEA — rencontrent des obstacles pratiques considérables et semblent difficilement transposables dans les ordres juridiques latino-américains. Par ailleurs, nous avons relevé que ce

principe, malgré ses qualités, peut représenter un risque sérieux pour la sécurité juridique et la prévisibilité, éléments indispensables au bon fonctionnement des relations contractuelles, et constitue par conséquent un frein à l'harmonisation juridique tant recherchée.

Nous avons ainsi soutenu qu'une solution prometteuse pourrait résider dans une approche intermédiaire, consistant à introduire un critère de rattachement objectif et prédéterminé — celui du lieu de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique — lequel serait complété par des règles déterminées *ab initio* pour différents types de contrat, et tempérés par une clause d'exception et un principe subsidiaire fondé sur le critère des liens les plus étroits. Cette méthode offrirait au juge, comme nous l'avons démontré, une marge d'ajustement limité, mais nécessaire, dans les cas où l'application de la règle de rattachement ne permettrait pas, à elle seule, de délivrer une solution adéquate.

Enfin, au *Chapitre III,* nous avons analysé les propositions du droit souple quant à des aspects liés à la mise en œuvre de la loi du contrat, plus précisément : le champ d'application de la loi applicable ; le renvoi ; les limites et conditions à l'application de la loi étrangère ; la nécessité d'apporter des clarifications relatives à la protection des parties vulnérables ; ainsi que la place que le droit non étatique doit occuper.

À ce propos, nous avons conclu qu'il est impératif, en conformité avec les orientations du droit souple, de clarifier le *champ d'application* de la loi régissant le contrat. Cette clarification doit englober tous les aspects du contrat, notamment l'interprétation, les droits et obligations qui en découlent, l'exécution et l'inexécution, la prescription et ses effets, les conséquences de l'invalidité du contrat, la charge de la preuve ainsi que les obligations précontractuelles. Une telle approche permettrait de dépasser l'ancienne — mais toujours actuelle — dichotomie entre l'interprétation et les « effets » des contrats, source de complications pratiques dans certains systèmes latino-américains.

Concernant le *renvoi*, nous avons jugé pertinent de suivre l'orientation du Guide de l'OEA, qui en exclut en principe l'application lorsque les parties ont choisi la loi applicable, tout en précisant que, malgré le silence du Guide, son recours pourrait être admis si les parties l'ont explicitement prévu. En l'absence de choix, nous soutenons le maintien de l'interdiction du renvoi afin de renforcer la sécurité juridique et la cohérence régionale.

Nous avons par ailleurs relevé que le Guide de l'OEA apporte des solutions pertinentes relatives aux *limites* de l'application des lois étrangères et à l'exercice de l'autonomie de la volonté, en particulier concernant l'appréciation des lois de police nationales et étrangères, pour lesquelles la région souffre encore d'un déficit de réglementation.

De surcroît, nous avons souligné la nécessité d'une réglementation spécifique pour les contrats conclus avec des *parties vulnérables*, ainsi que le besoin d'une plus grande clarté pour les *contrats asymétriques*, afin d'assurer une protection juste et adéquate dans le cadre des transactions commerciales.

Enfin, en ce qui concerne le *droit non étatique* et son rôle, nous avons souscrit aux recommandations du droit souple, en particulier à celles du Guide de l'OEA. Ces recommandations visent à apporter plus de précisions sur la possibilité de choisir un droit non étatique, favorisant ainsi une convergence avec le régime actuel de l'arbitrage dans la région.

En définitive, les apports du droit souple constituent une base prometteuse pour une meilleure harmonisation du droit international privé des contrats en Amérique latine. Cette harmonisation n'est pas seulement souhaitable pour le développement des échanges commerciaux internationaux dans la région, mais également essentielle pour garantir une sécurité juridique accrue aux acteurs concernés. Néanmoins, la mise en œuvre de ces solutions demeure un défi, en particulier en ce qui concerne leur interaction avec les autres sources préexistantes dans la région et les modalités pratiques d'application, ce qui nous conduits à l'étude du titre suivant.

TITRE II — LA RÉSORPTION DES CONFLITS DE SOURCES ET DES DIVERGENCES

625. L'approche du droit souple, avec les observations faites au titre précédent, bien que prometteuse par sa capacité à allier des approches modernes et adaptées à la réalité régionale, fait face à un défi majeur : sa mise en œuvre effective. La concrétisation réussie d'une approche combinant le droit formel et le droit souple nécessite des efforts concertés à plusieurs niveaux pour garantir sa pleine réalisation. Cela s'avère encore plus nécessaire lorsque les directives sont contradictoires ou que les sources de droit international privé applicables, qu'elles soient conventionnelles ou internes, font défaut. Comment concilier ces nouvelles pratiques avec un cadre légal préexistant tout en assurant la cohérence et la légitimité des décisions juridiques ? Cette problématique soulève des enjeux complexes qui nécessitent une réflexion approfondie sur les mécanismes d'adaptation et d'intégration des normes dans le corpus juridique contemporain latino-américain.

En outre, la question de la coordination ou de l'articulation de sources se pose également lorsque les États ont déjà adopté ou décident d'adopter les suggestions émises en modifiant leurs lois nationales existantes. Cette situation peut entraîner des tensions entre les normes établies dans les anciens traités internationaux en vigueur et les lois nationales plus récentes, soulignant la nécessité d'une harmonisation cohérente pour assurer un fonctionnement efficace du système juridique global.

626. Plan du Titre. Dans le paysage juridique latino-américain contemporain, l'articulation des différentes sources normatives en vigueur constitue un enjeu déterminant pour la cohérence des solutions et l'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux (Chapitre I). Cet enjeu peut toutefois être surmonté par diverses voies, selon que l'on se place du point de vue des États, ou encore des juges (Chapitre II).

CHAPITRE I — LE DÉFI ACTUEL DE L'ARTICULATION DES SOURCES

> « Aucune méthodologie n'est parfaite ; toutes sont nécessaires, et ensemble, si elles sont bien coordonnées, elles sont plus efficaces que prises isolément. »[3820]

627. De nos jours, la diversité est devenue la norme. L'interconnexion entre institutions de divers niveaux crée un système novateur, en contraste avec l'ancien modèle essentiellement basé sur le droit étatique de source interne. Comme l'a observé le professeur Ruben Santos Belandro, dans le contexte actuel, le processus de développement du droit mobilise divers acteurs, qu'ils soient infranationaux, transnationaux, publics, privés, étatiques ou non. Selon les termes du professeur uruguayen, nous faisons face à une construction juridique « avec divers modes de fonctionnement, sources et acteurs, progressant à des rythmes variés », ce qui, selon lui, engendre « un pluralisme qualifié d'asynchrone »[3821]. Cette réalité ne se présente pas sans une complexité certaine, en particulier en ce qui concerne la coordination de ces différentes sources juridiques, issues de la diversité institutionnelle existante.

Avant d'examiner comment les solutions du droit souple et celles proposées lors de la présente étude peuvent être mises en œuvre et d'explorer les voies possibles de l'harmonisation des normes relatives à la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine, il est essentiel de comprendre précisément quelle est la source de droit applicable à un cas concret. Conventions internationales, droit interne, principes généraux, règles internationales de droit matériel, *lex mercatoria* […] Les sources de droit en matière de contrats internationaux sont multiples et peuvent susciter des interrogations concernant celle à privilégier. La sélection parmi ces diverses sources juridiques est cruciale, car elle peut influencer considérablement les résultats pratiques des affaires traitées, menant à des orientations divergentes, voire contradictoires. Ainsi, afin d'éclaircir les voies envisageables pour l'harmonisation du droit des contrats internationaux en Amérique latine, il est impératif de placer chaque pièce de ce « grand puzzle » à sa juste place. Cela nous donnera une meilleure compréhension des différents chemins à emprunter. En ce sens, ce chapitre vise à analyser les interactions entre les sources étudiées afin de détecter les éventuels conflits et de proposer des solutions à ceux-ci.

[3820] E. Hernandez-Breton, « ¡¡¡Un monstruo !!! ¿Derecho (…) quéeeee… ? », *op. cit.*, p. 139 (traduction libre de l'espagnol).

[3821] *Ibid*, p. 75.

À ce jour, nous avons peu d'orientations en Amérique latine concernant la coordination des sources qui régissent le droit applicable aux contrats internationaux. De plus, au caractère généralement fragmenté et inapproprié du droit international privé de source nationale, s'ajoute la question de l'application de conventions dont les critères ne semblent pas clairement établis par l'instrument lui-même. La présence, dans ces instruments, de dispositions qui réglementent leurs domaines d'application est presque exceptionnelle et souvent imprécise, raison pour laquelle leur application pratique est problématique. Cette lacune engendre une instabilité juridique et nécessite l'identification de mécanismes clairs pour administrer de manière efficiente les éventuels conflits qui pourraient surgir entre ces diverses sources normatives.

De ce constat découle la nécessité d'une analyse approfondie de l'articulation actuelle des sources en vigueur en Amérique latine. Il s'agira, d'une part, d'examiner les conflits susceptibles de survenir entre les instruments conventionnels et les législations internes des États latino-américains (Section 1), ainsi que l'articulation et l'éventuelle concurrence entre les différentes conventions elles-mêmes (Section 2). D'autre part, une attention particulière devra être portée aux rapports qu'entretiennent ces sources avec les « sources informelles du droit » (Section 3).

Section 1 — L'articulation entre les traités et le droit interne

628. Comme nous le savons, le droit international privé latino-américain se caractérise par une pluralité de sources normatives en matière de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux. Nous avons examiné en détail ces sources, passant en revue à la fois les sources conventionnelles et internes, et analysant également les solutions qui en découlent. L'analyse du droit en vigueur en Amérique latine a révélé que la situation actuelle est la suivante : de nombreux pays conservent d'anciens traités en parallèle avec des législations de droit international privé, souvent plus récentes et mieux adaptées à la réalité existante du commerce international.

Cette configuration pourrait aussi se répandre dans d'autres pays de la région. En fait, plusieurs États envisagent de réformer leur législation interne sur cette question, une démarche qui a été d'ailleurs recommandée par le Guide de l'OEA[3822]. De plus, même pour ceux qui n'ont pas encore effectué cette avancée, une jurisprudence évolutive a été observée. Cette jurisprudence clarifie des points lacunaires, principalement en introduisant le principe de l'autonomie de la volonté dans les systèmes nationaux, postulat qui reste, par ailleurs, toujours controversé dans la majorité des conventions régionales. En raison de cette réalité plurielle et diversifiée, il peut arriver que, dans un cas concret, le juge soit confronté à un litige où il devra choisir entre appliquer la source conventionnelle, plus

[3822] V., p. ex., le cas du Brésil, où un projet de Code de droit international privé est actuellement en discussion par le Congrès.

ancienne, et son droit interne, plus récent et généralement plus adapté au commerce international contemporain. Dans de tels cas, quelle source le juge doit-il employer ?

Afin de répondre à cette question, deux thèmes requièrent une attention particulière : dans un premier temps, il est essentiel d'examiner les rapports hiérarchiques entre les conventions régionales et le droit interne (§ 1) puis, dans un second temps, de se pencher sur la problématique des réserves générales faites notamment au Code Bustamante, qui peuvent affecter de manière importante l'interaction entre ces deux sources de droit (§ 2).

§1 — Rapports hiérarchiques entre les lois internes et les traités de droit international privé en matière de contrats internationaux

629. La relation entre le droit international et le droit interne a été classiquement conceptualisée selon le critère hiérarchique, notamment par la distinction entre les doctrines moniste et dualiste, qui ont constitué le point de départ pour déterminer le statut du problème. La hiérarchisation des normes a donné lieu à une abondante production doctrinale et suscité d'importantes critiques, tant en droit constitutionnel qu'en droit international public, dont l'examen détaillé excède le cadre de la présente étude[3823]. Il convient cependant de mentionner brièvement que, dans les systèmes qui ont adopté une approche *moniste*, ces conflits sont résolus en faveur des traités. En effet, cette doctrine place les obligations découlant des traités au-dessus de leur législation. Cependant, pour les partisans de la théorie *dualiste*, une loi ultérieure peut surpasser un traité antérieur, car ce dernier doit être converti en droit interne pour être applicable. Par conséquent, les deux seront sur un pied d'égalité en termes de hiérarchie.

Comment les pays latino-américains abordent-ils cette problématique ? Cette question reste essentielle uniquement dans la mesure où un véritable conflit substantiel existe, c'est-à-dire lorsque les résultats varient significativement selon que l'on applique l'une ou l'autre source. Par conséquent, il est nécessaire de bien cerner le problème (A) avant de chercher à élaborer les réponses (B).

A. Position du problème

630. Selon la professeure Hélène Gaudemet-Tallon, un « véritable conflit » entre deux sources de droit survient lorsque celles-ci ont toutes deux une égale vocation à s'appliquer

[3823] V., en particulier, en langue française, C. Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, vol. 33, p. 19-40 ; D. Alland, « De l'ordre juridique international », *Droits*, 2002, vol. 35, p. 79-102, et ses références. V. également, dans un point de vue du droit international privé, la thèse de la professeure Lenna Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé (Étude de droit international privé de la famille)*, LGDJ, 2001.

pour régir exactement la même question tout en présentant un « contenu différent »[3824]. Par conséquent, avant d'analyser la manière dont les États latino-américains coordonnent les sources conventionnelles et internes du droit, il faut d'abord déterminer si un tel conflit existe. En d'autres termes, les législations nationales offrent-elles des solutions différentes des traités, créant ainsi un conflit effectif entre les approches proposées ?

Pour une meilleure compréhension, suivons la division adoptée par le présent travail entre les trois domaines concernant la loi applicable aux contrats internationaux : l'autonomie de la volonté (1), la loi désignée objectivement (2) et d'autres questions relatives à la loi applicable (3).

1. Les conflits substantiels et l'autonomie de la volonté

631. Comme nous l'avons observé dans la première partie du présent travail[3825], le principe de l'autonomie de la volonté continue d'être l'objet de débats en Amérique latine. Ces débats portent surtout sur les sources conventionnelles, et plus précisément les Traités de Montevideo et le Code Bustamante. Ces instruments ont adopté des conceptions anciennes, dues notamment aux idées en vogue à l'époque de leur conclusion, qui étaient hostiles à l'idée de l'autonomie de la volonté conflictuelle. Quant aux sources internes, nous avons observé qu'à ce jour, plus de la moitié des États latino-américains incluent dans leur droit une disposition explicite adoptant l'autonomie de la volonté (Argentine, Cuba, Guatemala, Mexique, Panama, Paraguay, Pérou, République dominicaine, Uruguay et Venezuela), tandis que l'autre partie (Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, El Salvador, Équateur, Honduras et Nicaragua) n'accepte pas expressément l'autonomie de la volonté de façon expresse dans leurs législations nationales, mais l'ont reconnue à travers le développement doctrinal et jurisprudentiel. Cependant, même si l'autonomie est généralement acceptée par les systèmes nationaux, il reste des lacunes considérables concernant l'étendue et la mise en œuvre de ce principe.

De ce fait, objectivement, dans l'analyse de cas concrets, l'application des Traités de Montevideo (et, dans une moindre mesure du Code Bustamante)[3826] peut conduire à l'invalidité d'un choix de la loi fait par les parties lorsque la loi applicable l'autoriserait. Ces deux solutions sont donc totalement opposées. Sur ce point, deux remarques doivent être formulées.

[3824] H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*, p. 151.

[3825] V. conclusions de la Première Parite, *supra* n° 512.

[3826] À notre avis, le Code Bustamante reconnaît l'autonomie de la volonté, bien que de manière plus restreinte. Cependant, certaines opinions divergent sur ce point. V. *supra* n° 129 et s.

Premièrement, comme on l'a bien pu observer[3827], les Traités de Montevideo et le Code Bustamante ont été interprétés de manière contradictoire, parfois en interdisant l'autonomie de la volonté et occasionnellement en l'autorisant. Ainsi, l'acceptation de l'autonomie de la volonté dans un cas concret est laissée à l'appréciation discrétionnaire des juges. Il est vrai qu'aujourd'hui, en raison de l'évolution jurisprudentielle et doctrinale observée à l'échelle nationale, les tribunaux auront tendance à admettre ce principe. Cependant, comme le montrent les textes analysés, ces instruments n'ont pas été conçus pour permettre l'autonomie de la volonté. En effet, ils n'ont pas été pensés dans la perspective contemporaine du droit des conflits de lois qui reconnaît l'autonomie de la volonté comme véritable rattachement pour la détermination de la loi applicable. Cette observation s'avère particulièrement pertinente s'agissant du Code Bustamante qui, marqué par une approche néo-statutiste, appréhende le droit international privé essentiellement comme un mécanisme de délimitation des compétences législatives étatiques[3828].

Deuxièmement, il faut souligner que, pour ce qui est spécifiquement du Traité de Montevideo de 1940, la question est partiellement résolue. En fait, le Protocole additionnel aux traités de 1940 a légitimé l'application du principe de l'autonomie de la volonté lorsque la loi applicable le reconnaît. Étant donné que ce principe est actuellement généralement accepté dans la région (et dans le monde), le juge devrait respecter un choix effectué par les parties dans leurs contrats internationaux.

En illustrant cette situation, nous pouvons mentionner le cas du Pérou, pays qui a ratifié tant le Traité de Montevideo de 1889 que le Code Bustamante. Le problème nous paraît plus évident si la version de 1889 du Traité de Montevideo est applicable. Comme nous l'avons vu, celui-ci n'offre aucune ouverture à l'autonomie de la volonté lorsqu'il n'est pas couvert par le Protocole additionnel de 1940[3829]. Par conséquent, les juges péruviens pourraient se retrouver face à une situation paradoxale. S'ils optent pour l'application de leurs propres normes de droit international privé, ils devront respecter le choix des parties tel que cela est prévu explicitement par la législation péruvienne (art. 2095 du Code civil). Cependant, cette certitude sera moins forte lorsqu'il s'agira d'appliquer le Traité de Montevideo de 1889. Et, même si les juges interprétaient ce traité de façon libérale, acceptant un tel choix, des incertitudes subsisteraient concernant sa mise en œuvre. Logiquement, puisque cet instrument n'a pas été conçu à l'origine pour prendre en compte l'autonomie conflictuelle, aucune directive n'existe pour sa mise en œuvre.

En conséquence, le Traité de Montevideo de 1889, de même que sa révision de 1940 et le Code Bustamante, demeurent silencieux quant à plusieurs aspects essentiels du choix de la loi applicable. Ces instruments ne précisent, par exemple, ni le moment auquel les parties peuvent exercer ce choix, ni les conditions qui l'encadrent ; ils n'établissent pas davantage

[3827] V. *supra*, spéc. n° 128

[3828] V. *supra*, spéc. n° 154.

[3829] V. conclusions *supra* n° 154.

l'exigence d'un lien entre la loi désignée et le contrat, ni la possibilité pour les parties de soumettre leur relation contractuelle à plusieurs lois distinctes. Inversement, la loi péruvienne (et, de façon générale, d'autres lois nationales latino-américaines) réglemente plus largement ces situations.

Si la loi péruvienne ne comporte pas beaucoup de précisions à ce sujet, la contradiction est plus flagrante dans le cas des pays qui ont récemment modifié leurs législations internes en adoptant un régime plus libéral, acceptant expressément l'autonomie de la volonté et définissant plus précisément sa portée et sa mise en œuvre (comme, p. ex., l'Uruguay, l'Argentine et le Paraguay). De ce fait, l'étendue de l'autonomie de la volonté sera laissée à l'interprétation du juge du for, ce qui pourrait mener à des décisions contradictoires. À cet égard, il importe de souligner que, bien que, de manière générale, les conventions de droit international doivent être interprétées de manière autonome et appliquées de façon uniforme en raison de leur objectif d'harmonisation, les tribunaux ont souvent tendance à les interpréter en se fondant sur leurs propres conceptions du droit interne. Ce mouvement est particulièrement visible en Amérique latine, où les conventions sont lacunaires et sujettes à confusion, et où il n'y a pas d'organe supranational pour contrôler l'interprétation et l'application de ces instruments. Par conséquent, il est probable que les juges comblent les lacunes ou interprètent les sujets obscurs des traités en fonction de leurs propres conceptions et de leurs droits internes.

En conclusion, très souvent, il y aura un véritable conflit sur le sujet de l'autonomie de la volonté entre les sources conventionnelles et internes en Amérique latine.

2. Les conflits substantiels et la loi désignée objectivement

632. La question du conflit de solutions entre les conventions et le droit interne n'a pas représenté, dans un premier temps, une difficulté majeure pour les pays d'Amérique latine. Cette situation trouve son explication dans la pratique constante des États consistant à s'abstenir de ratifier les instruments internationaux dont les solutions heurtaient leurs conceptions juridiques nationales. Toutefois, près d'un siècle après leur adoption, les évolutions doctrinales et les réformes législatives successives ont fait apparaître des divergences profondes entre ces deux ordres normatifs.

Certains États demeurent fidèles aux critères de rattachement consacrés par les traités qu'ils ont adoptés. Par exemple, le Costa Rica se réfère toujours à la loi nationale commune des parties, ou à défaut, à la loi du lieu de conclusion, conformément au Code Bustamante, adopté par le pays[3830]. De même, l'Argentine et l'Uruguay font leur le principe de la loi du lieu d'exécution pour régir les contrats, suivant l'approche des Traités de Montevideo auxquels ils sont parties[3831]. Cependant, la divergence entre les solutions conventionnelles

[3830] V. *supra* n° 381.

[3831] V. *supra* n° 366 et s.

et internes est manifeste dans la plupart des États latino-américains. Pour la majorité de ces États, les solutions diffèrent totalement selon qu'on applique la loi interne ou le traité ratifié par l'État. Par exemple, le Paraguay, après avoir ratifié les deux versions des Traités de Montevideo, a intégré dans sa nouvelle législation un rattachement flexible fondé sur le concept de liens les plus étroits[3832]. Cela diverge considérablement des solutions du système de Montevideo, qui préconisent un rattachement fixe au lieu d'exécution comme règle générale pour régir les contrats, sans admettre la souplesse.

De manière similaire, d'autres États ayant ratifié le Code Bustamante présentent des systèmes législatifs offrant des solutions divergentes par rapport au traité. Des pays tels que Cuba, le Guatemala et le Panama (tous des États parties au Code Bustamante) optent pour le lieu d'exécution comme critère de rattachement objectif pour régir les contrats (alors que le Code Bustamante favorise la loi personnelle commune et à défaut, la loi du lieu de conclusion)[3833]. Ce schéma se retrouve encore au Chili, au Salvador, en Équateur et au Nicaragua (également parties au Code), où des normes internes unilatérales désignent la loi interne pour gouverner les contrats exécutés sur le territoire national et ont été bilatéralisées par la jurisprudence[3834]. Plus proche du Code Bustamante, le Brésil privilégie la loi du lieu de conclusion du contrat, sans tenir compte de la loi personnelle commune des parties concernées[3835]. Le même constat vaut pour le Mexique, qui retient le lieu d'exécution comme critère de rattachement, par opposition au rattachement flexible adopté par la Convention de Mexico, ratifiée par ce pays[3836]. Enfin, le Pérou et la Bolivie se trouvent dans une situation assez particulière. Les droits internes de ces deux États, qui ont ratifié à la fois le Code Bustamante et le Traité de Montevideo de 1889, se rapprochent plus de ce dernier, en s'écartant du premier. Les deux États privilégient le lieu d'exécution comme facteur de rattachement objectif, comme le fait le Traité de Montevideo[3837].

De plus, même dans le cas des États ayant adopté des critères de rattachement similaires à ceux des traités auxquels ils adhèrent, l'application des diverses sources peut conduire à des résultats divergents. Par exemple, en Argentine, selon le nouveau Code civil et commercial, le juge doit chercher, pour désigner la loi applicable en l'absence de choix, la loi du lieu d'exécution, qui est désigné par les parties ou qui découle de la nature de la relation. À défaut, il doit se référer à la loi de l'État du domicile actuel du débiteur de la prestation la plus caractéristique du contrat. Une solution différente pourrait être adoptée si le juge considère que l'un des Traités de Montevideo est applicable. D'après ces traités, le lieu d'exécution doit être déterminé par un système de « présomptions absolues ». Ces dernières ont suscité beaucoup de discussions et indiquent que, selon l'objet du contrat,

[3832] V. *supra* n° 387 et s.

[3833] V. *supra* n° 365 et s.

[3834] V. *supra* n° 377 et n° 379.

[3835] V. *supra* n° 383 et s.

[3836] V. *supra* n° 375 et s.

[3837] V. *supra* n° 367 et n° 377 et s.

l'exécution peut avoir lieu au domicile du débiteur ou au lieu où se trouvent les biens concernés[3838].

En bref, l'application des différentes sources en question peut également poser un véritable conflit de solutions en ce qui concerne la loi désignée objectivement pour régir les contrats.

3. *Les conflits substantiels et d'autres questions relatives à la loi applicable*

633. Nous avons examiné plusieurs questions complémentaires relatives à la loi applicable dans le présent travail. Ces questions incluent la possibilité du choix d'un droit non étatique, le domaine de la loi et les conditions ou limitations à l'application de la loi étrangère. Si l'ordre public constitue une limite classique reconnue par l'ensemble des ordres juridiques, la question de l'application des lois de police, particulièrement celles d'origine étrangère, soulève encore d'importantes controverses[3839]. En outre, la façon de recourir à un droit non étatique, ainsi que la délimitation des matières relevant du domaine de la loi du contrat ne font pas non plus l'objet d'un consensus.

S'agissant du *droit non étatique*, il convient de souligner que, hormis la Convention de Mexico qui lui accorde une place significative, les autres instruments régionaux restent, nous l'avons vu, silencieux sur cette question, ce qui suscite des débats doctrinaux considérables[3840]. Cependant, de manière exceptionnelle dans la région, quelques législations nationales le permettent, que ce soit en tant que loi applicable (comme au Panama, au Paraguay, en Uruguay, et, avec des contestations, en République dominicaine) ou au moyen d'une incorporation au contrat (comme en Argentine)[3841]. Ainsi, lorsqu'un juge paraguayen applique sa loi interne de droit international privé, il sera en mesure d'admettre que les parties désignent un droit non étatique comme loi applicable au contrat. En revanche, s'il se fonde sur les Traités de Montevideo de 1889 ou de 1940, un tel choix ne pourra être considéré comme valable. Cette même situation se présente en Uruguay, ainsi qu'au Panama, ce dernier étant partie au Code Bustamante. Dès lors, des solutions contradictoires peuvent être retenues en fonction de la source applicable.

En ce qui concerne le *domaine* de la loi régissant les contrats, cela peut également entraîner des complications. C'est notamment le cas dans les États qui persistent à suivre, dans leurs législations internes, l'ancienne scission entre la conclusion et les effets du contrat[3842]. Cette division peut engendrer des problèmes d'interprétation et des divergences dans la résolution des litiges.

[3838] V. *supra* n° 187 et s.

[3839] V. *supra* n° 416 et s.

[3840] V. *supra* n° 246 et s.

[3841] V. *supra* n° 475 et s.

[3842] V. *supra* n° 374.

Des divergences substantielles demeurent également quant à l'application des *lois de police*, notamment étrangères, un domaine dans lequel les instruments internationaux sont rarement exhaustifs (à l'exception de la Convention de Mexico), tandis que les législations les plus récentes prévoient la possibilité pour le juge d'appliquer de telles normes. Ainsi, l'exemple de l'Argentine montre que le juge peut, en vertu du droit international privé de source interne, appliquer des lois de police étrangères, mais cette faculté n'existe pas dans le cadre des Traités de Montevideo de 1889 et 1940, en vigueur dans le pays. Cette contradiction se retrouve également au Paraguay et en Uruguay, également parties à ces Traités, tout comme en République dominicaine, liée au Code Bustamante, qui ne prévoit pas non plus une telle prérogative.

S'agissant de la *protection des parties faibles*, elle fait également défaut dans la plupart des instruments conventionnels, de sorte que ces contrats restent régis par les règles générales, alors que certaines législations, comme l'Argentine, l'Uruguay, le Panama et la République dominicaine, accordent à ces parties vulnérables un régime différencié destiné à les protéger.

En conclusion, l'application des différentes sources peut également poser des conflits substantiels en ce qui concerne ces matières liées à la mise en œuvre de la loi du contrat. En raison de ces divers conflits résultant de l'application de différentes sources en vigueur en Amérique latine, il convient de se poser la question de la source qui doit s'appliquer dans un cas donné.

B. Solutions possibles

634. Nous avons constaté que le contexte actuel des contrats internationaux en Amérique latine est propice aux conflits de solutions en fonction de la source de droit international privé appliquée, qu'elle soit conventionnelle ou interne. Il est donc essentiel d'examiner les principes généraux concernant les rapports hiérarchiques entre les lois internes et les traités. On pourra ainsi déterminer quelle source de droit doit prévaloir dans un cas spécifique, notamment si de nouvelles lois internes peuvent déroger à l'application des traités antérieurs dans les pays étudiés. À cette fin, les solutions classiques du droit des traités (1), les approches du droit international privé (2), et la position des tribunaux latino-américains sur la primauté des traités (3) sont des sujets clés à explorer.

1. Les solutions classiques du droit des traités

635. Du point de vue du droit international public, un État ne peut pas invoquer son droit interne comme justification de son défaut d'exécution d'un traité. Ce principe est soutenu par la pratique internationale et, en particulier, par l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, selon lequel les normes internationales l'emportent toujours

sur le droit interne[3843]. De plus, l'article 27 peut être aussi combiné avec un autre principe ancien du droit des traités — *pacta sunt servanda* — également mentionné par la Convention de 1969 (art. 26). Cela crée ainsi une obligation assez rigoureuse pour les États sur le plan international. Pourtant, la mise en œuvre effective de cette primauté des conventions internationales dépend largement du cadre constitutionnel de chaque État, sujet qui est relativement peu exploré en droit comparé. Ces divergences, liées à la place des traités dans la hiérarchie des normes, mettent en lumière un aspect crucial des relations entre le droit international public et le droit international privé, et soulèvent des questions fondamentales sur l'interaction entre les obligations internationales des États et leurs systèmes de droits internes.

Selon le professeur Denis Alland, l'analyse des rapports entre droit international et droit interne révèle, de prime abord, un apparent « paradoxe » : deux discours difficilement conciliables coexistent, la résolution de cette question variant substantiellement selon la perspective adoptée[3844]. L'auteur propose une métaphore topographique éclairante pour illustrer cette dualité. D'une part, la perspective « du haut de la montagne » correspond au point de vue du droit international public. Celui-ci privilégie l'effectivité et l'articulation des normes internationales au sein des systèmes juridiques internes, lesquelles ne sauraient être abandonnées aux aléas des volontés étatiques. Or, l'effectivité même du droit international, voire son existence, dépend nécessairement de sa mise en œuvre, de son application et, le plus souvent, de sa sanction par les ordres juridiques nationaux. D'autre part, la perspective « de la plaine » reflète le point de vue des ordres juridiques nationaux qui coexistent et se juxtaposent, chacun selon ses traditions propres. Bien que ces deux perspectives tendent parfois à converger, cette convergence demeure, comme le souligne l'auteur, essentiellement empirique.

636. Le principe *pacta sunt servanda*. Comme l'affirme un professeur brésilien, « Il ne fait aucun doute que les traités en vigueur doivent être respectés par les parties ; ce n'est pas un pouvoir discrétionnaire des parties, mais une obligation imposée par le système juridique international »[3845]. Le même auteur rappelle que les traités doivent être correctement appliqués, conformément aux règles prévues par le droit international à cette fin. Cette règle découle du principe *pacta sunt servanda*, qui constitue le fondement du droit des traités[3846]. Ce postulat, qui énonce les effets juridiquement contraignants des traités, est souvent présenté comme une sorte de « loi des lois », et constitue « une exigence première de l'existence et de la cohérence d'un ordre juridique international »[3847]. Le principe est affirmé par l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de

[3843] Sur le sujet, v. V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, Rio de Janeiro, Forense, 2016, Part III, Ch. 2, item 2.3.5.

[3844] D. Alland, *Manuel de droit international public*, 12e éd, Puf, 2025, p. 240 et s.

[3845] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study, op. cit*., p. 210 (traduction libre de l'anglais).

[3846] *Ibid*, p. 210-212.

[3847] P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, 16e éd. remaniée et enrichie, Paris, Dalloz, 2022, p. 338.

1969, selon lequel « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi »[3848]. La Convention de Vienne de 1969 explique également, dans le troisième considérant de son préambule, que la règle susmentionnée est universellement reconnue. Son autorité apparaît en outre dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ), ainsi que dans des traités d'une importance capitale, comme la Charte des Nations Unies de 1945 (art. 2.2)[3849].

637. Droit interne et respect des traités. L'article 27 de la Convention de 1969 dispose également que, dans un conflit matériel entre les traités et les règles du droit interne, la prééminence revient à la règle internationale[3850]. Selon cet article : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité »[3851]. La Convention de Vienne de 1969 a clairement eu pour objectif d'inscrire la suprématie de la règle de droit international sur le droit interne, et bien que les États n'aient pas été contraints d'ajuster leurs règles internes aux obligations assumées sur le plan international, il n'en reste pas moins vrai que, afin d'exécuter ces obligations de bonne foi, comme prévu à l'article 26 de la Convention, l'État partie doit faire prévaloir les traités sur leurs dispositions nationales[3852].

Selon le professeur Valerio de Oliveira Mazzuoli : « il serait même étrange que les États puissent invoquer la violation de leur propre souveraineté après avoir soumis le traité eux-mêmes et en toute liberté au Pouvoir législatif pour son examen, qui représente la volonté du Peuple »[3853]. Le professeur brésilien et ancien juge à la CIJ, Cançado Trindade a souligné que « du point de vue du droit international, il est incontestable qu'un État ne peut

[3848] Cette dernière, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, est un accord international crucial qui établit les règles régissant la formation, l'interprétation, l'application et la résiliation des traités entre États. Adoptée en vue d'unifier et de clarifier les normes applicables aux traités internationaux, cette convention est largement reconnue comme la pierre angulaire du droit des traités dans la communauté internationale. La Convention a été ratifiée par un grand nombre de pays, soit 116 à ce jour, incluant de nombreux pays latino-américains. Parmi les pays faisant l'objet de notre étude, seuls la Bolivie, le Salvador, le Nicaragua et le Venezuela ne sont pas parties à la Convention (bien que la Bolivie et le Salvador l'aient signée). Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155.

[3849] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study, op. cit*., p. 210-212.

[3850] Il convient de noter le cas très particulier prévu à l'article 46 de la Convention de Vienne, qui concerne la forme de la conclusion des traités, qui consiste en une exception à ce principe. Selon cet article : « Le fait que le consentement d'un État à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet État comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale ».

[3851] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155.

[3852] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study, op. cit*., p. 214-217 (traduction libre de l'anglais).

[3853] Selon lui : « la règle *pacta sunt servanda*, qui est le corollaire du principe de bonne foi, serait également bafouée si la violation de sa propre législation interne par l'engagement international fait par l'État lui-même était considérée comme valide ». *Ibid*, p. 216-217 (traduction libre de l'anglais).

pas se prévaloir de sa propre Constitution ou de son droit interne pour tenter de justifier le non-respect des obligations contractées grâce aux traités en vigueur »[3854].

Il est toutefois nécessaire de signaler que la Convention de Vienne sur le droit des traités, véritable pilier en la matière, régit plusieurs traités qui créent des obligations également dans le domaine du droit international privé. Cependant, cette Convention n'a été adoptée que le 22 mai 1969, bien après l'adoption des Traités de Montevideo (1889 et 1940) et du Code Bustamante (1928). Par conséquent, les traités antérieurs à son entrée en vigueur (date qui varie selon l'État) ne seraient pas, en principe, inclus dans la portée de la Convention, à l'exception des dispositions qui peuvent être considérées comme des règles du droit international coutumier (dernier paragraphe du préambule et articles 1, 3 et 4)[3855], comme le principe *pacta sunt servanda*. Toutefois, cela n'empêche pas que la valeur coutumière de cette Convention soit invoquée afin qu'elle s'applique également à l'interprétation des traités conclus antérieurement à son entrée en vigueur.

638. La Convention de La Havane de 1928 sur les traités. La prévalence du droit international sur le droit interne peut également être justifiée par la Convention de La Havane de 1928 sur les traités. Cette Convention a été conclue le 20 février 1928 à l'occasion de la Sixième conférence internationale américaine, tenue à La Havane, Cuba, et est entrée en vigueur le 29 août 1929. Huit États ont ratifié cette Convention, à savoir le Brésil, l'Équateur, Haïti, le Honduras, le Nicaragua, le Panama, le Pérou et la République dominicaine. Il convient de signaler, cependant, qu'après l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne de 1969 (dans tous les pays à l'exception du Nicaragua, qui n'est pas partie à la Convention de Vienne), la Convention de La Havane sur les traités reste toujours en vigueur, mais seulement dans la mesure où ses dispositions ne sont pas incompatibles avec la Convention de Vienne[3856].

Sur la question analysée, l'article 11 de la Convention de La Havane prévoit ce qui suit :

> « Les traités resteront en vigueur même si la constitution interne des États contractants a été modifiée. Si l'organisation de l'État devait être changée de manière à rendre impossible l'exécution des traités, en raison de la division du territoire ou pour d'autres raisons similaires, les traités seraient adaptés aux nouvelles conditions. »[3857]

[3854] A.A. Cançado Trindade, « Projeto de decreto legislativo sobre suspensão da vigência dos atos internacionais ainda não aprovados pelo Congresso Nacional: elementos para a tomada de posição do Itamaraty », *in* A.P. Cachapuz de Medeiros (org.), *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, Brasília, Senado Federal, vol. VIII (1985-1990), 2004, p. 493 (traduction libre du portugais).

[3855] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 248-249.

[3856] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study, op. cit*., p. 15.

[3857] OEA, *Convention sur les traités*, adoptée en La Havane, Cuba, le 20 février 1928, Sixième conférence internationale américaine (traduction libre de l'espagnol).

Interprétant cet article, le professeur Valerio de Oliveira Mazzuoli explique que le terme « la constitution » (en minuscules) mentionnée dans l'article 11 ci-dessus de la Convention de La Havane ne fait pas référence à la Constitution (*Magna Carta*) de l'État, mais plutôt à l'organisation ou à la forme de l'État, comme on peut le déduire de la deuxième partie de l'article 11 lui-même. Quoi qu'il en soit, il conclut « qu'il n'est pas déraisonnable de supposer que la Convention de La Havane a adopté une solution de prédominance du droit international sur le système juridique interne, en ne mettant pas fin aux effets des traités même lorsque l'organisation interne des États est modifiée »[3858].

639. Effets internes des traités : la division doctrinale. Indépendamment de la position adoptée par le droit des traités, la question des effets internes des conventions internationales a longtemps suscité de vifs débats doctrinaux quant à l'articulation entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. Cette controverse s'est traditionnellement cristallisée autour de l'opposition entre les conceptions dualiste et moniste (bien que cette dichotomie soit désormais relativisée par une partie de la doctrine contemporaine). En général, bien que la suprématie d'un traité par rapport à une loi antérieure soit largement acceptée sans difficulté majeure, la situation se complique lorsque l'on est confronté à une loi postérieure au traité qui lui est contraire. Ce dilemme, largement reconnu, soulève la question de savoir s'il convient d'appliquer la maxime *lex posterior derogat priori* ou, au contraire, de respecter le principe de primauté des traités.

La réponse dépendra de la conception de chaque État. D'une part, selon les partisans de la théorie dualiste, doctrine particulièrement prégnante chez les théoriciens allemands et italiens de la fin du XIX^{e} siècle et du début du XX^{e} siècle, une séparation stricte entre les deux ordres juridiques existe. Chacun constitue, ainsi, un ensemble autonome et sans liens avec l'autre. D'autre part, le monisme cherche à unifier ces ordres en donnant la primauté au droit international. Les partisans du monisme, comme Hans Kelsen et Georges Scelle, voient la souveraineté étatique comme un obstacle au développement du droit international, cherchant à renforcer l'efficacité des obligations internationales[3859].

L'adoption de l'une ou l'autre de ces théories emporte des conséquences diverses, notamment quant à l'intégration de la norme conventionnelle dans l'ordre juridique interne et à sa hiérarchie devant le droit interne. Le monisme implique que le droit international prévaut sur le droit interne, et que, dès leur ratification, les traités abrogent toute disposition contraire qui ne pourra être révoquée par une législation ultérieure[3860]. En revanche, le dualisme exige une procédure plus lourde, dite généralement de « réception » par l'intermédiaire de laquelle les normes conventionnelles sont « transmutées » en droit interne par une loi qui en reprend le contenu et qui est distincte de la convention. Cela a

[3858] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study, op. cit*., p. 216.

[3859] P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *op. cit.*, p. 474 et s.

[3860] Il convient de noter la complexité et les contradictions concernant la supériorité hiérarchique des traités par rapport aux constitutions nationales. Pour une analyse de la conception française sur ce sujet, v. P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *op. cit.*, p. 474 et s.

pour conséquence que la convention n'aura pas un statut de supériorité par rapport à la loi interne, mais identique à ce dernier, et partant qu'une loi interne postérieure pourra « déroger » aux traités antérieurs reçus en droit interne[3861].

640. Solutions adoptées en droit interne. Bien que chaque État demeure libre de déterminer son approche constitutionnelle en la matière, il apparaît aujourd'hui difficilement soutenable, au regard du droit international contemporain, qu'un constituant national puisse valablement écarter le principe moniste et la primauté qui s'y rattache[3862]. Par ailleurs, la distinction entre le monisme et le dualisme dans les Constitutions étatiques est parfois difficile à établir. En effet, les formulations sont souvent ambiguës quant à la position respective du droit international, notamment conventionnel, et des normes internes, constitutionnelles et législatives.

En Amérique latine, de nombreux pays présentent des textes constitutionnels silencieux ou ambigus. Par exemple, au Brésil, bien qu'une compréhension purement moniste ne se déduise pas clairement du texte constitutionnel (« Article 5 — § 2 — Les droits et garanties expressément énoncés dans cette Constitution n'excluent pas les autres découlant du régime et des principes qu'elle adopte, ni des traités internationaux auxquels la République fédérative du Brésil est partie »[3863]), elle n'a pas encore été reconnue par les décisions de la Cour suprême fédérale. La doctrine, toutefois, reconnaît comme une « vérité indéniable » le statut « supra-légal » des traités en général[3864]. Une telle affirmation se fonde sur une interprétation extensive de la législation brésilienne, et notamment de l'article 5, § 3 de la Constitution, selon lequel les traités relatifs aux droits de l'homme accèdent au rang de règles constitutionnelles sous certaines conditions[3865].

D'autres pays ont suivi cette approche en affirmant la « primauté » des traités de droit international privé par rapport aux lois, tout en réservant la « suprématie » des normes constitutionnelles, à l'exception, en général, des traités portant sur les droits de

---

[3861] V. P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *op. cit.*, p. 474 et s.

[3862] V. *Ibid*, p. 475 ; v. aussi, V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study, op. cit*., p. 217 et s. ; en outre, il convient de noter que la Cour internationale de Justice a confirmé ce principe fondamental de primauté du droit international par rapport au droit interne. V., p. ex., l'affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis, 2001) et l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis, 2004).

[3863] « Art. 5, § 2 — Les droits et garanties expressément énoncés dans cette Constitution n'excluent pas les autres découlant du régime et des principes qu'elle adopte, ni des traités internationaux auxquels la République fédérative du Brésil est partie ; § 3 Les traités et conventions internationaux relatifs aux droits de l'homme qui sont approuvés, dans chaque Chambre du Congrès national, en deux tours de scrutin, par trois cinquièmes des voix des membres respectifs, auront la même valeur que les amendements constitutionnels. » (Traduction libre du portugais). Pour une analyse détaillée sur ce sujet, v. V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties : a comprehensive study, op. cit*., p. 231-232.

[3864] V. *Ibid*, p. 231-233 (traduction libre de l'anglais).

[3865] En outre, il convient de mentionner que, au Brésil, à la différence d'autres traités internationaux, les traités internationaux protégeant les droits de l'homme sont considérés comme des « traités spéciaux », car ils acquirent expressément une hiérarchie des *règles constitutionnelles*, conformément aux dispositions de l'art. 5, § 3, ce dernier introduit par l'Amendement constitutionnel n° 45/2004. Pour une analyse détaillée, v. V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties : a comprehensive study, op. cit*., p. 231-232.

l'homme[3866]. Cela est le cas, par exemple, de l'Argentine. La Constitution argentine est plus explicite que son homologue brésilienne, et prévoit expressément que les traités ont un rang supérieur aux lois et que certains, relatifs aux droits de l'homme, bénéficient d'un rang constitutionnel (art. 75, alinéa 22)[3867]. De même, le Paraguay, pays où le conflit semble le plus patent en raison de divergences considérables entre le droit interne actuel et les anciens traités conclus, a également conféré explicitement dans sa Constitution un rang supérieur aux traités, sans faire, cependant, de distinction en ce qui concerne les traités relatifs aux droits de l'homme (arts. 137 et 141)[3868].

Inversement, certains États semblent adopter une vision dualiste dans leurs textes constitutionnels, en plaçant les traités à un même niveau hiérarchique que les lois internes, comme cela s'observe, par exemple, au Pérou (« Les traités conclus par l'État et en vigueur font partie du droit national » — art. 55 de la Constitution[3869]), et ne les rendant pas d'application directe, comme c'est le cas du Costa Rica (art. 5 du Code civil[3870]).

Au Pérou, malgré le texte de l'article 55 de la Constitution, la majorité de la doctrine considère que les traités relatifs aux droits de l'homme ont une valeur équivalente à celle de la Constitution. Cela est possible en vertu de l'article 3 de la Constitution

[3866] En utilisant ces termes, v. M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, 1re éd., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2018.

[3867] Cet article a été intégré dans le système juridique argentin par la réforme constitutionnelle de 1994. Néanmoins, dès 1992, avec l'affaire « Ekmekdjian », la Cour suprême argentine a mis fin au débat doctrinal en renversant sa jurisprudence antérieure qui ne reconnaissait pas la primauté des traités sur la législation interne et, que, pourtant, admettait qu'une loi ultérieure puisse modifier un traité antérieur (affaire « Martín & Cía. » de la CSJN du 6 novembre 1963). Sur ce sujet, v. M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 30 et s. Les articles mentionnés disposent le suivant : « Art. 31 — Cette Constitution, les lois de la Nation qui en découlent édictées par le Congrès et les traités avec les puissances étrangères sont la loi suprême de la Nation ; et les autorités de chaque province sont tenues de s'y conformer, en dépit de toute disposition contraire des lois ou des constitutions provinciales, sauf pour la province de Buenos Aires, les traités ratifiés après le Pacte du 11 novembre 1859. » ; « Art. 75 — Il appartient au Congrès : […] 22. Approuver ou rejeter les traités conclus avec les autres nations et les organisations internationales ainsi que les concordats avec le Saint-Siège. Les traités et concordats ont une hiérarchie supérieure aux lois […] ». Cf. Argentine, Loi nº 24 430 du 15 décembre 1994, *Constitution de la Nation Argentine*, 3 janvier 1995 (traduction libre de l'espagnol).

[3868] « Art. 137 — De la suprématie de la Constitution. La loi suprême de la République est la Constitution. Celle-ci, les traités, les accords et les conventions internationaux approuvés et ratifiés, les lois édictées par le Congrès et d'autres dispositions juridiques de moindre hiérarchie, sanctionnées en conséquence, constituent le droit positif national dans l'ordre de prééminence énoncé. » ; Art. 141 — Des traités internationaux. Les traités internationaux validement conclus, approuvés par loi du Congrès et dont les instruments de ratification ont été échangés ou déposés, font partie de l'ordre juridique interne avec la hiérarchie déterminée par l'article 137 ». Cf. Paraguay, Constitution de la République du Paraguay du 20 juin 1992.

[3869] Cf. Pérou, Constitution politique du Pérou de 1993 (traduction libre de l'espagnol). Original en espagnol : « Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional ».

[3870] « Art. 5 — Les normes juridiques contenues dans les traités et accords internationaux ne seront pas directement applicables au Costa Rica tant qu'ils n'auront pas été intégrés à l'ordre interne par leur approbation par l'Assemblée législative et leur publication intégrale dans le journal officiel "La Gaceta". ». Costa Rica, Loi n° 63, *Code civil*, 28 septembre 1887 (traduction libre de l'espagnol).

péruvienne[3871], qui énonce que les droits établis par la Constitution ne s'opposent pas à d'autres droits similaires ou fondés sur la dignité de l'être humain ou sur les principes de la souveraineté. Cela est similaire à la situation au Brésil et en Argentine. En ce qui concerne les autres conventions internationales, la plupart des juristes constitutionnalistes ont conclu que, bien que l'article 55 de la Constitution péruvienne énonce qu'ils sont sur un pied d'égalité avec la législation nationale, lorsqu'une loi postérieure entre en conflit avec une convention antérieure (comme c'est le cas du Code civil de 1984 par rapport aux Traités de Montevideo de 1889 et le Code Bustamante de 1928, ratifiés par le Pérou), c'est la norme conventionnelle qui doit primer. Selon le professeur péruvien Rubio Correa, « il faudrait alors donner la priorité au traité, car il représente un engagement envers des puissances étrangères ou des organismes internationaux et la parole donnée dans ce domaine doit être respectée », position qui est de plus « appuyée par la Convention de Vienne, un instrument international majeur en la matière »[3872]. Ainsi, conformément à cette doctrine, le Code civil péruvien ne saurait déroger aux Traités de Montevideo ni au Code Bustamante au seul motif qu'il leur est postérieur.

En outre, bien que les législations des autres États étudiés ne contiennent pas des indications sur ce sujet, quelques dispositions spécifiques relatives aux traités de droit international privé peuvent être identifiées.

2. Les solutions du droit international privé

641. En Amérique latine, certains traités de droit international privé, ainsi que les législations internes, ont tenté de préciser la relation entre le droit interne et le droit international. C'est notamment le cas de la Convention interaméricaine sur les normes générales du droit international privé de 1979 et des lois internes de certains États latino-américains, comme l'Argentine, le Panama, le Pérou, la République dominicaine, l'Uruguay et le Venezuela.

(a) Le critère hiérarchique des sources

642. La primauté hiérarchique des conventions de droit international privé en droit conventionnel. Dans le cadre propre aux traités de droit international privé, les pays latino-américains ont également résolu les conflits entre une loi interne et une convention internationale en reconnaissant la primauté de la convention internationale sur la loi interne. Cette « supériorité » ou plutôt « primauté » des traités a été expressément acceptée

[3871] « Art. 3 — L'énumération des droits établis dans le présent chapitre n'exclut pas les autres droits garantis par la Constitution, ni ceux de nature similaire ou fondés sur la dignité de l'homme ou sur les principes de la souveraineté du peuple, de l'État de droit démocratique et de la forme républicaine du gouvernement ». Pérou, Constitution politique du Pérou de 1993 (traduction libre de l'espagnol).

[3872] M. Rubio Correa, *Estudio de la Constitucion Politica de 1993*, 1re éd., Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 162-164 (traduction libre de l'espagnol).

par la *Convention interaméricaine sur les normes générales du droit international privé*, adoptée à Montevideo le 5 août 1979 lors de la CIDIP-II, entrée en vigueur le 6 octobre 1981 et ratifiée par l'Argentine, le Brésil, la Colombie, l'Équateur, le Guatemala, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela[3873].

La primauté des traités de droit international privé par rapport à la loi interne a été prévue par l'article 1 de la Convention interaméricaine, qui établit ce qui suit :

> « La détermination de la norme juridique applicable pour régir les situations liées au droit étranger sera soumise aux dispositions de la présente Convention et des autres conventions internationales conclues ou qui seront conclues à l'avenir, soit de manière bilatérale, soit de manière multilatérale, par les États parties.
>
> À défaut de norme internationale, les États parties appliqueront les règles de conflit de leur droit interne. »[3874]

En conséquence, en vertu de l'article 1er de la Convention interaméricaine sur les normes générales du droit international privé, les conventions et les traités doivent toujours primer sur les droits internes. Ce n'est que dans le cas où il n'existe aucune règle internationale spécifique pour régir la situation qu'il faut se référer aux règles de conflit de lois prévues par le droit interne pour déterminer le droit matériel applicable[3875].

La nécessité d'inclure cet article dans la Convention a été largement débattue lors du processus de rédaction. D'une part, certains ont affirmé que le contenu de la règle était évident et qu'aucun traitement explicite n'était nécessaire. D'autre part, il a été soutenu que son inclusion était pertinente dans une convention sur les traités internationaux, mais pas dans celle en discussion. Néanmoins, l'opinion dominante était que son inclusion était justifiée, car elle contenait un précepte directeur approprié, utile pour les non-spécialistes du droit international privé[3876]. Selon la professeure Tatiana B. de Maekelt, cette disposition a une importance bien plus étendue, car elle tend à assurer l'application uniforme du droit international privé dans l'hémisphère en proclamant la primauté des conventions internationales sur le droit interne. Selon la professeure vénézuélienne, cela « est conforme aux tendances actuelles du droit international qui ont conduit à l'abandon partiel de la conception dualiste selon laquelle l'application du droit interne résulte directement de la souveraineté de l'État, ce qui ne permet pas la soumission du droit

---

[3873] D'autres pays l'ont signée, mais pas ratifiée, à savoir : la Bolivie, le Chili, le Costa Rica, le Salvador, Haïti, Honduras, le Panama et la République dominicaine. V. Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, CIDIP II, Montevideo, 8 mai 1979.

[3874] Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé, CIDIP II, Montevideo, 8 mai 1979 (traduction libre de l'espagnol).

[3875] Pour une analyse complète des implications de cet article, v. R.B. Santos Belandro, *Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado y su influencia sobre el Derecho regional*, 1re éd., Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

[3876] T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.*, p. 308.

national aux dispositions des conventions internationales »[3877]. Selon l'auteure, l'article 1 exprime le principe moniste et réaffirme la règle « le général déroge au particulier » (*generi per speciem derogatur*), puisque les conventions internationales constituent des lois spéciales d'application préférentielle[3878].

En ce qui concerne son champ d'application, bien que le texte de la Convention interaméricaine sur les normes générales du droit international privé ne fournisse pas de directives explicites, une partie de la doctrine a considéré que cette convention s'appliquerait universellement, c'est-à-dire à l'ensemble de la communauté juridique, sans condition de réciprocité. En d'autres termes, la Convention serait considérée comme un cadre général applicable dès qu'un juge d'un État partie est compétent. Elle s'appliquerait, ainsi, même aux relations privées liant un État partie et un État tiers. Comme l'a expliqué le professeur argentin Goldschmidt : « elle s'applique à tous les cas, qu'ils proviennent ou non de pays participants avant la Convention générale et qu'ils entrent ou non dans l'une des Conventions de la CIDIP, à condition que le pays dans lequel le litige est porté participe à la Convention générale ». Cette Convention, selon lui, « correspond à la conviction des pays participants qui ont adopté la Convention générale, convaincus qu'elle contenait des normes de validité universelle »[3879]. Une telle application a été soutenue par la doctrine[3880], et même confirmée par la jurisprudence[3881], malgré l'existence d'une décision en sens contraire au Mexique[3882].

[3877] *Ibid*, p. 308-309 (traduction libre de l'anglais).

[3878] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[3879] Cf. W. Goldschmidt, « Normes générales de la CIDIP II, Vers une théorie générale du droit international privé interaméricain », *Annuaire Juridique Interaméricain*, Secrétariat général de l'OEA, Washington DC, 1980, p. 151, cité par R.B. Santos Belandro*, Derecho Comercial Internacional*, *op. cit*., p. 33, note de bas de page n° 40 (traduction libre de l'espagnol).

[3880] Soutiennent l'application universelle de la Convention, les auteurs argentins W. Goldschmidt et E. L. Fermé. Sur ce sujet, v. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, note de bas de page n° 91 ; pour une analyse des différentes doctrines analysant cet article, v. R.B. Santos Belandro*, Derecho Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 18.

[3881] Dans un jugement rendu le 23 décembre 1993 par une juridiction nationale de première instance en Argentine, l'application universelle de la Convention interaméricaine a été affirmée concernant l'application d'office du droit étranger. L'affaire portait sur la responsabilité solidaire des associés d'une société constituée en Uruguay, exerçant des activités en Argentine, qui avaient conclu un contrat de prêt international avec une banque en Suisse. Pour résoudre cette question, le juge a décidé d'appliquer d'office le droit étranger en vertu de la Convention interaméricaine, affirmant ainsi son caractère universel. Selon la Cour : « Cette Convention doit être appliquée même à l'égard des pays non-signataires, car elle est considérée comme universelle et prévaut sur l'article 13 du Code civil. » Argentine, Juz. Nac. Com. 4, Secretaría 8, Buenos Aires, *Mayer y Cie. c. Ciepsa. 1 º instancia*, 23 décembre 1993 (traduction libre de l'espagnol).

[3882] Dans un arrêt de la Première Chambre de la Cour suprême de justice mexicaine, daté du 28 octobre 2020, concernant l'exécution d'une sentence rendue aux États-Unis, la Cour suprême se considère incompétente pour analyser la question de l'applicabilité desdites Conventions. En l'espèce, l'arrêt révèle que le tribunal d'*amparo* avait refusé d'appliquer, entre autres conventions interaméricaines, la Convention interaméricaine sur les normes générales du droit international privé lors de l'exécution d'une sentence étrangère rendue aux États-Unis, en raison du fait que ce pays ne soit pas signataire desdites Conventions. Le tribunal a invoqué le principe *pacta tertiis nec nocent prosunt*, signifiant que le traité ne lie pas les tiers et, par conséquent, les Conventions ne devaient pas être appliquées pour la reconnaissance sollicitée. V. Mexique, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en revisión 286/2020, 28 octobre 2020.

643. La primauté hiérarchique des conventions de droit international privé en droit interne. Dans certaines législations nationales, les systèmes juridiques prévoient explicitement que les traités de droit international privé ont un rang supérieur par rapport aux lois internes. Cela est le cas, par exemple, en Allemagne, où l'article 3 de la loi introductive au Code civil détermine expressément que les règles de droit international privé internes sont d'application subsidiaire, et ne sont pas applicables lorsque la matière est régie par des règles de l'Union européenne immédiatement applicables ou par des traités internationaux directement applicables en Allemagne[3883].

En Amérique latine, on observe la présence de dispositions semblables à l'allemande, bien que la plupart des normes en droit international privé demeurent lacunaires à cet égard. C'est le cas, par exemple, de l'Argentine, où le Code civil et commercial prévoit à l'article 2594 que « Les normes juridiques applicables aux situations liées à plusieurs ordres juridiques nationaux sont déterminées par les traités et les conventions internationales en vigueur applicables au cas, et à défaut de normes issues de sources internationales, les règles du droit international privé argentin de source interne s'appliquent »[3884]. D'autres législations prévoient de normes similaires, comme celles du Panama[3885], du Pérou[3886], de la République dominicaine[3887], de l'Uruguay[3888] et du Venezuela[3889].

[3883] Art. 3 de la loi introductive au Code civil allemand (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* - EGBGB). V. (en anglais), Introductory Act to the Civil Code in the version promulgated on 21 September 1994, Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt*] I p. 2494, last amended by Article 2 of the Act of 25 June 2021 (Federal Law Gazette I p. 2133); Article 240 last amended by Article 10 of the Act of 22 December 2020 (Federal Law Gazette I, p. 3328), en ligne https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html (consulté le 7 octobre 2025).

[3884] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[3885] « Art. 1 — Le Code de droit international privé s'appliquera en l'absence de traité international régissant la matière ». Cf. Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

[3886] « Art. 2047 — Normes applicables : Le droit applicable pour régir les relations juridiques liées à des ordres juridiques étrangers est déterminé conformément aux traités internationaux ratifiés par le Pérou qui sont pertinents et, en leur absence, conformément aux règles du présent livre. En outre, les principes et critères consacrés par la doctrine du Droit International Privé sont applicables de manière supplétive. ». Cf. Pérou, Décret législatif n° 295, *Code civil*, 24 juillet 1984 (traduction libre de l'espagnol).

[3887] « Art. 3 — Application des traités internationaux. Les dispositions de la présente loi s'appliqueront dans la mesure où elles sont conformes aux traités internationaux auxquels la République dominicaine est partie. Paragraphe I. En cas de contradictions entre l'application de la présente loi et les traités internationaux, les dispositions des traités prévaudront ; Paragraphe II. Dans l'interprétation des traités internationaux, leur caractère international et l'exigence d'une application uniforme seront pris en compte ». Cf. République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

[3888] « Art. 1 (Normes nationales et conventions de droit international privé) — Les relations se référant à des situations liées à plusieurs ordres juridiques seront régies par les conventions internationales et, à défaut de celles-ci, par les règles de la présente loi et les autres règles de droit international privé de source nationale ». Cf. Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[3889] « Art. 1 — Les hypothèses de fait liées aux ordres juridiques étrangers seront régies par les règles de Droit International Public sur la question, en particulier celles établies dans les traités internationaux en vigueur au Venezuela ; à défaut de celles-ci, les règles de Droit International Privé vénézuélien s'appliqueront : à leur défaut,

Le droit vénézuélien présente une rédaction particulière qui le distingue des autres législations latino-américaines sur le sujet. En vertu de l'article 1 de la Loi sur le droit international privé vénézuélien, les « situations de fait liées à des systèmes juridiques étrangers » seront régies par les « règles de Droit international public sur la question », et en « particulier par celles établies dans les traités internationaux en vigueur au Venezuela »[3890]. Et, toujours selon cet article, c'est seulement à défaut de règles de droit international public que les règles de droit international privé vénézuélien s'appliqueront. L'article ajoute encore qu'à défaut de ces dernières, « l'analogie sera utilisée et, enfin, ils [les circonstances de fait liées à des systèmes juridiques étrangers] seront régis par les principes de Droit international privé généralement acceptés »[3891]. Cet article met ainsi en œuvre des méthodologies alternatives à la résolution du conflit de sources. Il privilégie les règles de droit public par rapport à celles de droit international privé, et il applique de façon subsidiaire des normes de droit souple, comme l'analogie et les principes de droit international privé.

En Uruguay, bien que l'article 1 de la Loi générale de 2020 consacre la primauté des conventions internationales sur la législation interne, la doctrine souligne la nécessité d'examiner les mécanismes éventuels de révision dans les domaines où cette loi a introduit une modification réelle et incontestable de certaines solutions antérieures, afin de tendre vers un système normatif cohérent et unifié[3892].

(b) La place du critère hiérarchique dans le droit postmoderne

644. Le « dialogue des sources ». Il est à noter qu'une partie de la doctrine critique cette approche hiérarchique des différentes catégories de sources, faisant recours à une théorie de la « convergence », qui consiste à souligner les rapprochements substantiels entre le droit international public et les droits internes[3893]. En France, le critère hiérarchique

---

l'analogie sera utilisée et, enfin, elles seront régies par les principes de Droit International Privé généralement acceptés ». Cf. Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

[3890] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[3891] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[3892] D. Opertti Badán, « Primera lectura de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay a cargo del Profesor Emérito de Derecho Internacional Privado Dr Didier Opertti Badán en el aula 'Tatiana Maekelt', Caracas, 3 de diciembre de 2020 », *op. cit.*, p. 558. En soutenant, en revanche, l'application prioritaire des traités, v. G.A. Lorenzo Idiarte, « Las fuentes del derecho internacional privado », *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, vol. 10, 2018, p. 323-347, p. 330, pour qui : « Qu'il s'agisse du caractère supérieur des traités en raison du principe moniste international (De Maekelt, 2002 : 775 ; Santos, 2015 : 23 ; Tálice, 2016 : 111), ou bien parce qu'il s'agit de la norme spéciale, compétente en raison de son champ d'application spécifique par rapport aux normes autonomes, qui seraient normes les générales (Parra Aranguren apud Tálice, 2016 : 111 ; Opperti apud Fresnedo, 2001 : 180, qui partage cette position). Ce qui est certain, c'est que s'il existe un traité en vigueur, celui-ci sera appliqué et qu'en l'absence de traités, c'est la norme de conflit interne qui s'appliquera. » (Traduction libre de l'espagnol).

[3893] D. Alland, *op. cit.*, p. 246.

des sources a été également critiqué par la doctrine en raison notamment de son manque de clarté et de son inadaptation aux objectifs spécifiques du droit international privé[3894]. Comme l'a constaté la professeure Lena Gannagé : « Rien de plus fuyant et de plus incertain que cette hiérarchie des normes qui reflète la crise profonde que connaît la théorie des sources du droit, et dont les contours varient au surplus d'un ordre juridique à l'autre »[3895].

En Allemagne, en promouvant une méthode de solution de conflits de sources jugée « plus adaptée » à la réalité actuelle du droit international privé moderne ou « postmoderne », le professeur Erik Jayme propose une « coordination » des plusieurs sources en conflit[3896]. Le professeur d'Heidelberg expose sa vision du « droit international privé postmoderne »[3897], notamment dans son cours général de droit international privé prononcé à l'Académie de droit international de La Haye en 1995, intitulé « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne ». Selon le professeur Jayme, dans le droit international postmoderne, une seconde solution serait envisageable — et même préférable —, qui chercherait à « coordonner les sources » et non à exclure l'une ou l'autre. Selon lui :

> « La solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux : toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement ; elles "parlent" l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent. »[3898]

Cette interaction entre sources normatives de nature diverse constitue le fondement permettant d'identifier, au sein du droit international privé postmoderne, la véritable *ratio legis* de l'ensemble des dispositions visant la protection de la personne humaine et des sujets les plus vulnérables[3899]. Ce « dialogue » normatif met en lumière la cohérence

---

[3894] V. H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*, p. 123-124.

[3895] L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé* (Étude de droit international privé de la famille), LGDJ, 2001, n° 5.

[3896] E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.*, p. 246 et s., spéc. p. 246-247. D'autres auteurs se sont également référés au droit international privé « postmoderne ». V. En particulier, S.A. Sanchez Lorenzo, « Postmodernismo y Derecho Internacional Privado », *Revista Espanola de Derecho Internacional*, vol. 46, n° 2, 1994, p. 557-586 ; et L. Brilmayer, « Post-Modernism in American Choice of Law », *Liber Memorialis François Laurent*, 1810-1887, 1989, p. 695-705.

[3897] Affirmant que le droit fait partie intégrante de la culture, le professeur Jayme souligne l'émergence de deux tendances opposées : d'une part, la volonté d'intégration économique, et d'autre part, la reconnaissance de l'identité culturelle de la personne. Dans ce contexte, bien que le droit international conserve sa structure traditionnelle, il s'ouvre simultanément à l'émergence de nouvelles questions de droit substantiel, ayant pour centre la personne humaine. Ces nouvelles valeurs du « droit international postmoderne », qui reflètent également les caractéristiques de la culture postmoderne, sont, selon le professeur allemand, au nombre de quatre : le pluralisme, la communication, la narration, et le retour des sentiments. V. E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.*, p. 246 et s., spéc. p. 246-247.

[3898] V. *Ibid,* p. 258.

[3899] V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 77.

axiologique qui sous-tend le système contemporain de règles de conflit, désormais orienté vers la sauvegarde effective des droits fondamentaux.

Cette logique protectrice trouve une illustration particulièrement significative dans l'application du principe de la loi la plus favorable lorsqu'un traité international entre en concurrence avec une loi interne. Comme l'explique le professeur Jayme, « Le traité cède la place à la loi nationale la plus favorable malgré le fait que, selon les règles générales, l'on devrait accorder préférence au traité soit parce qu'il s'agit d'une source internationale, soit parce qu'il contient des règles spéciales qui dérogent au système général interne »[3900]. Cette dérogation au principe classique de la hiérarchie des normes témoigne de la primauté accordée à l'objectif de protection sur les considérations formelles de rang normatif.

La théorie du professeur allemand a rencontré un vif succès en Amérique latine, plus spécifiquement au Brésil, où il a reçu le nom de « dialogue des sources » (*diálogo das fontes*), notamment par les travaux de la professeure Claudia Lima Marques[3901]. La théorie du « dialogue » de sources a été largement adoptée par la doctrine juridique ainsi que par les instances judiciaires, non seulement brésiliennes, mais également argentines, en particulier lorsqu'elles doivent décider des questions touchant la protection des consommateurs[3902].

Au Brésil, la jurisprudence du Tribunal suprême fédéral s'est également saisie de cette problématique en droit interne, comme en témoigne la célèbre décision ADIn n° 2 591 (*ADIn des banques*) rendue en 2006[3903]. Dans cet arrêt, la Cour suprême, en analysant les rapports entre le Code de la protection du consommateur et le Code civil brésilien, a reconnu — en s'appuyant sur la théorie du « dialogue » des sources, la constitutionnalité de l'application du Code de protection du consommateur brésilien aux opérations bancaires. Cette approche théorique a par la suite été étendue par la doctrine à d'autres domaines du droit, comme pour le règlement des différends au sein de l'Organisation

[3900] E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.*, p. 83.

[3901] V., en particulier, C. Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor* : o novo regime das relações contratuais, *op. cit.*, p. 663 et s. ; C. Lima Marques (dir.), *Diálogo das fontes : do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, São Paulo, SP, Brasil, Editora Revista dos Tribunais, 2e tiragem, 2014. V. aussi, V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado, op. cit.*, p. 76 ; et V. de Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

[3902] V., en particulier, V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 76-78 ; C. Lima Marques, « O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme », *in* C. Lima Marques (dir.), *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2e éd., 2014, p. 17-66 ; sur l'application spécifique de cette doctrine par les tribunaux, v. A. H. Benjamin, C. Lima Marques, « A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme », *Revista dos Tribunais, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo*, 2018, vol. 27, nº 115, p. 21-40.

[3903] Brésil, STF, ADIn n° 2 591, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 4 mai 2006.

mondiale du commerce[3904], ou encore en droit international des droits de l'homme[3905]. Cette doctrine a été constamment appliquée par les juridictions supérieures brésiliennes en matière de droit du travail, bien que le « dialogue » des sources n'y soit pas toujours explicitement mentionné[3906].

Selon la doctrine brésilienne, le droit international privé postmoderne invite à une nouvelle réflexion sur le rôle des sources du droit aujourd'hui, « capable de rejeter l'exclusion pour favoriser la coexistence, en abandonnant l'intransigeance pour accepter le dialogue »[3907]. Cette approche, recherche, ainsi, une *efficacité fonctionnelle* dans le cadre d'un système pluriel et complexe de droit en vigueur, afin d'éviter toute antinomie et incompatibilité[3908].

Le « dialogue » entre sources hétérogènes — internationales et internes — révèle donc la finalité poursuivie par les normes en présence et met en lumière, de manière cohérente, leurs points de convergence. Plutôt que de privilégier l'une ou l'autre norme selon les méthodes classiques de résolution des antinomies, l'interprète procède à une application simultanée de l'ensemble des dispositions pertinentes, restaurant ainsi la cohérence exigée tant par l'ordre international que par l'ordre interne, dans une perspective systématique respectueuse de l'unité du droit[3909]. Cette démarche s'inscrit dans la lignée de la pensée d'Erik Jayme, pour qui « L'idée de l'unité du système juridique ne tend pas seulement à éviter les contradictions, mais cherche également à maintenir une certaine cohérence de sens (*Sinnzusammenhang*) de l'ordre juridique. L'on cherche de plus à éviter les conflits de valeurs »[3910].

Le professeur Mazzuoli distingue deux types de « dialogues » entre le droit international et le droit interne : les dialogues horizontaux et verticaux. Les dialogues horizontaux se subdivisent, selon lui, en dialogue de « complémentarité », lorsque les normes internationales et internes répètent les mêmes commandements, et dialogue d'« intégration », lorsque le droit international comble les lacunes du droit interne. Ces

---

[3904] A. do Amaral Júnior, *A solução de controvérsias na OMC*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 238-242. Dans ses mots : « La doctrine la plus récente ne cache pas l'intention de rechercher l'harmonie entre les normes, solution préférée à la simple exclusion de l'une d'elles par les critères traditionnels de résolution d'antinomies. Il s'agit donc de la "cohérence dérivée ou restaurée", nécessaire à l'efficacité fonctionnelle du système pluriel et complexe de nos jours. Erik Jayme ne renonce pas au travail séculaire des juristes pour résoudre les antinomies, mais suggère une seconde méthode, la coordination des sources, qui doit coexister avec les solutions traditionnelles. » (*Ibid*, p. 239, traduction libre du portugais).

[3905] Selon le professeur Valerio de Oliveira Mazzuoli, « le dialogue entre les sources permet de briser les barrières qui empêchent de rendre justice dans le cas concret, offrant au juge la possibilité d'appliquer la règle qui, dans le cas d'espèce, protège le mieux les droits de la personne humaine (principe international *pro homine*) et de juger de la manière qui lui paraît la plus adéquate »V. de Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo, SP, Editora Saraiva, 2010, p. 150.

[3906] V. *supra* n° 244.

[3907] V. de Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, *op. cit.*, p. 135.

[3908] *Ibid*, p. 136.

[3909] *Ibid*, p. 144.

[3910] E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.*, p. 129.

deux formes de dialogue ne soulèvent pas de difficulté particulière : le premier assure la coordination entre normes de sources différentes lorsque leurs contenus convergent ; le second permet de pallier les lacunes du droit interne par le recours à des sources internationales. Les dialogues verticaux, plus directs et problématiques, visent à résoudre les antinomies et comprennent le dialogue d'« insertion », quand la norme internationale consacre un droit non expressément prévu dans le droit interne, et le dialogue de « transigeance », quand la norme internationale entre en conflit frontal avec une disposition du droit interne, y compris constitutionnelle. Selon le professeur brésilien, dans tous les cas, la solution des conflits doit privilégier la coordination entre les sources plutôt que leur opposition, reflétant ainsi le pluralisme juridique postmoderne caractérisé par la multiplicité des sources de droit. De ce fait, le premier, le dialogue d'« insertion », permet d'ajouter au droit interne (et au bloc « constitutionnel ») des droits non expressément prévus par la Constitution grâce aux traités internationaux. Le second, le dialogue de « transigeance », qui résout les conflits lorsqu'un traité consacre un droit que la Constitution interdit, établit des concessions réciproques où chaque ordre juridique cède à l'autre selon le principe de la protection la plus favorable à l'individu[3911].

En pratique, cette exigence impose au juge une obligation constante de recherche de cohérence normative, exercice qui s'avère particulièrement délicat lorsqu'il s'agit d'articuler les instruments conventionnels régionaux avec le droit interne des États en matière de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux. Cette difficulté se manifeste avec une acuité particulière dans le contexte latino-américain, où coexistent plusieurs instruments conventionnels d'époques et de philosophies juridiques distinctes. Ces tensions se manifestent notamment lorsque les traités consacrent des rattachements différents de ceux prévus par le droit interne, ou lorsqu'ils accordent une portée distincte au principe d'autonomie de la volonté. Face à ces antinomies, l'interprète doit mobiliser les principes de primauté du droit international conventionnel et d'interprétation uniforme, tout en tenant compte d'une approche dialogique, qui impose de rechercher, dans la mesure du possible, une lecture harmonieuse qui préserve l'effectivité des engagements internationaux sans méconnaître l'évolution du droit exprimé dans le droit interne, bien comme les impératifs de sécurité juridique et de protection des parties contractantes vulnérables.

Cette possibilité de « dialogue » entre les sources nous amène à l'analyse de la position adoptée par les tribunaux des États latino-américains.

3. La position des tribunaux des États latino-américains concernant la primatie des traités

645. La suprématie des traités par rapport aux lois internes a déjà été expressément reconnue par la jurisprudence des tribunaux d'Amérique latine. À ce sujet, la Cour suprême

[3911] V. de Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, *op. cit.*, p. 146 et s.

péruvienne, dans un arrêt du 26 octobre 2017, a appliqué la législation interne après avoir constaté que les deux pays n'avaient conclu aucun traité[3912]. En l'espèce, la Cour mentionne expressément la doctrine nationale et rappelle que : « Basadre Ayulo indique en premier lieu qu'il convient de vérifier s'il existe un traité international dûment approuvé sur un sujet spécifique. Dans l'affirmative, ledit traité international sera applicable et non le Code civil péruvien. En l'absence d'un tel traité en vigueur, les dispositions du Livre X dudit code sont applicables au Pérou »[3913].

En *Uruguay*, la jurisprudence a confirmé à maintes reprises que les traités doivent être appliqués en priorité et ce n'est qu'en l'absence de traité pertinent que les règles nationales de droit international privé trouvent à s'appliquer, conformément à l'article 1 de la Convention interaméricaine sur les règles générales de droit international privé et à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[3914]. Un arrêt de la Cour suprême de justice rendu le 30 octobre 2013 dans le cadre d'une procédure de reconnaissance et d'exécution d'une sentence arbitrale étrangère affirme ce principe. Selon l'arrêt : « Ainsi que le souligne la doctrine spécialisée […] lorsqu'un traité existe dans la matière en cause avec un autre État, il doit être appliqué ; à défaut, les normes nationales de droit international privé reçoivent application »[3915].

De manière similaire, en *Argentine*, comme l'explique la professeure María Blanca Noodt Taquela, même à une époque où les tribunaux argentins ne reconnaissaient pas la primauté des traités internationaux (c'est-à-dire avant l'affaire *Ekmekdjian* du 7 juillet 1992 rendue par la Cour suprême argentine[3916]), divers traités internationaux contenant des solutions différentes de celles du droit national ultérieur ont été appliqués à plusieurs reprises, notamment en matière de droit international privé. Les justifications de l'application des traités étaient généralement orientées vers le principe de spécialité. Ainsi, les traités de droit international privé, considérés comme des instruments spéciaux, ne pouvaient pas être « écartés » par des lois postérieures de nature générale, comme le Code civil. Cependant, comme le remarque l'auteure argentine, dans la grande majorité des cas, les juges ne fournissaient aucune explication à l'application du traité à la place de la loi interne postérieure[3917].

[3912] Pérou, CSJ, Sala Civil Permanente, Sentencia Casación n° 1106-2017, 26 octobre 2017.

[3913] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[3914] V. M.L. Capalbo, G.L. Idiarte, « Las CIDIPS en el Uruguay: una simbiosis duradera », *in* P.M. All, L.E. Rodríguez Carrera (dir.), *CIDIP-OEA: influencia y aplicación en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos*, Paula Maria All, 1re éd., 2024, p. 316-317.

[3915] Uruguay, Suprema Corte de Justicia, n° 503/2013, Ficha 1-232/2012, Reconocimiento y Ejecucion de Sentencias Extranjeras (Execuatur), 30 octobre 2013.

[3916] V. note de bas de page *supra* n° 3865.

[3917] C'est-à-dire, avant l'affaire *Ekmekdjian* de 1992 de la Cour Supreme argentine. V. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 33.

Au *Venezuela*, la jurisprudence a également certifié la suprématie des traités sur la législation interne, sans approfondir davantage cette question[3918]. En ce qui concerne les autres pays étudiés, en particulier ceux qui ont récemment adopté de nouvelles lois internes pour moderniser le droit des contrats internationaux, il n'y a presque aucune jurisprudence sur leur relation avec les traités antérieurs en vigueur. Cela empêche de confirmer l'existence d'une uniformité et d'une véritable « jurisprudence » sur ce sujet dans la région. Néanmoins, quelques décisions peuvent être mentionnées pour illustrer l'actuelle ambiguïté jurisprudentielle.

En *Bolivie*, des arrêts de la Cour suprême de justice se révèlent parfois confus. Ils ne clarifient pas adéquatement la hiérarchie entre les sources conventionnelles et internes et privilégient de façon avouée la loi interne, là encore, sans fournir d'explications détaillées à l'appui de ce choix. Par exemple, dans un arrêt portant sur l'exécution d'une décision italienne d'adoption, rendu le 27 janvier 2011, le Tribunal suprême de justice écarte l'application du Traité de droit processuel international de Montevideo de 1889 et du Code Bustamante pour les considérer comme des instruments applicables uniquement entre États parties[3919]. Cependant, la Cour suprême affirme que lesdits instruments « s'appliquent lorsque les décisions ne contreviennent pas à la législation interne du pays où l'exécution doit avoir lieu »[3920], accordant ainsi la primauté à la loi interne par rapport aux normes conventionnelles[3921].

La Cour suprême de justice bolivienne s'est également prononcée sur une affaire portant sur un contrat international de distribution et de représentation. Dans ce cas, elle a simplement écarté l'application du Code Bustamante évoqué par l'une des parties. Elle a préféré appliquer le droit international privé de source interne (le Code de commerce), sans fournir de justification à cette exclusion de la norme conventionnelle[3922]. Une analyse plus approfondie de l'arrêt ne permet pas de déterminer clairement les sociétés impliquées dans le contrat litigieux. Il semble toutefois que ce contrat était lié non seulement à l'Argentine et à la Bolivie, mais également à des pays tiers au Code en raison du siège social des parties en litige. Il apparaît donc que c'est pour cette raison que l'application du Code Bustamante a été écartée dans cette affaire. Toutefois, la Cour ne consacre aucun raisonnement à la source de droit qu'elle doit appliquer.

[3918] V. C. Madrid Martínez, « Características generales del sistema de DIPr venezolano », *in* J.C. Fernández Rozas (coord.), *op. cit.,* p. 250.

[3919] Selon l'arrêt, il convient d'appliquer les dispositions du Code de procédure civil bolivien car la Cour reconnait qu'il « n'existe pas de traité explicite sur l'adoption entre la Bolivie et l'Italie ». Cf. Bolivie, TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0060/2011, 27 janvier 2011 (traduction libre de l'espagnol).

[3920] *Ibidem*. V. Aussi, dans le même sens, Bolivie, TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0300/2012, 4 décembre 2012.

[3921] Cette décision est en accord avec la réserve générale émise par la Bolivie, même si elle ne mentionne pas cette réserve dans l'arrêt. La Bolivie a ratifié le Code « Avec les réserves formulées par la Délégation bolivienne concernant les articles qui ne sont pas conformes à la législation nationale et aux traités internationaux signés par la Bolivie ». Sur le sujet des réserves, v. *infra* n° 646.

[3922] Bolivie, TSJ, Sala civil, Auto Supremo n° 487/2015, 1er juillet 2015.

Au *Panama*, la Cour suprême de justice ne confère pas aux traités, et spécifiquement au Code Bustamante, un rang supérieur, qui pourrait rester inférieur à celui de la Constitution. Elle le place, au contraire, au même niveau hiérarchique que les lois et confirme, par conséquent, la suprématie de la Constitution nationale par rapport aux normes conventionnelles. Cela a été affirmé par un arrêt du 3 avril 2007 portant sur l'inconstitutionnalité d'une norme du Code Bustamante, plus précisément l'article 190 concernant les successions internationales[3923]. Dans cette affaire, l'avocat général de la nation soutenait que l'exception d'inconstitutionnalité ne serait pas admissible. Selon lui, il était possible d'utiliser le mécanisme général de l'ordre public pour ne pas appliquer les normes d'un traité[3924]. Nonobstant, la Cour suprême panaméenne ne suivit pas l'avis de l'avocat général. Selon la Cour : « les accords et traités internationaux ratifiés par la République du Panama sont approuvés par l'Assemblée législative au moyen d'une loi organique, leur conférant ainsi le statut de loi »[3925]. De ce fait, « cette situation conduit à leur accorder le même traitement que toute autre loi de la République (cf. point n° 1, art. 206 de la Constitution) et, en tant que telles, on ne saurait ignorer la primauté de la Constitution sur les lois régissant l'État, sans distinction quant à la nature de la matière réglementée »[3926]. La Cour se fonda une fois de plus sur le principe de la souveraineté pour justifier l'équivalence hiérarchique entre les lois et les traités internationaux, considérant que ces derniers ont un statut infraconstitutionnel[3927]. En conséquence, après avoir rappelé l'infériorité des traités, y compris le Code Bustamante, par rapport à la Constitution du

[3923] Panama, CSJ, Pleno, Acción de inconstitucionalidad, Expediente n° 145-03, 3 avril 2007.

[3924] Selon l'avis de l'avocat général, il s'agissait de l'application d'un traité ou accord international multilatéral, dont l'application est subordonnée aux exceptions et réserves établies dans le traité lui-même, tel que l'ordre public. En d'autres termes, lors de l'application des Traités, et plus spécifiquement du Code Bustamante, les tribunaux peuvent contourner ses normes en invoquant l'exception d'ordre public prévue par celui-ci et donc une exception d'inconstitutionnalité ne serait pas appropriée. Comme il l'a soulevé : « Il est important de préciser que nous sommes en présence d'un traité international multilatéral qui, conformément aux normes de l'ONU, s'applique de la même manière à l'OEA. La modification ou l'exclusion d'un traité ou d'une norme spécifique de celui-ci se fera par le mécanisme de "dénonciation du traité" ou de "la norme contestée". Autrement dit, lorsqu'un État souhaite suspendre l'application d'un traité ratifié ou d'une partie de celui-ci, il le fera par le biais du Ministère des Affaires étrangères qui présentera à la Secrétairerie générale de l'ONU (dans ce cas, la Secrétairerie générale de l'OEA) une "dénonciation du traité ou d'une partie de celui-ci", afin que, par le biais d'une procédure interne de l'organisation, une consultation soit menée auprès des autres pays signataires du traité et que la suspension ou l'exclusion de l'État dénonciateur ou de la clause contestée du Protocole de Ratification s'effectue et dont les effets entrent en vigueur plusieurs années plus tard (1 ou 2 ans). Par conséquent, le recours à une déclaration d'inconstitutionnalité, choisi par le demandeur, n'est pas réalisable et est inopportun, étant donné que les normes contestées ne sont pas d'application obligatoire dans la République du Panama, en raison de la flexibilité du traité lui-même ». Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[3925] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[3926] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[3927] Selon l'arrêt : « En reconnaissance du pouvoir souverain des États, pouvoir qui repose précisément sur la constitution qui les régit, *les lois du droit international ne peuvent contredire ni se situer au-dessus de l'ordre constitutionnel, car une telle hypothèse équivaudrait à méconnaître la Loi suprême et notre propre souveraineté*. Bien que l'article 4 de la Constitution dispose que "La République du Panama respecte les normes du Droit international", *cela ne signifie nullement que les normes du droit sont supérieures au droit interne*, notamment à la Constitution. Cela signifie que la République du Panama respecte l'ordre à travers sa volonté souveraine dans les Conventions ou Traités internationaux, au moyen de la promulgation de la loi qui les approuve, les intégrant ainsi à son droit interne, comme la Cour suprême de justice l'a déjà jugé par le passé. ». *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

Panama, la Cour en arriva à la conclusion que l'article en question du Code Bustamante ne contrevient pas aux normes constitutionnelles de la nation.

En outre, la Cour suprême du Panama a également écarté l'application du Code Bustamante en matière d'arbitrage. Elle a choisi d'appliquer la loi interne d'arbitrage (Décret-Loi n° 5 du 8 juillet 1999), entrée en vigueur après le Code Bustamante, ainsi que d'autres conventions internationales en matière d'arbitrage. Dans cet arrêt, la Cour se fonda sur le critère de la spécialité de la norme nationale d'arbitrage pour écarter l'application du Code Bustamante, « qui ne contiennent pas des règles de conflit ayant l'effet de déterminer la validité d'une clause arbitrale »[3928]. La Cour s'appuya encore sur l'existence de nouvelles conventions spéciales applicables en la matière, telles que la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères en matière civile et commerciale et la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international de 1975. Sur ce sujet, la Cour ajouta que le Code Bustamante « a perdu sa validité en ce qui concerne l'arbitrage commercial international avec la signature et la ratification d'autres accords internationaux spécifiquement liés à cette matière, ce qui a entraîné un changement radical dans la politique conventionnelle maintenue sur le continent depuis la ratification dudit Code en 1928 »[3929]. Par conséquent, elle appliqua les principes du droit de l'arbitrage international panaméen et les principes conventionnels. Elle détermina ainsi la primauté de l'autonomie de la volonté des parties et déclina la compétence des tribunaux panaméens en faveur du tribunal arbitral convenu. Dans cet arrêt, la Cour confirma donc la possibilité d'écarter l'application du Code Bustamante par une loi interne postérieure, bien que de nature spéciale.

En outre, il faut noter que, très souvent, les décisions prises en Amérique latine concernant les contrats internationaux manquent de clarté et privilégient l'application du droit interne, alors qu'il s'agit manifestement de cas relevant du champ d'application d'une convention internationale, et ce, sans fournir de justification ni de réflexion à cet égard. En suivant cette tendance, certains tribunaux argentins ont démontré une préférence pour l'application du droit interne par rapport aux normes du Traité de Montevideo de 1940, qui est toujours en vigueur dans ce pays. Ils n'ont toutefois pas fourni de motifs explicites pour fonder un tel choix. À titre d'illustration, dans un arrêt rendu le 7 novembre 2002 par la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial*, le Traité de Montevideo de 1940 n'a fait l'objet d'aucune analyse, alors même qu'il aurait dû régir le litige en cause, lequel portait sur un contrat international de vente de marchandises conclu entre un vendeur domicilié en Uruguay et un acheteur établi en Argentine. Au lieu de procéder à une analyse des sources hiérarchiques, la cour a appliqué son propre système de résolution des conflits de lois, soit l'ancien Code civil argentin de 1869, afin de déterminer quelle loi devait régir le contrat.

[3928] Panama, CSJ, Sala Primera de lo Civil, Expediente n° 179-03, *Maersks Sealand Trading c. Agrowest*, 1er juin 2005 (traduction libre de l'espagnol).

[3929] La Cour précise que le Code Bustamante ne contient aucune disposition concernant les conflits de lois en matière d'arbitrage international, et souligne que le Code aborde uniquement cette question à l'art. 432, qui autorise l'exécution des sentences arbitrales ou des accords amiables prononcés à l'étranger. Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

Aucune explication n'a été fournie pour justifier l'absence d'application de la source conventionnelle[3930]. On peut encore évoquer un jugement rendu par un magistrat de première instance en Argentine le 2 juillet 2003[3931]. À cette occasion, le tribunal a appliqué les règles de conflit de lois internes en matière contractuelle plutôt que le Traité de Montevideo de 1940, dans une affaire internationale liée à l'Uruguay, et ce, sans fournir d'explication quant au choix de la source applicable.

Cela peut également être observé au Brésil, notamment dans la jurisprudence relative aux parties faibles, où les décisions mentionnent le Code Bustamante, mais le plus souvent pour l'écarter au profit de la législation interne en matière de droit international privé. Ainsi que nous l'avons précédemment établi[3932], lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable à un contrat international de travail, les tribunaux brésiliens manifestent une propension marquée à écarter l'application du Code Bustamante, lui préférant les règles de droit international privé interne brésilien. Ces dernières prescrivent l'application de la loi matérielle la plus favorable au travailleur, en vertu du principe de protection des droits fondamentaux de la personne humaine. Cette orientation jurisprudentielle révèle une hiérarchisation des sources normatives dans laquelle les impératifs de protection sociale prévalent sur les engagements conventionnels de nature régionale.

De manière générale, il ressort que, malgré plusieurs décisions concordantes consacrant la hiérarchie des normes et reconnaissant la primauté des traités sur les dispositions internes, certaines jurisprudences traduisent encore une préférence pour l'application du droit national. Ces décisions demeurent parfois marquées par des ambiguïtés ou par l'absence d'une motivation juridique approfondie. Une telle situation soulève des interrogations quant à la cohérence et à la justification des solutions retenues en matière de conflits de lois. À notre avis, hormis des cas particuliers, ce relatif « désintérêt » pour l'application des traités peut s'expliquer avant tout par une perception largement répandue de leur obsolescence, ces instruments ayant été adoptés, pour la plupart, au siècle dernier, notamment dans le domaine des contrats internationaux. En effet, l'attitude des juridictions nationales semble révéler une tension persistante entre le respect formel du droit international et une pratique juridictionnelle davantage guidée par des considérations de familiarité normative et d'efficacité pragmatique.

Cette analyse générale de la relation entre les sources internes et conventionnelles étant faite, il convient de nous pencher sur un cas plus spécifique, celui de délicate question des réserves générales.

[3930] Argentine, CNCom., sala E, Buenos Aires, *Cervecería y Maltería Paysandú*, 7 novembre 2002.

[3931] Argentine, Juz. Nac. Com. 26, secretaría 51, *Arbatax s. concurso preventivo crédito de Dancotex*, Buenos Aires, 2 juillet 2003.

[3932] V. *supra* n° 244.

§2 — La délicate question des réserves générales

646. Un deuxième défi pratique dans le rapport entre les traités internationaux et le droit interne dans la région latino-américaine est la question des réserves générales aux traités.

Le mécanisme des réserves permet aux États de participer à un traité international même s'ils ne sont pas d'accord avec l'une de ses dispositions et favorise, ainsi, un niveau plus élevé de participation des États dans des instruments internationaux. L'article 2.1, d, de la Convention de Vienne de 1969, définit la « réserve » comme « une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État »[3933]. Ce procédé offre aux parties contractantes une flexibilité pour adapter les accords à leurs situations respectives. Néanmoins, il peut entraîner des problèmes très complexes lors de l'application des traités en général.

La Convention de Vienne de 1969 offre un cadre pour le traitement des réserves aux articles 19 à 23. Cependant, ce mécanisme, qui est de nature supplétive, a donné lieu à des divergences d'opinions au sein de la doctrine quant à sa véritable application aux traités de droit privé[3934]. Malgré ces discussions, l'article 19 de la Convention de Vienne dispose que les États peuvent formuler des réserves, à moins que la réserve ne soit interdite par le traité de façon expresse ou implicite (ainsi, lorsque le traité dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites), ou, encore, que « la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité »[3935]. Plusieurs questions restent, ainsi, en dehors de la réglementation de la Convention, comme la nécessité d'acceptation des réserves par les autres États parties au traité[3936].

Un autre enjeu concerne les questions relatives au contenu des réserves, comme la possibilité pour les États de formuler des réserves dites « génériques » ou « générales ». Celles-ci se caractérisent par des termes excessivement vagues ou étendus, ce qui rend difficile l'appréciation exacte de leur sens et de leur champ d'application. Conformément à l'article 2.1, d, de la Convention de Vienne de 1969, un État qui formule une réserve à un traité doit clairement manifester son intention de se soustraire à l'application de

[3933] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[3934] V. M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 104 et s.

[3935] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[3936] La pratique de l'OEA et de son prédécesseur, l'Union panaméricaine, a été un précédent important en ce sens que les réserves ne nécessitent pas l'acceptation des autres États parties, comme stipulé à l'article 6, paragraphe 3 de la Convention sur les traités de La Havane de 1928, contrairement à la règle qui prévalait jusqu'en 1950 à la Société des Nations. V. M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 105 ; v. aussi, V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 152 et s.

« certaines dispositions » de ce traité. Cette référence à l'expression « certaines dispositions » a été comprise comme excluant toute possibilité de faire des réserves générales[3937]. De plus, le fait que la Convention de Vienne de 1969 exige que la réserve ne soit pas en contradiction avec l'objet et le but du traité empêcherait les États de formuler des réserves générales[3938].

En Amérique latine, ce problème se manifeste surtout dans l'application du Code Bustamante. De nombreuses réserves ont été formulées à son sujet, certaines portant sur des articles en particulier, d'autres étant des réserves générales. En réalité, tous les pays ayant ratifié le Code, à l'exception du Guatemala, ont formulé des réserves ou des déclarations équivalentes. Le professeur Mario J.A. Oyarzábal a observé que le « caractère transactionnel » du Code Bustamante explique le grand nombre de réserves émises par les pays contractants. En effet, ces derniers, même lors des négociations, étaient peu disposés à accepter des solutions divergentes de leur droit interne[3939].

Aucune de ces réserves spécifiques faites au Code ne concerne la loi applicable aux contrats ; toutefois, les réserves générales posent des défis pratiques quant à l'application du traité. Au total, cinq États parties ont émis des réserves générales en faveur de leur droit national : la Bolivie, le Costa Rica, le Chili, l'Équateur et le Salvador. Selon ces réserves, la Convention cesserait d'être applicable lorsque ses dispositions entrent en conflit avec la législation nationale. Une telle conclusion, qui peut aujourd'hui sembler absurde ou contraire à l'esprit même d'une convention internationale, a pourtant été confirmée par la jurisprudence de certains de ces pays. Ainsi, selon les réserves faites, le Code ne serait appliqué que de manière subsidiaire, c'est-à-dire en cas de lacunes ou de silence de la législation nationale[3940]. Cette approche semble viser à protéger la législation nationale et reflète un fort sentiment de territorialisme qui prévalait dans certains États au moment de l'approbation du Code Bustamante.

647. La validité des réserves générales. Les réserves générales formulées à l'égard du Code Bustamante ont également soulevé des difficultés quant à leur validité. Selon l'article 3 de la Convention sur le droit international privé (qui a mis en place le Code Bustamante), un État partie a la possibilité de faire des réserves concernant l'acceptation d'un ou plusieurs articles du Code Bustamante[3941]. En se basant sur la formulation de

[3937] M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 105.

[3938] V. V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, p. 157-158 (traduction libre de l'anglais).

[3939] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 256.

[3940] J. Samtleben, Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit., p. 101-102.

[3941] « Art. 3 : Chacune des Républiques contractantes, au moment de la ratification de la présente Convention, pourra se réserver le droit ne pas accepter un ou de plusieurs articles du Code annexé, et les dispositions auxquelles s'applique cette réserve ne lieront pas ladite République ». Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223.

l'article 3 mentionné, il est difficile d'accepter que les États puissent formuler des réserves générales sans se référer à un article spécifique. Par conséquent, il a été soutenu que ces types de réserves équivalent à une *non-ratification*, à un rejet total du Code. De ce fait, il a été soutenu qu'une réserve générale doit être considérée comme non conforme à l'article 3 de la Convention qui approuve le Code Bustamante, et qu'elle équivaut donc à une absence de ratification[3942]. Se basant sur une étude préparée par l'OEA, le professeur vénézuélien Gonzalo Parra-Aranguren mentionne qu'« il n'est "ni juridiquement ni pratiquement possible d'accepter le traité dans son ensemble tout en subordonnant son application à l'absence de contradiction avec le droit interne ou d'autres traités auxquels l'État est partie" »[3943]. Cependant, comme l'explique le professeur Jürgen Samtleben, le fait même que les États ayant émis ces réserves aient ratifié le traité démontre qu'il ne s'agit pas d'un rejet complet de celui-ci. Par ailleurs, les États qui ont émis des réserves générales ont souvent été considérés comme des États parties au Code Bustamante[3944].

La question de la validité générale du Code dans de telles circonstances a été peu discutée dans la jurisprudence. Le professeur Samtleben mentionne, par exemple, une décision de la Cour suprême de justice péruvienne qui a refusé d'appliquer le Code Bustamante en présence de la Bolivie en raison de la réserve générale formulée par ce pays. Cependant, dans cette situation, la Cour a déclaré applicables les normes du Traité de Montevideo à la place du Code Bustamante, et non le droit interne[3945].

De façon similaire, au Chili, quelques arrêts récents de la Cour suprême ont exclu l'application du Code Bustamante en raison de la réserve générale formulée par le pays et la contradiction avec le droit national[3946]. Au Costa Rica, le caractère supplétif du Code Bustamante a été confirmé par un arrêt du 27 janvier 2020 de la Cour suprême de justice costaricienne[3947]. Dans cet arrêt, la Cour a rappelé que la réserve formulée par le Costa Rica englobait tout ce qui pourrait entrer en contradiction avec la législation costaricienne en vigueur ainsi qu'avec celle qui pourrait être promulguée à l'avenir et conclu que, par conséquent, « les dispositions de la Convention sont incorporées au droit interne *de manière supplétive,* étant inapplicables lorsqu'elles y sont contraires et étant abrogées par la nouvelle réglementation avec laquelle elles sont incompatibles »[3948]. Un tel raisonnement revient à assimiler les règles du Code Bustamante à des instruments de *soft law*, leur faisant perdre leur véritable nature de source conventionnelle contraignante pour

[3942] G. Parra-Aranguren, « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *op. cit.*, p. 73.

[3943] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[3944] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 101-102.

[3945] *Ibid*, p. 103-104.

[3946] V., p. ex., Chili, CS, Sala Cuarta Mixta, rol 154339-2023, 9 janvier 2024 ; CS, Civ., rol n° 2598-2020, 6 septembre 2022 ; CS, Sala Cuarta Mixta, rol n° 24974-2017, 4 juin 2018 (traduction libre de l'espagnol).

[3947] Costa Rica, CSJ, Sala Primera y Sala Segunda, Acta de Corte Plena n° 055-2020, Artículo XVIII, Documento 12243-2019/3960, 6984-2020/8663-2020, 28 septembre 2020 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[3948] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

les réduire au rang de source complémentaire et supplétive destinée à combler les lacunes du droit interne — ce qui apparaît manifestement incompatible avec les exigences méthodologiques du droit international privé contemporain.

Dans les autres pays ayant fait des réserves générales, peu de décisions judiciaires ont rejeté l'application du Code au profit de la législation nationale, et parfois les normes du Code ont été évoquées lorsque la législation nationale ne comportait pas de disposition spécifique sur la question traitée[3949]. Néanmoins, dans la majorité des cas, le Code Bustamante a été appliqué en présence d'autres États parties sans que la question des réserves générales soit examinée attentivement[3950]. Compte tenu du faible nombre de décisions judiciaires, la question de la validité des réserves générales demeure controversée.

*
* *

648. La relation entre les sources conventionnelles et le droit interne en Amérique latine révèle une diversité d'approches et de pratiques parmi les pays de la région. Alors qu'il existe une tendance générale à la reconnaissance de la primauté des traités par rapport au droit interne et que la majorité des tribunaux reconnaissent cette primauté, d'autres semblent préférer l'application du droit interne sans justification apparente. Des défis persistent en ce qui concerne la cohérence et la justification des décisions juridiques quant à la hiérarchie des sources internes et conventionnelles, soulignant le besoin d'une approche plus approfondie et cohérente dans l'interprétation et l'application des conventions de droit international privé. De plus, la question des réserves générales aux traités présente un autre défi dans la région, notamment en ce qui concerne le Code Bustamante, nécessitant une gestion prudente de leur validité pour y garantir l'harmonisation et la cohérence des décisions juridiques.

Section 2 — L'articulation des traités latino-américains concernant la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux

649. Après avoir établi la coordination entre les traités et les lois nationales, il est essentiel d'examiner les possibles conflits entre les différents traités en vigueur en Amérique latine. À première vue, cette situation pourrait se présenter, du fait que certains États sont parties à plusieurs conventions simultanément. Différemment du conflit entre traités et lois nationales (sources de catégorie distinctes), le conflit entre traités ne peut pas être résolu par un critère hiérarchique, dès lors que les normes en conflit représentent des

[3949] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 106.

[3950] *Ibidem.*

sources de même catégorie, ayant ainsi, en principe, la même valeur juridique[3951]. Avant de chercher les possibles solutions à de tels cas, il convient de demander (comme nous l'avons fait pour le conflit entre le droit interne et international) s'il existe un réel conflit entre ces normes d'origine conventionnelle. Si cela est le cas, il sera nécessaire d'étudier comment résoudre ces antinomies. Cette analyse permettra de mieux comprendre les interactions entre les différentes conventions internationales actuellement en vigueur dans la région et d'être plus précis dans la proposition des solutions envisageables pour l'harmonisation du droit international des contrats en Amérique latine.

Avec cet objectif en tête, il faut déterminer au préalable si un véritable conflit existe entre ces normes (§ 1) afin d'aborder ensuite les solutions envisageables pour gérer d'éventuels conflits (§ 2).

§1 — Position du problème

650. Il convient tout d'abord de définir ce que l'on entend par la notion de « conflit entre conventions » ou, comme le préfère le professeur Dominique Bureau, « l'antinomie conventionnelle »[3952]. Selon le professeur François Rigaux, les termes « conflit de conventions » impliquent que plusieurs traités ayant à la fois le même domaine matériel et la même applicabilité dans l'espace contiennent des normes primaires de droit international privé inconciliables[3953]. Un autre élément peut être ajouté à cette définition : l'élément temporel. Il paraît, en effet, logique que, pour qu'il y ait un conflit, les traités soient en vigueur simultanément.

Cette définition appelle deux observations. La première est que, pour qu'il y ait un conflit, il faut que les solutions données par les traités en question soient inconciliables. Si la solution est identique, logiquement, le résultat sera le même, indépendamment de la convention appliquée et partant, le conflit disparaît ou il existerait, en d'autres termes, un « faux conflit ». La deuxième observation concerne les champs d'application des traités. Pour qu'il y ait un conflit, il faut que les traités présentent à la fois les mêmes champs d'application matériel, spatial et temporel. Si l'un de ces champs ne couvre pas la situation, le traité n'aura pas vocation à s'appliquer et, partant, il n'y aura pas non plus de véritable conflit.

De ce fait, la première étape est de déterminer si les solutions sont inconciliables entre elles et si les traités ont le même champ d'application. C'est seulement si ces deux conditions sont remplies qu'un véritable conflit (ou antinomie) devra être résolu.

[3951] Il faut cependant noter que, dans certains pays, les traités de droit de l'homme ont une catégorie supérieure aux traités « communs », comme est le cas, p. ex., du Brésil et de l'Argentine. V. *supra* n° 640.

[3952] D. Bureau, « Les conflits de conventions », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 14e année, 1998-2000, 2001, p. 201-242, p. 203.

[3953] F. Rigaux, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, t. I, *Théorie générale*, 2e éd., 1987, p. 235.

S'agissant des solutions retenues par les conventions en vigueur en Amérique latine, nous avons déjà établi que celles-ci présentent des divergences notables, tant en ce qui concerne l'admission du principe d'autonomie de la volonté, son étendue et ses modalités de mise en œuvre, qu'en matière de désignation de la loi applicable en l'absence de choix des parties et d'autres questions connexes relatives à la détermination de la loi compétente. Une analyse comparative approfondie ayant été menée dans la première partie de cette étude[3954], il n'apparaît pas nécessaire d'y revenir ici. Il convient, ainsi, de passer à l'analyse du champ d'application de chacun de ces instruments (A).

A. Champs d'application des traités

651. Les traités internationaux sont restreints par leurs champs d'application, qui établissent les limites dans lesquelles les traités sont appliqués. Ces domaines d'application sont généralement divisés en trois catégories : le champ d'application temporel, matériel et spatial[3955].

L'aspect temporel concerne non seulement l'identification de la date à laquelle un traité est entré en vigueur dans un État déterminé, mais également le temps dans lequel les affaires ou les situations juridiques couvertes par le traité auraient dû se développer. Le champ d'application matériel fait référence à la matière ou à l'objet réglementés par le traité, tandis que le champ d'application spatial détermine, dans une perspective de droit international privé, les pays dans lesquels le traité s'applique et les liens pertinents pour déterminer quels sont ces pays[3956].

Après avoir présenté cette vue d'ensemble des champs d'application des traités internationaux, il convient à présent d'examiner de manière approfondie chacun de ces domaines s'agissant des instruments latino-américains relatifs à la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux. Seront ainsi successivement analysés les champs d'application temporel (1), matériel (2) et spatial (3) des Traités de Montevideo, du Code Bustamante et de la Convention de Mexico.

1. Champ d'application temporel

652. Pour qu'un traité soit appliqué, il est essentiel qu'il soit entré en vigueur dans le pays chargé de son exécution. Ce premier aspect du champ d'application temporel des

[3954] V. concclusions de la Première Partie, *supra* n° 512.

[3955] Il y a également des auteurs qui ajoutent l'aspect personnel, c'est-à-dire, référent à la personne auxquelles s'applique les traités. Pour l'étude de la matière objet de la présente étude, nous comprenons que l'aspect personnel peut rentrer dans la catégorie plus large du champ matériel et ne relève pas d'une importance à justifier une catégorie appart. Sur ce sujet, v. M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 63.

[3956] M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 62-63.

traités était généralement qualifié par la doctrine de champ d'application temporel « actif ». Généralement, le champ d'application temporal actif ne pose pas de problèmes majeurs dès lors que les instruments établissent, en général, une date précise pour leur entrée en vigueur (à l'exception de la validité dans l'ordre juridique national, qui peut soulever de complexités)[3957]. Comme nous l'avons souligné, un autre aspect du champ d'application temporal existe, que la doctrine a appelé champ d'application temporel « passif ». Ce dernier se réfère à la détermination du moment auquel les situations juridiques entrant dans le champ d'application de la norme doivent avoir eu lieu[3958].

De nombreux traités ne comportent pas de règles explicites indiquant leur champ d'application temporel passif, de sorte que cette question est sujette à une interprétation doctrinale et jurisprudentielle. Cela est le cas des instruments latino-américains, à l'exception de la Convention de Mexico, qui est explicite à ce sujet. Pour de tels cas, et en particulier dans le domaine des contrats, il est généralement admis que l'entrée en vigueur du traité est requise si le contrat a été conclu après que le traité est entré en vigueur pour le pays concerné — nous y reviendrons.

C'est la solution, par exemple, adoptée par la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, cette dernière ratifiée par l'Argentine, mais non entrée en vigueur. L'article 24 de cette dernière établit qu'elle « s'applique dans un État contractant aux ventes conclues après son entrée en vigueur pour cet État ». Cette même logique prévaut dans l'ordre juridique européen : la Convention de Rome du 19 juin 1980, entrée en vigueur le 1er avril 1991, régit les obligations contractuelles conclues après cette date conformément à son article 17 ; quant au Règlement Rome I qui lui a succédé, il s'applique aux contrats conclus postérieurement au 17 décembre 2009 en vertu de son article 28.

Cette introduction faite, passons à l'analyse de ces deux aspects des champs d'application des instruments qui font l'objet de la présente étude : les Traités de Montevideo (a), le Code Bustamante (b) et la Convention de Mexico (c).

(a) Traités de Montevideo

653. Traités de Montevideo de 1889. L'article 68 du Traité de droit civil de Montevideo de 1889 dispose que la ratification simultanée du Traité par tous les États signataires n'est pas nécessaire à son entrée en vigueur. Cet article ajoute que l'État qui l'approuve doit communiquer cette approbation au Gouvernement de la République orientale de l'Uruguay, afin qu'il en informe les autres États contractants. Puis, l'article 69 du même instrument établit qu'une fois la formalité de l'article 68 faite, « le Traité entrera

[3957] En mentionnant Goldschmidt, v., notamment, *Ibid*, p. 99.

[3958] *Ibidem*.

en vigueur à compter dudit acte »[3959], c'est-à-dire du dépôt de l'instrument de ratification. Le même est prévu par le Traité de droit commercial international de 1889 aux articles 49 et 50 respectivement.

Les cinq États signataires ont ratifié les deux Traités de Montevideo de 1889 le 3 septembre 1889. Ils ont effectué le « dépôt » de cette ratification aux dates suivantes : le 3 septembre 1889 pour le Paraguay, le 4 novembre 1889 pour le Pérou, le 1er octobre 1892 pour l'Uruguay, le 11 décembre 1894 pour l'Argentine et le 17 novembre 1903 pour la Bolivie[3960].

Ils restent cependant silencieux quant à leur application temporelle passive, renvoyant ainsi la décision à une interprétation doctrinale et à des précédents juridiques. Toutefois, en suivant l'approche commune qui considère la date de conclusion du contrat comme pertinente, et en application des dispositions pertinentes (articles 69 et 69 du Traité de droit civil international de 1889 et articles 49 et 50 du Traité de droit commercial international de 1889), il est possible de conclure que, pour chaque pays concerné, les Traités de Montevideo de 1889 s'appliquent aux contrats conclus à partir du dépôt respectif de leur instrument de ratification.

654. Traités de Montevideo de 1940. La version révisée du Traité de droit civil international de 1940 apporte des précisions à ce sujet. À l'article 66 de cet instrument, il est établi que : « le présent Traité entrera en vigueur à compter de cet acte, entre les États qui auront accompli ladite formalité [le dépôt de l'acte de ratification], pour une durée indéterminée, ce qui rendra sans effet le Traité signé à Montevideo le 12 février de 1889 »[3961]. Dès lors, sur le plan international, les normes du Traité entrent en vigueur pour chaque État membre à partir du dépôt de l'instrument de ratification[3962]. Cela équivaut aux dates suivantes : le 18 juin 1956 pour l'Argentine, le 29 janvier 1958 pour le Paraguay et le 12 novembre 1942 pour l'Uruguay[3963]. Le même texte s'applique aux Traités de droit

---

[3959] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Textos de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado (1889, 1939 y 1940),* Washington, D.C., Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, mars 1973 (traduction libre de l'espagnol).

[3960] Cf. Corte Suprema de Justicia, Centro Internacional de Estudios Judiciales, *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994* : Tratados de Montevideo y Convenciones interamericanas sobre derecho internacionalprivado, Alonso y testanova, Asunción, Paraguay, 1998, p. 73 et 93.

[3961] OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Textos de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado (1889, 1939 y 1940),* Washington, D.C., Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, mars 1973 (traduction libre de l'espagnol).

[3962] Pour les dates de ratification de chaque État partie, v. OEA, *Tratado de Derecho civil Internacional de 1889*, en ligne https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-1.html (consulté le 20 mai 2025) ; et OEA. *Tratado de Derecho civil Internacional de 1940*, en ligne http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-17.html (consulté le 20 mai 2025). V. tableau à l'Annexe 3.

[3963] Cf. Corte Suprema de Justicia, Centro Internacional de Estudios Judiciales, *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994* : Tratados de Montevideo y Convenciones interamericanas sobre derecho internacionalprivado, Alonso y testanova, Asunción, Paraguay, 1998, p. 152.

commercial terrestre international de 1940 et de droit de navigation commercial international[3964].

Bien que la version de 1940 soit muette sur la dimension implicite du champ temporel, pour les mêmes raisons que celles évoquées à propos de la version de 1889, nous pouvons en déduire que les traités de 1940 s'appliquent, dans chaque État partie, aux contrats conclus à compter de la date d'entrée en vigueur dans cet État, c'est-à-dire à partir du dépôt de l'instrument de ratification.

(b) Code Bustamante

655. Conformément à l'article 4 de la Convention approuvant le Code Bustamante, « le Code entre en vigueur, en ce qui concerne les Républiques qui le ratifient, 30 jours après le dépôt de leurs ratifications respectives et à la condition qu'il soit ratifié au moins par deux d'entre elles »[3965]. Ce délai de 30 jours était prévu pour permettre aux États de promulguer et publier le Code en temps voulu. Cuba et Panama ont été les premiers États à ratifier le Code Bustamante. Par conséquent, celui-ci est entré en vigueur sur le plan international le 25 novembre 1928, soit 30 jours après le dépôt de la ratification du Panama, deuxième pays à ratifier le Code[3966]. Puis, d'autres États l'ont ratifié et effectué le dépôt de leur instrument de ratification[3967].

Cependant, comme le précise le professeur Jürgen Samtleben, en ce qui concerne l'entrée en vigueur du Code dans l'ordre interne, il faut analyser les normes constitutionnelles de chaque État, qui normalement exigent après la ratification, la promulgation des traités et la publication de cet acte[3968]. En outre, comme rappelé par le maître allemand, le respect du délai de 30 jours, établi par l'article 4 mentionné, a été peu observé par certains États (p. ex., Cuba, l'Équateur et le Venezuela). Dans d'autres États, la procédure de promulgation et de publication a été effectuée plusieurs mois après le dépôt de l'instrument

[3964] Cf. *Ibid*, p. 181 et 203.

[3965] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

[3966] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 146.

[3967] Pour consulter les dates de ratification et dépôt de chaque État contractant, v. https://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-31_Bustamente_Code_signatories.asp (consulté le 17 septembre 2024). V. tableau à l'Annexe 3.

[3968] Cette question dépend généralement, dans les États parties, d'un acte émis par l'organe législatif correspondant. La nécessité d'une loi d'incorporation pour l'exécution des traités peut varier d'un pays à l'autre. Par exemple, lors des débats sur le Code Bustamante, il a été mentionné qu'une loi spéciale pour son incorporation dans le droit interne n'était pas nécessaire. Selon ce raisonnement, l'acte de ratification suffisait pour que le traité devienne obligatoire dans chaque pays, modifiant ainsi la législation nationale. Cependant, la jurisprudence de certains pays a parfois adopté une approche plus restrictive, exigeant une loi spéciale d'incorporation dans certains cas. Sur ce sujet, dans le contexte du Code Bustamante, v. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 135-136.

de ratification du Traité. C'est le cas, par exemple, du Brésil, du Chili, du Guatemala, du Nicaragua, et du Panama[3969].

En raison de ces particularités, la date exacte d'entrée en vigueur du Code Bustamante est sujette à controverse dans certains États. Cependant, cette question a perdu en importance pratique en raison de l'ancienneté du Code, qui reste pleinement en vigueur dans tous ses États membres jusqu'à ce jour.

(c) Convention de Mexico

656. L'application temporelle de la Convention de Mexico ne pose pas des problèmes majeurs. Selon l'article 28 de la Convention, celle-ci entre en vigueur pour les États qui l'ont ratifiée, en l'occurrence, le Venezuela et le Mexique, le trentième jour à partir de la date du dépôt du deuxième instrument de ratification[3970]. Le Venezuela était le premier État à ratifier la Convention, le 22 septembre 1995. Il a déposé son instrument de ratification le 14 novembre 1996. Le Mexique, à son tour, l'a ratifiée le 20 août 1996 et a effectué le dépôt de l'instrument de ratification le 14 novembre 1996. Subséquemment, elle est entrée en vigueur le 15 décembre 1996, 30 jours après le dépôt de l'instrument par le Mexique.

Il est également important de noter que la Convention dispose que ses dispositions s'appliquent aux contrats conclus après son entrée en vigueur (art. 19), c'est-à-dire après le 15 décembre 1996, dans les États parties, le Mexique et le Venezuela.

2. Champ d'application matériel

657. Le champ d'application matériel d'un traité fait référence à son objet, c'est-à-dire aux matières régies par le traité, qui sont généralement mentionnées dans son titre. De nos jours, la plupart des traités intègrent des dispositions, usuellement situées dans leurs articles liminaires, définissant les domaines couverts par le traité et ceux qui en sont exclus.

Bien que l'interprétation littérale des termes du traité serve de point de départ, une interprétation correcte nécessite une analyse contextuelle approfondie de ces termes, en tenant compte de l'ensemble du traité et de ses objectifs, comme l'énonce l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. En l'absence de désignation expresse du champ d'application d'un traité, toutes les matières abordées dans le document sont considérées

[3969] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 146-147.

[3970] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

comme incluses dans le traité, posant ainsi des défis inhérents à la qualification des termes utilisés dans le texte[3971].

En Amérique latine, les instruments objet de la présente étude concernent tous la matière de contrats internationaux, bien que la Convention de Mexico soit la seule à le spécifier et à fournir une définition de l'internationalité du contrat (même si cette clarification n'est pas exhaustive et a suscité des débats). Au contraire, les Traités de Montevideo et le Code Bustamante se limitent à établir des règles concernant la désignation de la loi applicable aux « actes juridiques » (Traités de Montevideo) et aux « obligations et contrats » (Code Bustamante), en incluant des règles précises pour certains types de contrats. En outre, pour la totalité de ces instruments, aucune disposition précise n'est incluse concernant les contrats impliquant des parties vulnérables (ni pour les réglementer ni pour les exclure), ce qui a souvent été objet de critique.

Analysons les thèmes spécifiques réglementés par ces traités, à savoir les Traités de Montevideo (a), le Code Bustamante (b) et la Convention de Mexico (c).

(a) Traités de Montevideo

658. Les Traités de Montevideo demeurent silencieux sur leur critère d'application matérielle. Pour délimiter leur champ d'application, il est essentiel de rappeler que de nombreux traités furent conclus au terme des Congrès de Montevideo de 1889 et de 1940 : pas moins de huit traités de droit international privé furent conclus, aussi bien lors du premier Congrès que lors du second, ainsi qu'un protocole additionnel à chaque Congrès. Parmi ces traités, ceux qui nous intéressent particulièrement sont le Traité sur le droit civil international de 1889 et sa version révisée de 1940.

En l'absence de disposition spécifique définissant le champ d'application matériel d'un traité, son titre peut servir d'indicateur général, mais l'analyse de ses dispositions est nécessaire pour déterminer si le sujet litigieux est inclus dans le champ d'application du traité. Le titre des instruments étudiés indique que ces traités couvrent les domaines du « droit civil international », ce qui donne une idée, en première approximation, de la matière couverte par ceux-ci. L'examen des dispositions des traités révèle que les deux accords traitent de manière générale des « actes juridiques », y compris ceux qui y sont expressément mentionnés, tels que les contrats portant sur des biens et des prestations de services (art. 34 du Traité de 1889 et art. 38 de la version de 1940), les contrats d'échange ou, plus généralement, les actes à titre gratuit (art. 35 du Traité de 1889 et 39 de la version de 1940, respectivement) et les contrats accessoires (art. 35 du Traité de 1889 et art. 41 du Traité de 1940).

[3971] M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 67.

Par ailleurs, d'autres domaines ont été réglementés dans des Traités distincts. Ainsi, des matières telles que les contrats : ceux qui portent sur la protection de la propriété littéraire et artistique sont réglementés par le Traité sur la propriété littéraire et artistique de 1889, et les contrats portant sur des marques commerciales et industrielles par le Traité sur les marques commerciales et industrielles de 1889. Ensuite, le Traité de droit civil commercial de 1889 a réglementé les contrats régissant les sociétés et leurs relations avec leurs associés et tiers, les contrats d'assurance pour les transports terrestres et maritimes, les contrats d'affrètement et les lettres de change, entre autres. Ce dernier a été par la suite scindé en deux traités distincts lors du Deuxième Congrès de 1940 donnant lieu au Traité de droit de navigation commercial international et au Traité de droit commercial terrestre international, gouvernant les matières couvertes par le Traité de droit civil commercial de 1889 en plus de quelques matières spécifiques aux contrats de transport terrestre et mixte et de navigation. Par conséquent, tout ce qui n'est pas réglementé de manière spéciale par d'autres Traités de Montevideo entre dans la catégorie plus générale « d'actes juridiques » des Traités sur le droit civil international.

Cependant, cela peut soulever des questions lorsque les Traités de Montevideo ne donnent pas de définition explicite de ce qu'est un « acte juridique » ou de ce que signifie son « internationalité ». En dépit de cela, le Traité de Montevideo de 1889 sur le droit commercial international, de même que le Traité de 1940 qui l'a remplacé, apporte une clarification en stipulant (dans des termes très similaires) que les actes juridiques seront classés comme civils ou commerciaux en fonction de la législation du pays où ils sont exécutés[3972]. Cela signifie que la qualification juridique de ces actes dépendra des dispositions légales en vigueur dans l'État concerné où lesdits actes s'accomplissent. En outre, lesdits Traités ne distinguent pas les contrats conclus avec des parties vulnérables, comme ceux impliquant les contrats de consommation ou de travail, ne les excluant pas, par conséquent, de leur champ d'application.

Par ailleurs, ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont approfondi la définition de ces concepts dans le cadre des Traités de Montevideo. Cependant, l'étude de la jurisprudence des États signataires révèle l'application des Traités de Montevideo en matière de droit civil à diverses catégories de contrats internationaux, parmi lesquels figurent notamment les contrats de vente internationale de marchandises[3973], les actes unilatéraux de

[3972] Selon l'art. 1er du le Traité de droit commercial international de Montevideo de 1889 : « Les actes juridiques seront considérés comme civils ou commerciaux conformément à la loi du pays dans lequel ils sont exécutés » ; pour ce qui est du Traité de droit commercial terrestre international de 1940, son article 1er dispose le suivant : « Les faits et les actes juridiques seront considérés comme civils ou commerciaux, conformément à la loi de l'État où ils ont lieu ». Cf. Corte Suprema de Justicia, Centro Internacional de Estudios Judiciales, *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994* : Tratados de Montevideo y Convenciones interamericanas sobre derecho internacionalprivado, Alonso y testanova, Asunción, Paraguay, 1998, p. 99 et 187 (traduction libre de l'espagnol).

[3973] V., p. ex., Argentine, CSJN, *Gobierno de la República del Perú c. SIFAR Sociedad Industrial Financiera Argentina*, 10 décembre 1956.

représentation[3974], les contrats de prestation de services[3975], les contrats accessoires de garantie hypothécaire[3976], les contrats de cession de créances[3977], un contrat international de vente de biens immobiliers[3978], et même un contrat international d'événement sportif (un match de football) qualifié comme un contrat de consommation[3979].

(b) Code Bustamante

659. Le Code Bustamante est une réglementation de caractère global, ce qui peut être déduit de son titre : « Convention et Code de droit international privé ». Cela veut dire qu'il était conçu pour régir intégralement les matières de droit international privé, se caractérisant par sa nature de véritable codification globale et générale de droit international privé.

En ce qui concerne la matière contractuelle, il est intéressant de noter, en premier lieu, la division opérée par le Code entre les « contrats civils » et les « contrats commerciaux ». Dans le Livre Premier, intitulé « Droit civil international », un Titre IV est dédié à la catégorie, large, des « Obligations et contrats ». Ce Titre régit les « Contrats en général » (Chapitre II). Il contient notamment des réglementations spécifiques, par exemple, relatives au contrat de mariage (Chapitre III), à la vente, à la cession de créances et à la novation (Chapitre IV), au louage (Chapitre V), aux cens ou aux rentes (Chapitre VI), aux sociétés (Chapitre VII), le prêt (Chapitre VIII), au dépôt (Chapitre IX), aux contrats aléatoires (Chapitre X), aux transactions et compromis (Chapitre XI), au cautionnement (Chapitre XII), au gage, à l'antichrèse et à l'hypothèque (Chapitre XIII), aux quasi-contrats (Chapitre XIV) et aux concours et priorité de créances (Chapitre XV). La prescription est enfin traitée dans le Chapitre XVI du même Titre.

Ensuite, un deuxième livre traite spécifiquement du droit commercial international. Dans ce « Livre II », le Code réglemente de façon générale les contrats commerciaux dans le Chapitre V du Titre I intitulé « Dispositions générales sur les contrats commerciaux ». Le Titre II, « Des contrats spéciaux du commerce », est lui-même subdivisé en six chapitres. Il contient des règlements sur les sociétés commerciales (Chapitre I), la commission commerciale (Chapitre II), le dépôt et le prêt commerciaux (Chapitre III), le transport terrestre (Chapitre IV), les contrats d'assurance (Chapitre V), le contrat et la lettre de

---

[3974] V. Argentine, Juz. Nac. Com., Buenos Aires, *Cistern S.R.L. c. José Piccardo S.A.I.C.*, 7 octobre 1976.

[3975] V. Argentine, CSJN, *Lamas, Emilio Luis c. Banco Mercantil del Río de la Plata Montevideo*, 15 mars 1968 ; v. aussi, Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Septimo Turno, arrêt n° 229/08, *Royal & Sun Alliance Seguros Uruguay Sociedad Anonima c. Panalpina, Pantainer Express Line* », 10 octobre 2008.

[3976] V. Argentine, CSJN, *Avaluar SGR c. Luvama*, 11 juillet 2007.

[3977] V. Argentine, CSJN, *Méndez Valles c. Pescio*, 26 décembre 1995, précité n° 174.

[3978] V. Argentine, CCiv y Com., Sala G, *Smulevich, Alberto c. Disi, Roberto,* Buenos Aires, 9 août 1989.

[3979] V. Argentine, Juz. Nac. Civ. 73, *Nunnari Juan Ignacio c. Club Atlético Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, 23 février 2016.

change ainsi que les effets de commerce semblables (Chapitre VI). Un Titre III est dédié spécialement aux contrats du commerce maritime et aérien.

En résumé, le Code Bustamante établit un cadre réglementaire vaste qui s'applique à une gamme étendue de contrats internationaux. En suivant cette approche, les tribunaux des États contractants ont déjà appliqué les normes du Code à différents types de contrats. Ils l'ont utilisé, par exemple, pour des contrats internationaux de vente internationale de marchandises[3980], de prestation de services[3981], d'hypothèque maritime[3982], mais également pour des contrats de travail et de consommation[3983].

Par ailleurs, il convient de noter que le Code Bustamante n'a pas donné une définition des catégories de contrats qu'il connaissait (civil ou commercial) ni de critères d'internationalité d'un contrat. Cependant, plusieurs types de contrat sont mentionnés expressément par le Code et rangés dans l'une ou l'autre des catégories, comme cela vient d'être rappelé. De plus, il convient de préciser que l'article 164 dudit Code laisse une telle classification à la loi du juge saisi. Selon cet article, « La nature et le classement des obligations sont soumis à la loi territoriale »[3984].

(c) Convention de Mexico

660. Définition du champ d'application matériel. La Convention de Mexico détermine la loi applicable aux contrats internationaux (art. 1). Elle s'appliquera également à tous les nouveaux modes de contrats qui émergent avec le développement du commerce international, y compris ceux conclus par voie électronique (art. 3). La Convention ne définit pas la notion des « contrats », mais rapporte une définition autonome et restrictive de « l'internationalité » de ceux-ci, en ciblant exclusivement les contrats impliquant des États parties à la Convention[3985].

En principe, la Convention de Mexico s'applique à tous les contrats de droit privé. Cela veut dire qu'il n'est pas requis que le contrat soit « commercial »[3986], de sorte que les règles

[3980] P. ex., Chili, CS, Civ., Exequatur n° 104262-2020, *I. Schroeder KG GMBH Co.*, 19 juillet 2021.

[3981] P. ex., Chili, CS, Civ., Casación fondo n° 22198-2019, *Newcom International Peru S.A. c. Proveedora de Telecomunicaciones Chile Limitada*, 23 avril 2021.

[3982] P. ex., Brésil, STJ, 4ª Turma, REsp n° 1705222-SP, 16 novembre 2017.

[3983] P. ex., dans le contexte d'un contrat de consommation, v. Brésil, TJDFT, 8ª Câmara Cível, Processo n° 07128711720218070001-1625186, Brasília, 4 octobre 2022 ; dans le contexte des contrats de travail, v. Brésil, TRT-2, 4ª Turma, RO-472200744202000-SP, 15 mai 2009.

[3984] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.*, p. 144-223.

[3985] Pour l'implication de cette définition sur le champ d'application territoriale de la Convention de Mexico, v. *infra* n° 674.

[3986] Pour les discussions à ce sujet, v. R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 25 et s.

de la Convention s'appliquent en théorie aussi aux contrats conclus avec une partie faible, comme les contrats de consommation ou les contrats de travail.

La Convention s'applique également aux contrats conclus entre les États, institutions ou organismes publics, ou à ceux auxquels ils sont parties, sauf si les parties l'excluent expressément (art. 1, alinéa 3)[3987]. Toutefois, les États parties peuvent restreindre le champ d'application matériel de la Convention à certains types de contrats, conformément aux dispositions de l'article 1, alinéa 4[3988].

661. Matières exclues du champ d'application de la Convention. Une série de situations concrètes est exclue du champ d'application de la Convention de Mexico[3989]. L'article 5 de la Convention contient une liste « exhaustive » des matières qui sont exclues de son champ d'application. Selon cet article, la Convention ne s'applique pas aux questions découlant de l'état civil des personnes physiques, à la capacité des parties, ou aux conséquences de la nullité ou de l'invalidité du contrat qui découlent de l'incapacité de l'une des parties ; aux obligations contractuelles qui ont comme objet principal des questions successorales, testamentaires, de régimes matrimoniaux ou celles qui découlent des relations familiales ; aux obligations découlant des titres de créance ; aux obligations provenant de la vente, du transfert ou de la commercialisation de titres dans les marchés de valeurs mobilières ; aux accords sur l'arbitrage ou sur le choix du for ; aux questions de droit des sociétés, y compris l'existence, la capacité, le fonctionnement et la dissolution des sociétés commerciales et des personnes juridiques en général. De plus, lors de la ratification ou de l'adhésion, les États peuvent exempter certaines catégories de contrats de l'application de la Convention de Mexico (art. 1, alinéa 3)[3990].

Puis, les dispositions de la Convention de Mexico ne sont pas applicables aux contrats qui sont régis par « des *normes autonomes* dans le droit conventionnel international en vigueur entre les États parties à ladite Convention » (art. 6), comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, par exemple[3991].

[3987] L'article énonce encore que : « Cependant, tout État partie peut, au moment de signer, de ratifier 1a présente Convention ou d'y adhérer, déclarer que celle-ci ne s'appliquera pas à tous les contrats ou à certains types de ces contrats auxquels l'État, les institutions ou organismes publics sont parties ». Cf. Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[3988] Selon cet article : « Tout État partie peut, au moment de signer, de ratifier la présente Convention ou d'y adhérer, déclarer quels types de contrats celle-ci ne s'appliquera pas ». Cf. *Ibidem.*

[3989] Pour une analyse détaillée de chaque exclusion, v. R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.*, p. 31 et s.

[3990] Cf. Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[3991] *Ibidem*.

3. Champ d'application spatial

662. Champ d'application spatial actif et passif. Le champ d'application spatial détermine quels pays appliquent un traité international, les pays dans les rapports avec lesquels ils le font, et le contact ou le lien exigé pour que le traité s'applique par rapport à ces pays.

L'application spatiale des traités implique un raisonnement en deux étapes. La première, qualifiée par une partie de la doctrine[3992] de champ d'application spatial actif, concerne l'identification de l'État qui doit appliquer un traité spécifique. De manière logique, pour qu'un État soit tenu d'appliquer un traité donné, il doit avoir consenti librement à ce traité en exprimant sa volonté d'y adhérer, notamment grâce au processus de ratification. Par conséquent, dès qu'un État ratifie un traité, du point de vue du droit international, il est tenu de s'y conformer[3993]. Transposée au droit international privé, cette donnée signifie que, dès lors qu'un juge d'un État partie à un traité déterminé est saisi, ce traité aura vocation à s'appliquer. Cela est notamment fondé sur le précepte généralement admis de *pacta sunt servanda*.

Dans une seconde étape, une fois que ce champ d'application spatial actif est établi, il est nécessaire de déterminer vis-à-vis de quels autres États ce traité s'appliquera, ou, en d'autres termes, le champ d'application spatial passif. Ce dernier demande de vérifier non seulement à l'égard de quels pays un traité s'applique, mais également quel est le lien déterminant (ou les liens déterminants) pour que le traité s'applique à l'égard de ces pays.

663. « Traités-contrats » et « traités normatifs ». Pour déterminer le champ d'application passif, il est intéressant de rappeler une division doctrinale assez classique du droit international public entre deux types ou catégories de traités, qui est périodiquement discuté dans les milieux académiques : d'un côté, les « *traités-contrats* » (*contract treaties*) ; et, d'autre côté, les « *traités normatifs* » (*law-making treaties*)[3994].

Comme la doctrine spécialisée l'a spécifié[3995], d'une part, le « traité-contrat » est basé sur une notion contractuelle et contient des obligations réciproques ou consensuelles. Il prévoit

---

[3992] V., en particulier, M. B. Noodt Taquela, mentionnant la doctrine de Goldschmidt. M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 86.

[3993] Pour une analyse des occasions où les États appliquent des traités auxquels ils ne sont pas parties, comme quand les normes de conflit du for conduisent à l'application d'un droit étranger et celui-ci est partie à un traité (notamment pour ceux concernant de règles matérielles uniformes), par le biais de l'autonomie de la volonté, ou encore, en cas de lacune de la loi interne, v. M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 86-87.

[3994] Cf. Second Report on the Law of Treaties by Sir Gerald Fitzmaurice, UN Doc. A/CN.4/107, YILC 1957, Vol. II, p. 54. Pour une discussion approfondie sur le sujet, v. C. Brolmann, « Law-Making Treaties: Form and Function in International Law », *Nordic Journal of International Law*, 2005, vol. 74, p. 383-404.

[3995] V., en particulier, C. Brolmann, « Law-Making Treaties: Form and Function in International Law », *op. cit.,* p. 383-404.

un échange mutuel entre les parties, avec des droits et des obligations, et implique un traitement spécifique de la part et envers chacune des autres individuellement. Cette notion repose, ainsi, sur les préceptes de la liberté contractuelle et du consentement en tant que fondement de l'obligation. D'autre part, l'essence d'un « traité normatif » repose essentiellement sur l'absence de réciprocité ou de caractère synallagmatique avec d'autres parties au traité. En d'autres termes, ces traités se définissent comme un engagement unilatéral d'un État « envers le monde entier plutôt qu'envers des parties particulières »[3996]. Les traités relatifs aux droits de l'homme en sont un exemple évident. Sur ce type de traité, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a déjà statué que, dans de tels cas, les États « assument diverses obligations, non pas en relation avec d'autres États, mais à l'égard de l'ensemble des individus relevant de leur juridiction »[3997]. Cette dynamique présente des similitudes avec les conventions de droit international privé. Elle peut donc nous être utile dans la discussion du champ d'application territorial des conventions étudiées.

664. Traités « classiques » (*inter partes*) et traités « universels » (*erga omnes*). Cette division des traités en droit international public a des implications significatives pour le champ d'application spatial des traités. Sur la base de cette approche, la doctrine de droit international privé a également classifié les traités en fonction des critères utilisés pour déterminer leur sphère géographique d'application, bien qu'en faisant appel à une terminologie différente. Une distinction est généralement établie entre les traités « communs », « classiques » ou, encore, d'*effet inter partes*, d'une part, et, les traités « universels » ou d'*effets erga omnes*, d'autre part[3998]. Les traités de type « universel » ont des caractéristiques normatives, tandis que les traités « classiques » se rapprochent des traités-contrats, dans la tradition publiciste.

Par ailleurs, sans recourir à une terminologie spécifique, l'Institut de Droit international, lors de sa session de Dijon en 1981, a également suivi cette distinction en ce qui concerne les traités portant sur le droit applicable. Il a distingué ceux qui « régissent exclusivement

[3996] Cf. Second Report on the Law of Treaties by Sir Gerald Fitzmaurice, UN Doc. A/CN.4/107, YILC 1957, Vol. II, p. 54.

[3997] La Cour interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que « les traités modernes relatifs aux droits de l'homme en général, et la Convention américaine en particulier, ne sont pas des traités multilatéraux de type traditionnel conclus en vue d'accomplir l'échange réciproque de droits pour le bénéfice mutuel des États contractants. Leur objet et leur raison d'être visent la protection des droits fondamentaux des individus humains […] Les États […] assument diverses obligations, non pas en relation avec d'autres États, mais envers tous les individus relevant de leur juridiction ». Cf. L'effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Art. 74 et 75), Avis Consultatif OC-2/82, 24 septembre 1982, Cour interaméricaine des droits de l'homme, sér. A, n° 2, 1982 (traduction libre de l'anglais).

[3998] V. E. Vitta, « International conventions and national conflict systems, Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1979, vol. 162, p. 170 ; v. aussi, M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 53 et 95. Celle-ci ajoute une troisième catégorie, celle du « champ d'application spatial élargi ». Cette catégorie inclut les traités qui exigent seulement qu'un des États parties ait des liens avec la situation pour s'appliquer, souvent des traités contenant des normes de droit uniforme, comme c'est le cas de la CVIM.

des situations présentant certains liens avec un État contractant » et ceux qui « ne contenant pas pareille restriction » (résolutions, art. 4.4)[3999].

Fondés sur le principe de réciprocité, les traités de type « classique » ont un champ d'application spatial passif restreint. Leur application se limite aux pays qui les ont ratifiés ou auxquels ils ont adhéré, et où ils sont en vigueur. Ainsi, du point de vue d'une situation juridique spécifique, pour qu'un traité soit applicable, il est nécessaire qu'il implique au moins deux États parties au traité et que cette implication soit pertinente à la substance du traité[4000]. Cependant, certains traités, parfois en raison de leur ancienneté, ne précisent pas le lien ou les liens que la situation doit présenter avec un ou plusieurs États les ayant ratifiés pour que ce traité s'applique. Dans de tels cas, il est impératif d'établir quel élément détermine le champ d'application spatial du traité. La doctrine a suggéré diverses approches pour déterminer le type de lien que la situation juridique doit avoir avec un État spécifique, en explorant, par exemple, les domaines régis par le traité lui-même[4001], ou en utilisant des principes généraux pour définir les critères à prendre en considération[4002].

Les traités dits « universels » (ou « *erga omnes* ») sont ceux qui s'appliquent aux situations impliquant à la fois les pays qui les ont ratifiés et ceux qui ne l'ont pas fait. Conformément à ce que nous avons décrit comme étant la portée spatiale active, ces traités ne sont appliqués en tant que source du droit que par les pays signataires, mais leur portée spatiale passive, étant universelle, couvre les cas relatifs à n'importe quel pays[4003]. Comme l'explique le professeur Edoardo Vitta, ces types de conventions remplacent entièrement les règles de conflit des États contractants précédemment applicables aux questions couvertes par ces conventions. Et, une fois intégrées aux divers systèmes nationaux, les dispositions de ces conventions « constituent en quelque sorte des règles à effet général », qui « s'appliquent à tous les cas relevant d'une catégorie donnée, indépendamment des législations étrangères auxquelles elles pourraient être liées »[4004]. Comme le souligne la professeure María Blanca Noodt Taquela, « lorsqu'un État adhère à un traité universel, il modifie ses règles de droit international privé internes, ce qui signifie qu'il adopte la règle

[3999] « Art. 4.4. Les traités sur le droit applicable qui régissent exclusivement des situations présentant certains liens avec un État contractant doivent contenir des dispositions sur l'applicabilité dans l'espace définissant les situations visées. Les traités ne contenant pas pareille restriction devraient le préciser par une disposition expresse qui pourrait être ainsi formulée : « Les règles du présent traité sont applicables, même si la situation ne présente aucun lien avec l'État contractant ». Cf. A.E. von Overbeck (rapporteur), *Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités*, 23e Commission, Session de Dijon, Institut de Droit International, 1981.

[4000] M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 91.

[4001] *Ibid*, p. 92.

[4002] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 159 et s.

[4003] M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 95-96.

[4004] E. Vitta, « International conventions and national conflict systems, Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 172-173.

conventionnelle comme une *règle autonome de droit international privé* »[4005]. En d'autres mots, cela signifie que le traité devient le « droit commun » de cet État.

Les traités universels sont typiquement présents dans les accords conventionnels qui harmonisent les règles de conflit de lois, donc ceux qui contiennent des dispositions déterminant la loi applicable, tels que le Règlement Rome I (art. 2 : « La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre ») et la Convention de La Haye relative à la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation de 1978 (art. 4 : « La loi désignée par la Convention s'applique même s'il s'agit de la loi d'un État non contractant »), cette dernière ratifiée par l'Argentine.

En l'absence de dispositions explicites concernant le champ d'application spatial d'un traité, quel critère convient-il d'adopter ? La professeure María Blanca Noodt Taquela nous répond qu'en cas de silence, il « s'agit du système conventionnel classique […] *à moins que la nature du traité ne nécessite une autre approche* »[4006]. Cela peut être, par exemple, le cas des traités classiques de droit de l'homme, ou même, les traités de droit international privé contenant des règles de conflit de lois.

665. Classification des traités latino-américains quant au champ d'application temporel passif. Les traités latino-américains étudiés, particulièrement les Traités de Montevideo et le Code Bustamante (le cas de la Convention de Mexico est plus débattu), sont considérés comme des traités de type « classique », car ils ont expressément établi qu'ils s'appliquent entre les États parties. Cependant, malgré cette intention des États parties, comme nous le verrons ci-après, les tribunaux ont parfois outrepassé ce cadre et ont appliqué les traités dans des contextes impliquant des pays tiers.

Pour ce qui est de la Convention de Mexico, elle contient à son article 2 une disposition explicite à portée universelle semblable à l'article 2 du Règlement Rome I, permettant que la loi applicable soit celle d'un État non-signataire. Néanmoins, l'article 1.2 restreint son champ d'application matériel aux contrats conclus *entre les États parties*, remettant en question — voire excluant — son caractère universel initial, comme prévu à l'article 2. Cette situation a donné lieu à des controverses et divergences d'opinions doctrinales concernant le véritable caractère universel de la Convention.

En raison de ces ambiguïtés, une analyse détaillée du champ d'application spatial de ces conventions est nécessaire.

[4005] M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 96 (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[4006] *Ibid*, p. 97 (traduction libre de l'espagnol).

(a) Traités de Montevideo

666. Champ d'application spatial actif. Le territoire couvert par les Traités de droit civil international de Montevideo soulève un certain nombre de questions. Rappelons que le Traité de Montevideo de 1889 a été ratifié par l'Argentine, la Bolivie, le Pérou, le Paraguay et l'Uruguay. La Colombie y a adhéré postérieurement. La version révisée, le Traité de Montevideo de 1940, fut quant à lui ratifié par l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay.

Aucune orientation n'existe concernant le champ d'application territorial desdits Traités, que ce soit pour la version de 1889 ou pour celle de 1940. L'article 68 du Traité de 1889 dispose seulement que « le Traité entrera en vigueur à compter dudit acte [de dépôt de l'instrument de ratification] »[4007]. Cependant, l'article 66 du Traité de Montevideo de 1940 fournit une piste[4008]. Selon cet article : « Une fois procédé à cette formalité, ce Traité entrera en vigueur instantanément *entre les États* qui l'auront accomplie, pour une période indéfinie, et ce avec *abrogation automatique* du Traité précédemment signé à Montevideo le 12 février 1889 »[4009].

De ce fait, selon l'article 66 mentionné, l'ancien Traité de Montevideo de 1889 reste sans effet pour l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay, États parties au Traité de 1940. En d'autres termes, le Traité de 1889 reste en vigueur (champ d'application spatial actif) seulement pour les États qui n'ont pas ratifié la version révisée du Traité, c'est-à-dire la Bolivie, le Pérou et la Colombie.

667. Champ d'application spatial passif : application « entre États parties ». Les articles mentionnés des deux Traités ne répondent pas à la question de savoir si les Traités de Montevideo exigent la réciprocité, auquel cas ils ne seraient applicables que dans les relations entre États parties, ou s'ils ont une application universelle. Par exemple, les juridictions colombiennes, boliviennes ou péruviennes (États parties au premier Traité) doivent-elles continuer à appliquer le Traité de 1889 pour les relations contractuelles ayant des liens avec l'Argentine, le Paraguay ou l'Uruguay (États parties au deuxième Traité) ? Ou, à l'inverse, l'Argentine, le Paraguay ou l'Uruguay peuvent-ils appliquer le Traité de 1940 à des affaires liées à la Colombie, la Bolivie ou le Pérou ? Les textes conventionnels n'apportent aucun élément de réponse à ces questions, laissant subsister une zone d'incertitude juridique sur cette question. Alors que le Traité de 1889 reste muet sur la

[4007] Par ailleurs, le même est prévu par le Traité de droit commercial international de 1889 (articles 49 et 50). V. OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Textos de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado (1889, 1939 y 1940),* Washington, D.C., Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, mars 1973 (traduction libre de l'espagnol).

[4008] Il convient de noter que le Traité de 1940 sur le droit commercial terrestre international contient une rédaction identique à l'art. 55. Toutefois, curieusement, celui sur le droit de navigation commercial international (art. 45) ne comporte pas l'expression « entre les États », ayant une rédaction identique à celle du Traité de droit civil international de 1889.

[4009] Traduction cf. *JDI*, 1956, p. 482-509 (original sans italiques).

question, l'article 66 du Traité de 1940 se borne à expliquer qu'il s'applique « entre les États [contractants] ». Une autre piste se trouve dans les préambules des Protocoles additionnels de 1889 et 1940 qui établissent leurs objectifs « de fixer des règles générales pour l'application *des lois de l'un des États contractants sur les territoires des autres* [États contractants], dans les cas déterminés par les traités conclus sur les diverses matières du droit international privé »[4010].

En l'absence de mention explicite, la jurisprudence et la doctrine latino-américaines ont le plus souvent tendance à restreindre l'application de ces traités aux relations entre les États parties, leur conférant un caractère commun plutôt qu'un caractère universel[4011]. Selon le professeur argentin Werner Goldschmidt :

> « Les Traités de Montevideo sont des traités communs et ne constituent pas des traités universels. En d'autres termes, les accords en question sont appliqués exclusivement par les pays où ils sont en vigueur et seulement dans les cas provenant de ces mêmes pays. En revanche, si les accords avaient été universels, même s'ils n'avaient été appliqués que par les pays où ils sont en vigueur, ils auraient, cependant, trouvé application dans n'importe quel cas, quel que soit le pays d'origine de ce cas. »[4012]

Cette interprétation suggère ainsi que les Traités de Montevideo ne s'appliqueraient pas lorsque la relation contractuelle « provient » d'un État non-signataire desdits traités. Une telle portée *inter partes* des Traités de Montevideo a encore été confirmée par la jurisprudence des États signataires, en particulier en Argentine et en Uruguay, où les décisions judiciaires abondent quant à l'application de ces Traités. Dans certains États, des tribunaux et d'autres organes ont statué que ces accords ne devaient pas être appliqués lorsque le différend concernait des États qui ne les avaient pas ratifiés.

Par exemple, en *Argentine*, dans le jugement d'un tribunal de première instance datant du 7 octobre 1960 (*Estudios Espíndola c. Bollati, Cristóbal J.*) concernant un contrat conclu en Argentine et exécuté au Chili, il a été décidé que « la République [de l'Argentine] n'est pas liée avec celle du Chili par des traités sur la question qui seraient applicables (par exemple, le Chili n'a pas ratifié les Traités de Montevideo), ce qui signifie qu'il faut se

---

[4010] Traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques.

[4011] En mentionnant qu'il est généralement admis qu'en cas de silence, le traité doit être considéré comme un traité « commun », sauf si la nature de la question exige une autre solution, v. M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 97 ; En soutenant l'application *inter partes* des Traités de Montevideo, v., en particulier, M.M. Albornoz, *thèse*, *op. cit.*, p. 55 ; F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse, op. cit.*, p. 32 ; et C. Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado*, t. III, *op. cit*., p. 277, pour qui les traités s'appliquent nécessairement « si le cas relève du champ d'application d'un traité qui lie les États affectés par celui-ci ». De manière générale, v. aussi, P. Orejudo Prieto de Los Mozos, « Le droit international privé colombien et le projet de loi modèle de l'OHADAC », *in* J.C. Fernández Rozas (dir.), *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe : Estudios y Materiales Preparatorios y Proyecto de Ley Modelo Ohadac de Derecho Internacional Privado de 2014*, Madrid, 2015, p. 119-134, p. 122 ; et E. Vitta, « International conventions and national conflict systems, Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 170.

[4012] W. Goldschmidt, « Droit international privé latino-américain », *JDI*, 1973, p. 68.

tourner vers la source de droit interne pour trouver les règles indiquant le droit applicable au cas d'espèce »[4013].

Le 12 avril 1976, un tribunal argentin de première instance (affaire *Ocerín, José Pascual, c. TAIM*), suivant la doctrine de Goldschmidt, a jugé que le litige relatif à un contrat de représentation en Argentine d'une société domiciliée en Espagne échappait à l'application des Traités de droit civil international de Montevideo de 1889 et 1940. La décision souligne que l'Espagne n'ayant ratifié aucun des deux traités, « ceux-ci ne s'appliquent qu'aux litiges entre pays signataires »[4014].

Dans une autre affaire de la même date (*Vincent Cinturino c. Dante Corti y Cía.*), il a été déterminé que les normes de droit international privé d'origine nationale devaient s'appliquer « car le cas d'espèce ne se rapporte, en ce qui concerne la représentation, à aucun pays signataire des traités de Montevideo »[4015]. Dans ce cas précis, il s'agissait d'un contrat international de représentation conclu entre une société domiciliée à Buenos Aires et un individu domicilié en France, mais résidant en Tunisie au moment de la conclusion de l'accord. L'accord, établi par correspondance, ne présentait ni lieu de conclusion clairement défini, ni lieu d'exécution déterminé, la représentation devant être exercée dans plusieurs pays d'Afrique occidentale ainsi qu'en Tunisie.

Lors d'une autre affaire du 7 octobre 1976 (*Cistern SRL c. José Piccardo*) portant sur un contrat de représentation internationale, impliquant un représenté domicilié à Rotterdam (Pays-Bas) et un éventuel représentant ainsi que le tiers contractant domiciliés à Buenos Aires (Argentine), la juridiction saisie a jugé que « si la situation impliquait effectivement une représentation, il s'agirait d'un cas multinational relevant des règles de droit international privé argentin de source interne (arts. 1205 à 1216 du Code civil), dès lors que cette affaire ne serait pas couverte par les dispositions des traités de Montevideo, n'entretenant de liens qu'avec l'Argentine et sans rapport avec aucun autre État partie à ces accords »[4016].

De même, une décision du 23 décembre 1993 (*Mayer y Cie. c. Ciepsa*) a établi que, « en l'absence de tout traité régissant la question et liant l'Argentine, la Suisse, l'Allemagne et l'Uruguay en même temps — seul l'Uruguay étant soumis à l'application du Traité de Droit civil international de Montevideo de 1940 —, il est nécessaire de se tourner vers les règles indirectes d'origine interne pour déterminer la loi applicable à l'emprunt

[4013] Argentine, Juz. Nac. Paz, 46, *Estudios Espíndola c. Bollati, Cristóbal J.*, Buenos Aires, 7 octobre 1969 (traduction libre de l'espagnol).

[4014] Argentine, Juz. Nac. Com. 13, Secretaría 26, *Ocerín, José Pascual, c. Talleres Auxiliares de la Industria Minera (TAIM)*, Buenoes Aires, 12 avril 1976. (traduction libre de l'espagnol).

[4015] Argentine, Juz. Nac. Com. 13, *Vincent Cinturino c. Dante Corti y Cía.*, Buenos Aires, 12 avril 1976 (traduction libre de l'espagnol).

[4016] Argentine, Juz. Nac. Com., 13, *Cistern SRL c. José Piccardo. 1 º instancia*, Buenos Aires, 7 octobre 1976 (traduction libre de l'espagnol).

international »[4017]. L'espèce concernait un différend relatif à des contrats de prêt conclus entre une société suisse et une société uruguayenne exerçant des activités en Argentine, les fonds étant transférés d'une banque suisse vers une banque allemande.

Le même raisonnement a été appliqué en *Uruguay*, où une cour d'appel a jugé que les Traités de Montevideo s'appliquaient exclusivement à des litiges ayant des liens avec des États étrangers parties aux Traités[4018].

668. Liens de rattachement requis pour l'application du Traité. La question se pose de savoir quels liens de rattachement doivent être établis pour qu'une situation juridique relève du champ d'application des Traités de Montevideo. Force est de constater que ces instruments conventionnels demeurent silencieux sur cette question fondamentale, ne fournissant aucune indication quant aux critères de rattachement exigés pour déclencher leur application.

Comme soulevé par la professeure María Blanca Noodt Taquela, en cas de silence des traités sur ce sujet, il convient de se tourner vers les matières réglementées par le traité, élément pouvant être considéré déterminant pour l'application du traité[4019]. Or, les Traités de Montevideo s'appliquent aux « matières civiles et commerciales » et les Protocoles additionnels qui les complètent énoncent dans leurs préambules que les États avaient comme objectif de « fixer des règles générales pour l'application des lois de tout État contractant dans les territoires des autres [États contractants], dans les cas déterminés par les Traités conclus sur les diverses matières de Droit international privé »[4020]. De plus, l'article 1er des deux Protocoles présente une formulation identique et dispose que « les lois des États contractants sont appliquées dans les affaires en question, que les personnes concernées soient des nationaux ou des étrangers »[4021].

Selon les termes des accords de Montevideo mentionnés, il semble, à première vue, que l'application de ces traités soit conditionnée par la loi applicable. Cela veut dire qu'ils s'appliqueront toutes les fois que la loi applicable est celle d'un État contractant, et cela, indépendamment de la nationalité des parties ou d'autres liens. À l'inverse, les Traités ne seraient pas applicables quand la loi applicable est celle d'un pays tiers[4022].

[4017] Argentine, Juz. Nac. Com. 4, Secretaría 8, *Mayer y Cie. c. Ciepsa. 1 º instancia*, Buenos Aires, 23 décembre 1993 (traduction libre de l'espagnol).

[4018] Uruguay, Trib. de Ap. en lo Civil de Cuarto Turno », arrêt n° 176/2012, *La Boliviana Ciacruz S.A. c. UABL,* 15 août 2012.

[4019] M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 92.

[4020] Protocole Additionnel, conclu le 13 février 1889 ; Protocole Additionnel, conclu le 19 mars 1940 (traduction libre de l'espagnol).

[4021] *Ibidem*.

[4022] D'un mode général, quelques auteurs latino-américains ont aussi justifié l'application des Traités de Montevideo en se basant sur les critères de la nationalité des parties ou leur le domicile. Le professeur Jürgen Samtleben mentionne des auteurs latino-américains qui ont soutenu les critères de la nationalité et du domicile

Ainsi, un contrat international de services de construction civile, conclu au Brésil entre une société domiciliée au Pérou et une société domiciliée au Brésil en vue de la construction d'édifices dans diverses villes péruviennes, devrait être soumis aux Traités de droit civil de Montevideo de 1889 lorsqu'un juge péruvien est saisi du litige, le Pérou étant partie à ce Code. Cette solution s'impose, bien que le Brésil (lieu de conclusion du contrat et du domicile du prestataire des services) ne soit pas partie au Traité, dès lors que la loi applicable serait celle d'un État partie, en l'occurrence, la loi péruvienne du lieu d'exécution des services (art. 34, alinéa 4, b).

Toutefois, la jurisprudence des États parties aux Traités a néanmoins adopté une interprétation *extensive* de leur champ d'application, en considérant l'ensemble des liens que présente la situation juridique avec des États étrangers, sans se limiter au seul critère de la loi applicable. Il s'ensuit que la présence de tout élément de rattachement avec un État tiers au sein du contrat entraîne l'exclusion de l'application des Traités de Montevideo. Selon cette conception, le contrat illustratif évoqué se trouverait exclu du champ d'application du Traité de Montevideo, dès lors qu'il présente des liens de rattachement avec le Brésil, État non partie à cet instrument conventionnel.

En Argentine, dans la célèbre affaire *Méndez Valles c. Pescio*, la Cour suprême de la Nation a pris en considération le lieu de conclusion du contrat, le lieu de situation de l'objet du contrat et le lieu où les effets du contrat sont produits pour déterminer la portée spatiale du Traité de Montevideo de 1940. Dans cet arrêt, il a été décidé d'appliquer le Traité « car il s'agit d'un contrat conclu en Uruguay dont l'objet et les effets sont localisés en Argentine, et les deux pays ont ratifié ledit accord »[4023].

Mais des décisions des tribunaux argentins de première instance ont pris en considération un éventail plus large de critères pour justifier ou écarter l'application des Traités de Montevideo. Par exemple, des critères tels que le lieu du domicile des parties ainsi que, de manière plus générale, l'absence de liens avec plus d'un État partie au Traité de Montevideo de 1940 ont été pris en compte pour exclure son application.

Dans l'affaire *Cistern SRL c. José Piccardo* de 1976, il a été souligné que les parties étaient domiciliées en Argentine et aux Pays-Bas, ces derniers n'ayant pas signé les Traités en question[4024]. Dans un contexte similaire, lors de l'affaire *Mayer y Cie. c. Ciepsa* de 1993, le tribunal a également écarté l'application du Traité de Montevideo de 1940 dans un différend impliquant des relations commerciales entre une société uruguayenne exerçant des activités en Argentine et ayant conclu un contrat international avec une entreprise

comme des critères d'application des Traités de Montevideo. V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 160, note de bas de page n° 91.

[4023] Argentine, CSJN, *Méndez Valles c. Pescio*, 26 décembre 1995, précité n° 174 (traduction libre de l'espagnol).

[4024] Argentine, Juz. Nac. Com., 13, Cistern SRL c. José Piccardo. 1 º instancia, Buenos Aires, 7 octobre 1976 (traduction libre de l'espagnol).

suisse, incluant des transferts d'argent vers l'Allemagne[4025]. En l'espèce, le tribunal a semblé tenir compte de tous les liens de la relation litigieuse avec des pays étrangers (par exemple, le lieu de domicile des sociétés, et le lieu d'exécution des obligations objet des contrats) pour statuer sur la portée d'application du Traité. Le tribunal fait, en réalité, un raisonnement par exclusion. Ainsi, selon cette décision, même si le contrat présente des liens entre deux États parties, son application sera écartée s'il existe au moins un lien avec un État tiers. En outre, dans les affaires *Ocerín, José Pascual, c. TAIM* (1976)[4026] et *Vincent Cinturino c. Dante Corti y Cía.* (1976)[4027], les juridictions argentines ont écarté l'application du Traité de Montevideo au motif que le domicile des sociétés parties au litige ainsi que le lieu d'exécution du contrat se situaient dans des États tiers au dit Traité.

En *Uruguay*, une cour d'appel a aussi eu l'occasion d'examiner le champ d'application des Traités de Montevideo et l'interaction entre les versions de 1889 et de 1940. Le 15 août 2012, le tribunal a statué sur l'application des Traités de Montevideo et a décidé que ceux-ci s'appliquent uniquement aux affaires impliquant des États parties à ces traités. Dans ce litige sur l'inexécution d'un contrat de fret international, le tribunal a examiné les rattachements de l'affaire pour déterminer le droit international privé applicable. Il a conclu qu'il existait des liens avec quatre États : la Bolivie, où le connaissement a été remis ; l'Uruguay, lieu d'exécution ; le Paraguay, où l'accident s'est produit ; et l'Argentine, où l'avarie a été déclarée. Ensuite, le tribunal a signalé que le Traité de Montevideo de 1889 avait été ratifié par l'Argentine, la Bolivie, la Colombie, le Paraguay, le Pérou et l'Uruguay, tandis que le Traité de Montevideo de 1940 avait été ratifié par l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay, mais pas par la Bolivie. Compte tenu de ces éléments, la Cour a jugé que « le Traité de Montevideo de 1889 régit indéniablement ce contrat »[4028]. Effectivement, les liens juridiques avec la Bolivie, l'Uruguay, le Paraguay et l'Argentine ont conduit le tribunal à statuer que le contrat était gouverné par le Traité de Montevideo de 1889, car ces États étaient initialement signataires de cet accord, même si, avec l'entrée en vigueur du Traité de 1940, il ne s'appliquait plus qu'à la Bolivie parmi les pays concernés par le litige.

Bien que la jurisprudence comporte des éléments de clarification de la question, nous ne pouvons pas affirmer qu'il existe une approche constante. L'application *inter partes* des Traités de Montevideo ne soulève pas de problèmes majeurs. En revanche, la définition des liens permettant de déterminer quels États doivent être pris en compte pour décider de l'applicabilité des Traités est complexe et demeure non résolue. La jurisprudence n'est pas uniforme sur cette question, mais elle tend néanmoins à adopter une approche extensive et

[4025] Argentine, Juz. Nac. Com. 4, Secretaría 8, *Mayer y Cie. c. Ciepsa. 1 º instancia*, Buenos Aires, 23 décembre 1993 (traduction libre de l'espagnol).

[4026] Argentine, Juz. Nac. Com. 13, Secretaría 26, *Ocerín, José Pascual, c. Talleres Auxiliares de la Industria Minera (TAIM)* », Buenos Aires, 12 avril 1976 (traduction libre de l'espagnol).

[4027] Argentine, Juz. Nac. Com. 13, *Vincent Cinturino c. Dante Corti y Cía*., Buenos Aires, 12 avril 1976 (traduction libre de l'espagnol).

[4028] Uruguay, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno, arrêt n° 176/2012, *La Boliviana Ciacruz S.A. c. UABL (UABL S.A., UABL Paraguay S.A., UABL Argentina S.A., UABL Bermuda Ltd.)*, 15 août 2012.

négative. Les tribunaux tiennent compte de tout lien avec des États étrangers aux traités, et ils les excluent dès qu'un facteur de rattachement avec un État tiers est détecté.

(b) Le Code Bustamante

669. Comme pour les Traités de Montevideo, le Code Bustamante n'est pas clair en ce qui concerne son application territoriale. En plus du vide normatif, la jurisprudence ne fournit que peu de précisions sur cette question, ce qui alimente les incertitudes. Cependant, les travaux du savant allemand Jürgen Samtleben sont d'une grande importance pour la compréhension du champ d'application du Code Bustamante. En tant que directeur du Département de l'Amérique latine de l'Institut Max Planck pendant plus de 30 ans (de 1971 à 2002), il a étudié la région sous toutes ses dimensions et a publié une étude très complète sur la théorie et la pratique du Code Bustamante[4029]. Dans cette étude, il propose une analyse du champ d'application du Code Bustamante pour apporter de précieux éclaircissements sur ce sujet controversé. Nous nous référerons donc fréquemment aux études de cet éminent juriste et professeur allemand lors de l'étude du champ d'application territorial du Code Bustamante.

670. Champ d'application spatial actif et passif. En ce qui concerne le champ d'application spatial actif du Code Bustamante, rappelons que seize États sont actuellement parties au Code, à savoir la Bolivie, le Brésil, le Chili, le Costa Rica, Cuba, l'Équateur, le Salvador, le Guatemala, le Haïti, le Honduras, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, la République dominicaine, le Venezuela et les Bahamas. De ce fait, sur le plan du droit international, ces seize États doivent appliquer ce traité. Cependant, à quels pays le Code s'applique-t-il ? Cette question nous amène à chercher le champ d'application spatial passif du Code Bustamante.

Tout comme les Traités de Montevideo, qui reposent sur le principe de réciprocité, l'article 2 de la Convention sur le droit international privé, qui a adopté le Code Bustamante prévoit expressément que : « Les dispositions de ce Code ne seront applicables qu'entre les Républiques contractantes et entre tous les autres États qui y adhèrent de la manière prévue ci-après »[4030]. À partir de cet article, il est clair que le champ d'application passif du Code est limité aux relations *inter partes* impliquant au moins deux États parties à la Convention. Par conséquent, comme le souligne le professeur Samtleben, le Code ne constitue pas un « droit commun » remplaçant les différents systèmes de droit international privé des États parties[4031]. Il devrait plutôt se limiter à régir les relations entre ces États

[4029] J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*: Teoría y Práctica del Código Bustamante, Parte General, Traducido del alemán por Carlos Bueno-Guzmán, Buenos Aires, Depalma, 1983, vol. 1.

[4030] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223 (original sans italiques).

[4031] Inversement, comprenant qu'il s'applique en principe de manière universelle (avec quelques exceptions), v. J. Dolinger, « The Bustamante Code and the Inter-American Conventions in the Brazilian System of Private International Law », *op. cit.*, p. 142-143.

contractants, s'appliquant aux situations impliquant deux ou plusieurs d'entre eux. Cela s'explique par le contexte dans lequel le Code fut approuvé, et le fait qu'il fut conçu comme une codification globale, comprenant également des matières de droit international public, et pour régir uniquement les relations entre les États américains[4032]. Une telle vision a été partagée par une partie de la doctrine[4033], même si, comme nous verrons ci-après, le Code a été souvent critiqué pour son caractère trop limitatif et parfois même ignoré ou écarté par la jurisprudence.

671. Les éléments de rattachement pris en compte pour l'application du Code. Malgré la restriction spatiale de l'application du Code Bustamante aux États parties, le Code ne spécifie pas clairement les critères de rattachement à prendre en compte pour la délimitation de son champ d'application territorial. Dans ce contexte, le professeur Samtleben défend l'utilisation des principes généraux pour déterminer ces critères. Parmi les principes susceptibles d'attirer l'application du Code, le professeur allemand mentionne ceux retenus en doctrine et dans la jurisprudence latino-américaine, particulièrement la nationalité et le droit applicable[4034]. En ce qui concerne le premier, il souligne que Bustamante partait du principe que le traité ne s'appliquerait qu'aux ressortissants des États signataires[4035]. Ce principe découle de ses sources d'inspiration, notamment de Mancini et de sa doctrine favorisant la nationalité comme critère de rattachement. Ainsi, dès lors que les parties au contrat ont la nationalité d'un des États parties au Code, celui-ci doit s'appliquer. Toutefois, il est crucial de souligner que, selon la logique de l'article 2 précédemment évoqué, toutes les parties au contrat doivent être nationales d'un État partie, et non pas une seule d'entre elles. Par conséquent, si l'un des contractants n'est pas national d'un État partie, la relation ne sera pas considérée comme un rapport « entre États contractants », comme l'exige l'article 2 de la Convention qui a approuvé le Code Bustamante.

En outre, selon l'auteur allemand, le Code Bustamante sera applicable dès lors que le droit applicable est celui d'un État partie[4036]. Souvent, la doctrine a affirmé que le Code serait applicable dans les cas où il y a un conflit de lois entre deux États parties. Le professeur Samtleben soulève la difficulté que ce critère peut poser en pratique et affirme qu'il

---

[4032] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 155-156.

[4033] En comprenant que le Code Bustamante a une application seulement entre États parties, *v.*, en particulier, F. Vieira da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 32 ; E. Vitta, « International conventions and national conflict systems, Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 170 ; E. Espínola, E. Espínola Filho, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Dec.-lei n. 4 657, de 4 de setembro de 1942),* comentada na ordem dos seus artigos, Livraria Freitas Bastos, 1944, vol. 2, p. 531. V. également l'opinion des professeurs Jacob Dolinger et Carmen Tiburcio, pour lesquels : « Même en admettant la théorie selon laquelle le Code Bustamante ne s'applique pas aux questions impliquant des ressortissants ou des personnes domiciliées dans des pays qui ne l'ont pas ratifié, cela signifie qu'il n'y a pas d'application contraignante, mais le Code pourra toujours être invoqué comme source doctrinale, comme nous l'avons vu ci-dessus, en traitant des conventions non ratifiées qui sont acceptées comme source du droit international » (Cf. J. Dolinger, C. Tiburcio, *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 14e éd., 2018, p. 67-68. Traducion libre du portugais).

[4034] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 159 et s.

[4035] V. *Ibid*, p. 160.

[4036] *Ibid*, p. 162-163.

pourrait être principalement utilisé comme un « critère additionnel » restreignant l'applicabilité du Code. Selon lui, les États contractants ne seraient donc pas obligés d'appliquer le Traité si la règle en question renvoie au droit d'un État tiers[4037].

En plus de la nationalité et du droit applicable, d'autres auteurs ont également avancé certains critères autonomes pour l'applicabilité du Code Bustamante, tel que la résidence ou le domicile des parties concernées, ou encore un simple élément de rattachement liant la relation litigieuse aux États ratificateurs du Code[4038]. Cependant, comme l'a bien noté le professeur Samtleben, les dispositions du Code de Bustamante n'apportent aucun fondement à cet égard[4039].

672. Les éléments de rattachement utilisés par la jurisprudence. Les critères utilisés par la jurisprudence latino-américaine en matière d'application du Code Bustamante sont très variables et il y a souvent une hésitation quant à leur utilisation. Très peu de décisions ont analysé en profondeur la question, en particulier en ce qui concerne le domaine des contrats internationaux[4040]. C'est pourquoi le professeur Samtleben affirmait qu'on ne peut attribuer aux décisions existantes qu'une « valeur probatoire limitée »[4041]. Dans d'autres domaines, il est généralement courant que les tribunaux limitent l'application du Code à des cas ayant des liens avec des États contractants, en utilisant souvent les critères de la nationalité et de la loi applicable[4042].

Même si cela est rare, le Code Bustamante a également été appliqué de manière extensive à des relations avec des États tiers. Dans de tels cas, la jurisprudence a développé peu d'argumentation pour justifier cette application expansive du Code. Malgré cette absence de conception méthodique uniforme pour l'application universelle du Code Bustamante, le professeur Samtleben, dans son étude, a identifié certains des arguments adoptés, y compris de manière implicite. Parmi ces arguments, il mentionne l'application jurisprudentielle du Code Bustamante comme constitutive de principes généraux de droit international, son application par analogie, et également en tant que source complémentaire pour pallier les lacunes du droit international privé national applicable[4043]. D'autre part, le professeur allemand rappelle que, souvent, les juges se bornent à affirmer que le Code Bustamante, en raison de sa ratification, a force obligatoire pour l'État lui-même, et qu'en vertu de son approbation par le législateur, il aurait atteint le statut de *droit positif* ; ou simplement, qu'il devrait être observé comme une loi interne. Selon le professeur

[4037] *Ibid*, p. 163.

[4038] L'auteur mentionne Ramírez Necochea soutenant que la résidence dans un État partie peut attirer l'application du Code et Fernández, selon lequel « si l'élément étranger provient de pays auxquels s'applique le Code Bustamante » ; de même, Larrea, mentionnant « autre pays intéressé […] ». V. *Ibid*, p. 164.

[4039] *Ibid*, p. 164.

[4040] *Ibid*, p. 167 et s.

[4041] *Ibid*, p. 167 (traduction libre de l'espagnol).

[4042] *Ibid*, p. 167 et s.

[4043] *Ibid*, p. 177 et s.

Samtleben, cette argumentation incomplète traduit la conception selon laquelle le Code Bustamante s'intègre pleinement à l'ordre juridique interne et que, par analogie, il serait applicable pour résoudre des questions non régies par d'autres disposition, y compris dans les relations avec des États tiers au Code[4044]. Autrement dit, le Code Bustamante revêtirait un statut de « droit commun » en matière de droit international privé, à l'instar du Règlement Rome I au sein de l'espace européen.

Par exemple, au *Brésil*, une décision du Tribunal supérieur de justice du 19 juin 2007 a rappelé que le Code Bustamante « établit le droit international entre les États américains »[4045]. Plus récemment, en septembre 2023, le Tribunal de justice de l'État du Rio de Janeiro, juridiction équivalente à une cour d'appel, s'est exprimé pour une application du Code Bustamante limitée à ses États contractants, tout en fondant cette application sur le critère de spécialité. Dans cette affaire, portant sur une dette de jeu contractée dans un casino en République dominicaine, le Tribunal a jugé que « dans le cas où il serait nécessaire de produire, dans une procédure menée au Brésil, la preuve du contenu et de la validité du droit de la République dominicaine, étant donné que les deux États sont parties à la Convention de La Havane sur le Droit international privé (Code Bustamante), la convention internationale doit s'appliquer, prévalant sur le Code de procédure civile en raison de sa spécialité »[4046].

De même, un arrêt du Tribunal de justice de l'État de São Paulo daté du 3 février 2016 a suivi le même raisonnement dans une affaire portant sur la reconnaissance de la validité au Brésil d'une hypothèque enregistrée en vertu des lois libériennes sur un navire battant pavillon libérien. En l'espèce, le tribunal a refusé la reconnaissance de l'hypothèque étrangère au Brésil, car « Le Libéria n'est signataire ni de la Convention de Bruxelles ni du Code Bustamante, des traités internationaux qui régissent la reconnaissance des garanties pour ses pays parties, comme le Brésil »[4047]. Dans cet arrêt, la Cour adopte explicitement le principe de réciprocité pour écarter l'application du Code Bustamante (et des traités en généraux). Selon l'arrêt : « les traités et conventions internationales sont *a priori* applicables aux pays qui y ont adhéré, et à aucun moment les États souverains du Brésil et du Libéria ne se sont engagés à reconnaître réciproquement l'efficacité et la validité des charges réelles affectant les navires battant leur pavillon et constitués en vertu de leur loi »[4048].

[4044] *Ibid*, p. 186-188.

[4045] Brésil, STJ, 4ª Turma, Recurso Ordinário n° 13 PE 2001/0008276-9, 19 juin 2007 (traduction libre du portugais ; original sans italiques).

[4046] Brésil, TJRJ, 9ª Câmara de Direito Privado (antiga 2ª Câmara C), APL n° 00036458520208190209, 202 300 170 999, 27 septembre 2023 (traduction libre du portugais).

[4047] Brésil, TJSP, 13ª Câmara de Direito Privado, AI n° 21539914020158260000, SP 2153991-40.2015.8.26.0000, 3 février 2016 (traduction libre du portugais).

[4048] Selon l'arrêt, d'après les normes du Code Bustamante « en principe, cet intérêt réel pourrait voir sa validité reconnue au Brésil s'il était constitué à l'étranger. Cependant, dans le cas d'un navire arborant le pavillon du Libéria, un pays qui n'a signé aucun de ces traités, ces règles ne peuvent s'appliquer. Et à cet égard, le fait que le navire arbore ou non un pavillon de complaisance n'est pas déterminant, mais plutôt le fait qu'il s'agisse d'un État avec lequel le Brésil n'a pas de convention à ce sujet. » *Ibidem* (traduction libre du portugais).

L'application *inter partes* du Code Bustamante a été également renforcée en matière prud'homale par le Tribunal supérieur du travail brésilien, qui l'a notamment fondée sur le critère de nationalité des parties. En l'espèce, un contrat de travail avait été conclu au Brésil pour l'exécution en Angleterre et dans « plusieurs pays arabes »[4049]. Le Tribunal supérieur a écarté l'application du Code Bustamante, supposément violé en l'espèce, en considérant que « bien qu'il puisse être évoqué en tant que droit positif brésilien en matière de conflits de lois dans l'espace du fait que le Brésil l'a ratifiée par la Loi 5 647/29, les réserves apportées par la loi de ratification indiquent qu'il ne peut s'appliquer que lorsque le conflit implique un Brésilien et un ressortissant d'un État ayant signé la Convention de La Havane de 1928 »[4050]. De ce fait, la Cour conclut en faveur de l'application de la loi interne de droit international privé dès lors que les pays dans lesquels les travaux étaient accomplis (Angleterre et les « pays arabes » en question) n'avaient pas adhéré au Code Bustamante.

Malgré cette position, les juridictions brésiliennes invoquent fréquemment le Code Bustamante en matière de contrat de travail, y compris dans des litiges impliquant des contrats exécutés dans des États non parties au Code ou relevant, selon ses règles de conflit, d'une loi tierce. Toutefois, comme déjà soulevé, dans la pratique juridictionnelle, le Code est souvent écarté au profit de la loi brésilienne de droit international privé, laquelle conduit à l'application de la *lex fori* dès lors que celle-ci s'avère plus favorable au travailleur[4051].

D'autres pays ont également restreint dans leur jurisprudence récente l'application du Code Bustamante à ses États parties. Un exemple est fourni par la jurisprudence de la Cour suprême du *Chili*[4052]. L'application des règles concernant les jugements étrangers du Code Bustamante y a été restreinte aux jugements provenant des pays signataires. Après avoir reconnu que le Code Bustamante s'appliquait uniquement aux États contractants, la plus haute juridiction chilienne a exclu l'application des dispositions dudit Code, préférant le droit international privé de source interne. Cependant, l'exclusion du Code Bustamante s'est appuyée souvent sur la réserve formulée par le Chili en faveur de son droit interne[4053].

Le même phénomène peut être observé au *Costa Rica,* où il a été reconnu, en matière de droit de famille, que le Code Bustamante s'appliquait seulement entre les États contractants[4054]. En matière de faillite, il a été jugé que « l'application de la Convention de Droit international privé (Code Bustamante), ratifiée par le Costa Rica par la Loi 50 du

[4049] Brésil, TST, 4ª Turma, AIRR-135240-11.2006.5.04.0261, 14 août 2009 (traduction libre du portugais).

[4050] *Ibidem* (traduction libre du portugais).

[4051] V. *supra* n° 244.

[4052] V., Chili, CS, Sala Cuarta Mixta, rol n° 154339-2023, 9 janvier 2024 ; CS, Civ., rol n° 2598-2020, 6 septembre 2022 ; et CS, Sala Cuarta Mixta, rol n° 24974-2017, 4 juin 2018 (traduction libre de l'espagnol).

[4053] *Ibidem.*

[4054] Costa Rica, Tribunal de Familia, Proceso abreviado de divorcio, Resolución n° 01195-2018, Expediente 17-001866-0292-FA, San José, 28 novembre 2018.

6 février 1930, ne peut être évoquée que par les parties contractantes de celle-ci, comme le dispose l'article 2 de la partie d'adhésion du traité »[4055]. En l'espèce, la Cour a pris en considération le critère de la nationalité pour analyser le champ d'application du Code. Selon la Cour, « l'entité ayant déclaré faillite est une société constituée et régie par les lois de la Fédération de Russie […], État qui n'a pas encore adhéré à la convention en question, ce qui rend cette dernière inapplicable pour résoudre le présent litige »[4056]. De plus, elle souligna que l'application du Code exigeait « la réciprocité entre les pays signataires », celui-ci s'appliquant uniquement aux ressortissants des États contractants, qualité que le requérant ne possédait pas[4057].

De même, s'agissant d'un contrat de travail dont l'exécution dépassait les frontières nationales, la Cour suprême de justice du Costa Rica a exclu l'application du Code Bustamante en raison du fait que certains des pays dans lesquels le travail a été accompli n'étaient pas parties à la Convention (au Costa Rica, au Guatemala et au Brésil, des pays signataires du Code, mais également au Cameroun et aux Philippines, des pays tiers)[4058].

Au *Panama*, la Cour suprême de Justice, lors de demandes d'exequatur de sentences étrangères, a également restreint l'application du Code Bustamante aux affaires ayant des liens avec les États parties à la Convention[4059]. Cette limitation a été expressément justifiée dans un arrêt du 17 mars 1997, en se basant sur la Convention de Vienne sur le droit des traités et le principe *pacta sunt servanda*, lequel dispose que les traités n'obligent que leurs parties[4060].

[4055] Costa Rica, Tribunal Segundo Civil Sección I, Solicitud de quiebra, Resolución n° 00068-2014, Expediente 13-000019-0958-CI, San José, 18 février 2014 (traduction libre de l'espagnol).

[4056] La Cour ajouta : « L'affirmation de l'appelant selon laquelle son client, étranger, peut demander l'application de ladite convention, car elle fait partie du droit interne de notre pays, mais pas dans "le cas où un ressortissant local invoquerait les normes du Code Bustamante à l'encontre d'un étranger dont le pays n'a pas ratifié le traité", est erronée. » Cf. *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[4057] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

[4058] Costa Rica, CSJ, Sala Segunda, Resolución n° 01417-2013, Expediente n° 10-000407-0166-LA, *Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte SA, c. la Caja Costarricense de Seguro Social*, 11 décembre 2013.

[4059] V., en particulier, Panama, CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, Exequator reconocimientos de sentencias extranjeras, Expediente n° 837-02, 20 décembre 2002 ; CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, Exequator ; reconocimientos de sentencias extranjeras, Expediente n° 934-02, 11 février 2004. ; CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, Exequator, reconocimientos de sentencias extranjeras, Expediente n° 906-03, 17 février 2004 ; CSJ , Sala Cuarta de Negocios Generales, Exequator, reconocimientos de sentencias extranjeras, Expediente n° 997-06, Panama, 21 septembre 2007.

[4060] Panama, CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, n° 2534672017, Comisión rogatoria librada por la Corte superior de Juneau, Alaska dentro de la demanda por daños y perjuicios instaurada por Miles West Keso contra Inui Steamship Co., Ltd., 17 mars 1997. Selon l'arrêt : « Ce qui précède est affirmé, puisque l'île de Grand Cayman ou le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, dont le premier est une possession, ne peuvent pas prendre le Code Bustamante, la Convention sur les commissions rogatoires ou lettres rogatoires et le Protocole additionnel à la Convention interaméricaine sur les commissions rogatoires ou lettres rogatoires comme référence juridique, car ils ne font pas partie de ces instruments multinationaux de manière conventionnelle et, par conséquent, ils n'ont aucun droit en ce qui concerne les avantages contenus dans ces derniers. Conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon son article 26, il est une règle fondamentale du droit international que les traités n'obligent que les parties qui y participent en vertu du principe de *pacta sunt servanda* ; un traité à partir duquel est également extrait, comme principe dans son article 34, que « les traités sont, en ce qui concerne les tiers États, *res*

La Cour constitutionnelle du *Guatemala* a adopté cette même position dans un arrêt du 16 juin 2020, censurant l'instance inférieure qui avait appliqué le Code Bustamante à un litige impliquant une société constituée aux États-Unis. S'appuyant sur l'article 2 du Code, la Cour a rappelé que ses dispositions ne régissent que les rapports entre Républiques contractantes, excluant ainsi leur application à une entité relevant d'un État non partie, tel que les États-Unis, « pays qui n'a pas ratifié ledit Code, de sorte que ce dernier ne lui est pas applicable »[4061].

De manière distincte, en *Bolivie*, la jurisprudence du Tribunal suprême de justice oscille entre deux pôles. Si, dans la majorité de décisions, l'application du Code Bustamante a été limitée aux affaires ayant un rapport avec des États contractants[4062], le Code a été également appliqué à des affaires impliquant des États tiers[4063]. Cependant, dans un cas comme dans l'autre, le choix n'a pas vraiment été expliqué.

Dans un arrêt du 15 avril 2010, la Cour suprême semble se fonder sur le principe *pacta sunt servanda* pour écarter l'application du Code Bustamante au profit du droit international privé de source interne. Elle releva que les États-Unis n'étaient pas parties au Code Bustamante et que la Bolivie, lors de sa signature, avait formulé une réserve conditionnant son approbation. Par conséquent, elle décida que « les dispositions légales de cet instrument international ne s'appliquaient pas au pays nord-américain, qui n'était pas tenu de s'y conformer »[4064]. À l'inverse, dans un arrêt du 7 mai 2018, le Tribunal suprême bolivien appliqua le Code Bustamante à un mariage entre Boliviens célébré en Argentine (non-signataire du Code), écartant le Traité de Montevideo de 1989 pourtant ratifié par les deux pays. La Cour justifia ce choix en qualifiant le Code Bustamante de « droit commun »[4065]. La Cour suprême affirma que le Code Bustamante « fut approuvé par la Loi du 20 janvier 1932, devenant ainsi *une partie de notre système juridique*, établissant *un cadre normatif commun* qui tient compte de la difficulté d'appliquer, dans les affaires internationales, les différentes réglementations internes des États »[4066]. Toutefois, cette décision s'explique probablement par le silence du Traité de Montevideo sur la question spécifique des effets du mariage à l'égard des tiers.

---

inter alios acta, c'est-à-dire qu'ils ne créent ni droits ni obligations pour eux, en comprenant par tiers États tous ceux qui n'ont pas exprimé leur consentement à être liés par de tels traités (LINARES, Julio. Droit international public. Edit. Universitaria, 2e éd., T. I., p. 277.) » (traduction libre de l'espagnol).

[4061] Guatemala, Corte de Constitucionalidad, Expediente n° 2354-2018, 16 juin 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[4062] V., en particulier, Bolivie, TSJ, Sala civil, Auto Supremo n° AS/0483/2016, 16 mai 2016 ; TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0085/2010, 15 avril 2010 ; TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0009/2010, 7 janvier 2010 ; et TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0086/2010, 15 avril 2010.

[4063] V., en particulier, Bolivie, TSJ, Sala civil, Auto Supremo n° AS/0351/2018, 7 mai 2018 ; TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0063/2011, 28 janvier 2011.

[4064] Bolivie, TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0086/2010, 15 avril 2010 (traduction libre de l'espagnol).

[4065] Bolivie, TSJ, Sala civil, Auto Supremo n° AS/0351/2018, 7 mai 2018.

[4066] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques).

Cela semble être également l'approche au *Nicaragua*. Selon une partie de la doctrine nationale, le droit interne du Nicaragua cohabite avec les conventions internationales que le pays a ratifiées en matière de droit international privé, notamment par le Code Bustamante, et peut se voir « supplanté » par elles. Le Code Bustamante est ainsi perçu par certains comme faisant « partie intégrante » du système juridique national du Nicaragua[4067].

Au *Venezuela*, l'application *inter partes* du Code Bustamante demeure le principe reconnu[4068]. Néanmoins, la jurisprudence vénézuélienne a régulièrement étendu l'application de certaines dispositions du Code au-delà de son champ territorial strict, y voyant l'expression de principes de droit international privé universellement admis[4069]. Cette démarche extensive appelle toutefois à la prudence. Comme le note avec justesse le professeur Eugenio Hernández-Bretón, une telle généralisation ne saurait s'appliquer indistinctement à l'ensemble des solutions proposées par le Code de Bustamante. L'auteur suggère notamment que l'autonomie de la volonté pourrait relever de cette catégorie de principes généraux, tout en rappelant que « le Code de Bustamante n'est pas une panacée ; nombre de ses solutions doivent être révisées, repensées et reformulées »[4070]. Cette lecture extensive trouve son ancrage jurisprudentiel dans la célèbre décision *Canal Once de Televisión* du 12 mars 1970[4071], qui a consacré l'autonomie de la volonté, telle qu'adoptée par le Code Bustamante, en tant que principe général de droit international privé d'acceptation générale.

[4067] E. Linares Rodríguez, « Le droit international privé du Nicaragua et le projet de loi modèle de l'OHADAC », *op. cit.*, p. 157-173, p. 164.

[4068] V., p. ex., l'affaire *Canal Once de Telévision*, lequel illustre cette position. Dans cette décision, la Cour a affirmé l'application *inter partes* du Code civil en s'appuyant sur la jurisprudence antérieure de la Cour suprême vénézuélienne ainsi que sur les travaux doctrinaux du professeur Gonzalo Parra-Aranguren. Le tribunal a ainsi précisé que « bien qu'il soit vrai que ladite Convention ne trouve pas application préférentielle dans le cas d'espèce, il n'en demeure pas moins que les solutions qu'elle consacre peuvent s'appliquer à des pays non signataires, tels que les États-Unis d'Amérique, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'articles ayant fait l'objet d'une réserve expresse de la part du Venezuela, conformément aux orientations établies par notre Cour suprême dans de nombreuses décisions dont le point de départ remonte à l'année 1949 [en référence à l'acceptation en tant que principe général] (V. : Gonzalo Parra-Aranguren, La fonction de la réciprocité dans le système vénézuélien de l'exequatur, Caracas, 1961) ». Cf. Venezuela, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *Canal Once de Télévision*, 12 mars 1970, *op. cit*., p. 241 (traduction libre de l'espagnol). Dans le même sens, v. TSJ, Expediente 0493, n° 01321, Sala Político Administrativa, 3 juillet 2001 ; TSJ, Expediente 12-178, n° EXE.000487, Sala de Casación Civil, Exequátur, 6 août 2013, selon lequel : « Par conséquent, le Code Bustamante ne régit que les relations entre les États contractants » (traduction libre de l'espagnol).

[4069] E. Hernández-Bretón, « Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: ensayo de derecho privado », *op. cit.*, p. 389-391.

[4070] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[4071] Selon le jugement : « Il ne fait donc aucun doute, de l'avis du Tribunal, que le principe de l'autonomie de la volonté est consacré par le Code de Bustamante comme critère principal, aussi bien pour les obligations conventionnelles de nature civile que pour celles de caractère commercial ; et ce point de vue, admis dans des articles non réservés par le Venezuela, constitue indubitablement un principe de droit international privé accepté par la législation vénézuélienne, qui doit être appliqué en tant que tel à l'égard des pays non liés par ladite Convention, conformément à la position adoptée par notre Cour suprême ». Cf. Venezuela, Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *Canal Once de Télévision*, 12 mars 1970, *op. cit*., p. 242 (traduction libre de l'espagnol).

*
* *

673. Conclusions sur l'application territoriale du Code Bustamante. Bien que le Code Bustamante circonscrive en principe son champ d'application aux relations entre États contractants, et que la jurisprudence majoritaire respecte cette limitation, certaines décisions ont toutefois, comme l'on vient d'observer, appliqué le Code à des litiges soumis à la loi d'un État tiers ou en lien avec ces États. Ces juridictions n'ont toutefois pas élaboré une justification théorique cohérente pour expliquer l'extension du champ d'application au-delà des limites strictement conventionnelles. En outre, le Code ne spécifie pas les critères déterminants pour décider si un contrat est lié à l'un de ces États, et la jurisprudence n'est pas uniforme sur ce point, bien que certains facteurs, tels que la nationalité, la loi applicable et le lieu d'exécution, aient été fréquemment évoqués.

Par ailleurs, cette application *inter partes* a suscité des critiques, notamment en raison de son caractère trop restrictif et inadapté à des domaines comme la loi applicable aux contrats internationaux. L'exigence de réciprocité pour l'application du Code Bustamante a été souvent objet de critiques de la part d'une partie de la doctrine. Selon le professeur Jürgen Samtleben, le principe de la réciprocité est caractéristique des traités de droit international public, et non de ceux de droit international privé. Comme l'a indiqué l'auteur, cet argument n'est pas valide en ce qui concerne les traités créant du droit international privé, « car ils ne sont pas destinés à satisfaire les intérêts des États contractants en tant que tels, mais à traiter correctement les cas de droit privé »[4072]. D'autre part, selon le même auteur, cette restriction d'application doit être relativisée, car elle est minime par rapport au caractère universaliste du Traité, qui incarne de manière concise les doctrines de son auteur. Selon lui, l'appellation même de « Code de Droit international privé », ainsi que la facture de ses dispositions, qui ont été conçues comme des règles générales, indiquent que ses dispositions prétendent avoir une « validité théoriquement générale », dont la portée théorique ne laisse transparaître aucune limitation d'applicabilité[4073].

Les arguments avancés par le professeur Samtleben rejoignent l'idée d'une classification des traités en différentes catégories, notamment en ce qui concerne le caractère normatif des traités de droit international privé et les conséquences que cette qualification a sur le champ d'application territorial passif, en leur conférant une dimension universelle. Par conséquent, en suivant ce raisonnement, la nature normative des dispositions du Code, et en particulier en ce qui concerne la matière de la loi applicable aux contrats, imposerait l'adoption d'une approche universelle.

Le professeur brésilien Jacob Dolinger défend également l'application universelle du Code Bustamante. Il soutient qu'une fois le Code adopté par un État, ses dispositions devraient

[4072] V. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 155-156 (traduction libre de l'espagnol).

[4073] V. *Ibidem*.

s'appliquer à l'ensemble des relations juridiques internationales, et non uniquement aux rapports entre États parties. Cette interprétation se justifie, selon lui, par la nature même des règles de conflit de lois qu'il contient : les dispositions relatives à la capacité des personnes, aux biens, aux contrats ou encore aux formalités des actes commerciaux « peuvent difficilement être limitées aux relations avec les parties des autres États membres »[4074]. Il illustre son propos en rappelant que le Code permet à chaque État contractant d'appliquer comme loi personnelle celle du domicile, de la nationalité ou toute autre loi désignée par son droit interne. Cette flexibilité impliquerait naturellement que ces règles s'appliquent à toute situation où une partie d'un État membre entretient un rapport juridique avec une partie étrangère, indépendamment de l'adhésion ou non de l'État d'origine de cette dernière au Code Bustamante[4075].

L'application réciproque du Code Bustamante fait l'objet d'une autre critique : sa portée limitée. À cet égard, le professeur Samtleben soutient qu'une telle interprétation entraverait considérablement l'application concrète du Code Bustamante, notamment en exigeant la participation de ressortissants de plusieurs États parties pour son application. Il souligne que les interactions juridiques entre les citoyens des divers États parties du Code sont peu fréquentes, et que, même si des échanges ont lieu entre ces États, ils sont souvent d'une nature distincte de la question de la nationalité[4076].

Bien que le professeur allemand ait fait cette remarque en 1983, cet aspect des relations entre les États latino-américains n'a pas évolué depuis. Les relations entre les États parties au Code Bustamante restent toujours limitées, voire réduites. Ceci s'explique en partie par la non-homogénéité des États d'Amérique latine ; seuls quelques-uns partagent des frontières communes, la plupart étant géographiquement très éloignés les uns des autres. Comme cela a été souligné précédemment dans cette étude[4077], malgré les efforts d'intégration économique déployés au cours des dernières décennies, de façon générale, les liens économiques et culturels des pays latino-américains se sont tournés vers les États-Unis, l'Europe, et plus récemment l'Asie, notamment la Chine, reléguant souvent au second plan les échanges entre les États latino-américains eux-mêmes[4078]. Cette réalité se traduit par un retard significatif dans la progression des organisations régionales d'intégration, qui n'ont jamais pleinement atteint leurs objectifs d'intégration initiaux. Par

[4074] J. Dolinger, « The Bustamante Code and the Inter-American Conventions in the Brazilian System of Private International Law », *op. cit*., p. 142-143 (traduction libre de l'anglais).

[4075] *Ibidem*.

[4076] V. *Ibid*, p. 157-158.

[4077] V. *supra* n° 61.

[4078] V., em particulier, V. Paz Milet, « Reconfiguración del escenario internacional y regional. Estados Unidos o China: ¿ Hacia dónde camina América Latina ? », *in* A. Serbin (dir.), *América Latina y el Caribe frente a un nuevo orden mundial: poder, globalización y respuestas regionales*, Barcelona, Icaria Editorial, Ediciones CRIES, Colección Pensamiento Propio, 2018, p. 205-223 ; P. Giordano, K. Michalczewsky, *Trade Trends Estimates: Latin America and the Caribbean*, IDB, 2026, en ligne https://publications.iadb.org/en/publications/english/viewer/Trade-Trends-Estimates-Latin-America-and-the-Caribbean.-2026-Edition.pdf (accès le 19 mars 2026) ; CEPAL, *Anuario Estadístico de América Latina y el Caribe*, 2025 (LC/PUB.2025/25-P/Rev.1), 2026, en ligne https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/b2476d6d-34cd-4e70-a7b7-d39e244a9070/content (accès le 19 mars 2026).

conséquent, une interprétation plus universelle du champ d'application du Code Bustamante favoriserait une mise en œuvre plus étendue de ses règles, en harmonie avec la conception contemporaine des traités de droit international privé.

Cependant, malgré les aspirations universelles avancées et leur pertinence, il est difficile de conclure à une application aussi étendue de ces instruments, étant donné que les dispositions réelles des États vont à l'encontre de cette interprétation. En effet, les États ont clairement exprimé leur intention de s'obliger mutuellement, c'est-à-dire entre eux, comme le montrent le libellé de leurs dispositions et l'interprétation dominante qu'en ont donné les tribunaux. Dès lors, nonobstant les critiques doctrinales que suscite cette restriction, l'interprétation la plus conforme au texte conventionnel consiste, à notre avis, à appliquer le Code Bustamante chaque fois qu'est désignée la loi d'un État partie.

(c) Convention de Mexico

674. Champ d'application spatial actif et passif. Sur le champ d'application spatial actif de la Convention de Mexico, malgré son intention initiale de devenir une Convention interaméricaine, la Convention de Mexico a plutôt évolué en une Convention (partiellement) latino-américaine, étant conclue exclusivement par des États latino-américains et ratifiée uniquement par deux de ces États, à savoir le Venezuela et le Mexique, ce qui en diminue considérablement son applicabilité géographique.

En ce qui concerne le champ d'application spatial passif de la Convention de Mexico, cette dernière présente des contradictions et un manque de cohérence, en particulier en raison des dispositions contradictoires des articles 2 et 1.2.

Elle se distingue de ses précédents régionaux en adoptant une perspective plus ouverte basée sur l'application à vocation universelle. Tout comme ses homologues européens, la Convention de Mexico énonce à l'article 2 que « la loi établie par la présente Convention s'applique même si cette loi est celle d'un État qui n'est pas partie à cette Convention »[4079]. Cependant, malgré le caractère universel de l'article 2 de la Convention de Mexico, l'article 1.2 de ladite Convention semble contredire l'application universelle de celle-ci, en limitant la notion d'internationalité des contrats aux contrats qui présentent des liens objectifs avec plus d'un État partie. Selon ledit article : « Il est entendu qu'un contrat revêt un caractère international lorsque les parties au contrat ont leur résidence habituelle, ou leurs établissements liés à l'opération envisagée dans d'autres États parties, ou lorsque le contrat a des rapports objectifs avec plus d'un État partie »[4080]. Cela veut dire, comme l'affirme le professeur Fernández Arroyo, que « la loi applicable au contrat peut être la loi d'un quelconque État et que, non sans paradoxe, le contrat doit avoir nécessairement des

[4079] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[4080] *Ibidem.*

rapports avec des États parties »[4081]. De ce fait, nous pouvons nous demander si l'article 1.2 ne transforme pas le caractère international du contrat en un caractère purement interaméricain, limité aux États parties à la Convention.

Les implications d'une telle approche sont considérables. En effet, si on ne s'en tient pas à une interprétation universelle de la Convention, il est possible que des litiges surviennent, qui relèveraient à la fois du champ d'application de la Convention de Mexico et du Code Bustamante. Par exemple, si un litige sur un contrat conclu entre une entreprise établie au Venezuela et une autre au Brésil est porté devant les tribunaux vénézuéliens, ceux-ci excluront l'application de la Convention de Mexico, à moins que le contrat ne présente des liens objectifs avec un autre État partie (comme l'exige l'article 1.2). Dans ce cas, si l'accord est exécuté ou négocié au Mexique, par exemple, il entrera dans le champ d'application territorial de la Convention de Mexico. Cette dernière s'appliquera (peu importe, d'ailleurs, la loi choisie par les parties, qui pourrait être celle d'un État tiers). Cependant, si le contrat en question n'a pas de liens objectifs avec le Mexique (le seul autre État partie à la Convention de Mexico), le juge n'appliquera pas la Convention de Mexico, mais pourrait appliquer le Code Bustamante, étant donné que le Brésil est, comme le Venezuela, partie au Code Bustamante et que celui-ci retient une approche *inter partes* de son application.

Cependant, la situation serait différente si l'on considère que la Convention de Mexico prévoit une application universelle. Cela serait envisageable en se basant sur l'article 2 de la Convention de Mexico, tout en écartant les conditions énoncées à l'article 1.2 concernant l'internationalité du contrat. En suivant une telle interprétation, on pourrait conclure que la Convention de Mexico s'appliquerait à tous les litiges relatifs à des contrats internationaux, quel que soit le pays avec lequel ce contrat entretient des liens. Selon cette interprétation, l'entrée en vigueur de la Convention de Mexico dans un État ayant également adopté le Code Bustamante (ou étant partie aux Traités de Montevideo) entraînerait une « dérogation » aux règles correspondantes établies par ce dernier.

Ces contradictions révèlent un manque d'ordre et de cohérence dans le système de Mexico. Comment les juges peuvent-ils interpréter la Convention de Mexico pour réconcilier ces contradictions ? La doctrine latino-américaine majoritaire s'est opposée à l'application universelle de la Convention de Mexico. Selon ces auteurs, malgré les dispositions de l'article 2, la Convention ne serait pas universelle. Et cela est dû notamment au fait que l'article 1.2 exige, pour que la Convention soit applicable, que le contrat ait été conclu entre des parties résidentes ou ayant des établissements dans des États membres différents, ou encore que le contrat ait des contacts objectifs avec ceux-ci[4082].

[4081] D.P. Fernández Arroyo, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, n° 4.

[4082] V. D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de les Estados del Mercosur, op. cit.,* p. 997.

Selon le professeur uruguayen Ruben Santos Belandro, en raison de son article 1.2, la Convention de Mexico produit uniquement des effets entre les États parties, mais pas entre ceux-ci et les États tiers. De ce fait, dans le cas des contrats qui concernent des États tiers (comme des États européens), d'autres normes conventionnelles s'appliqueront, ou, le cas échéant, les règles nationales de droit international privé[4083]. De même, pour la professeure argentine María Blanca Noodt Taquela, l'article 2 cité ne confère pas un caractère universel à la Convention ; il s'agit « simplement de renoncer à l'exigence selon laquelle l'État dont la loi est applicable doit avoir ratifié la Convention pour que celle-ci s'applique »[4084]. En outre, comme cela a été souligné par le professeur Diego P. Fernández Arroyo, « la qualification des contrats internationaux que l'on trouve à l'article 1.II, change profondément le "caractère général" annoncé dans l'article 2 […]. C'est dire que la loi applicable au contrat peut être la loi d'un quelconque État et que, non sans paradoxe, le contrat doit avoir nécessairement des rapports avec des États parties »[4085].

D'autres auteurs ont fait ressortir que l'universalité de la Convention est liée uniquement à la *loi applicable*. Cela ne veut pas dire que la Convention est universelle dans le sens communément donné par la doctrine[4086]. Selon cette interprétation, l'article 2 ne signifie pas qu'un État non-signataire doit appliquer la Convention, mais plutôt que les États parties peuvent être régis par la législation de cet État tiers[4087].

675. Une application « universelle limitée » ou un « effet *inter partes* étendu ». À notre avis, la Convention de Mexico n'a pas réussi à atteindre une portée véritablement universelle. Bien que l'article 2 semble lui conférer une telle application en indiquant que la Convention s'applique même si la loi désignée est celle d'un État tiers, son application est en réalité limitée d'une autre manière : par les exigences de l'article 1.2. Celui-ci rattache le caractère international du contrat aux États parties, restreignant ainsi le champ d'application de la Convention. C'est pour cette raison que nous comprenons que la Convention de Mexico a une application *universelle limitée*, ou, si l'on préfère, un *effet inter partes étendu*. En effet, en vertu de l'article 1.2 de la Convention de Mexico, un contrat ne peut être qualifié d'international que s'il est conclu par des parties qui sont résidentes ou établies dans des États parties, ou s'il présente des liens objectifs avec plus d'un État partie. De l'analyse de cet article émergent trois observations.

Premièrement, il convient de noter que la conjonction « ou » implique que les conditions indiquées par l'article 1.2 de la Convention de Mexico ne sont pas cumulatives, mais alternatives. Par conséquent, la Convention s'applique dès que l'une de ces conditions est

[4083] R.B. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales, op. cit.,* p. 23.

[4084] M.B. Noodt Taquela, « Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable A Los Contratos Internacionales (México, 1994) », *op. cit.*, p. 23-24.

[4085] D.P. Fernández Arroyo, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *op. cit.*, n° 4.

[4086] V. A. Dreyzin de Klor, T.N. Saracho Cornet, « Análisis de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México, 1994) », *op. cit.*, p. 43-44.

[4087] *Ibidem.*

remplie. De ce fait, si les parties sont résidentes ou établies dans des États parties, la Convention s'applique, sans qu'il y ait la nécessité de rechercher d'autres éléments de rattachement qui lient le contrat à un État partie. De même, il suffira que le contrat présente des rapports objectifs avec au moins deux États parties pour que la Convention s'applique.

Deuxièmement, il est important de noter que la Convention n'a pas spécifié quels sont les « rapports objectifs » qui peuvent être considérés lors de l'évaluation de la nature internationale d'un contrat (et, par conséquent, de l'application de la Convention). Cela peut poser un problème quant à l'interprétation uniforme de la Convention, dès lors que le juge doit, dans le cas concret, déterminer par lui-même quels sont ces rapports. Toutefois, même si la Convention n'apporte aucune précision à ce sujet, nous estimons, pour des raisons d'ordre logique, qu'il est essentiel que le rapport soit « pertinent ». Cela signifie que le lien entre celui-ci et le contrat doit être suffisamment significatif et justifié. Ce rapport objectif peut être, par exemple, le lieu d'exécution du contrat, le lieu de conclusion, ou encore la résidence ou l'établissement des parties, dès qu'ils sont pertinents. À notre avis, le seul choix de la loi d'un État partie ne paraît pas un « rapport objectif » capable de déclencher l'application de la Convention de Mexico, dès lors que celui-ci est plutôt un rattachement subjectif, qui repose uniquement sur la volonté des parties.

Par ailleurs, la nationalité des parties, utilisée comme critère de rattachement dans d'autres instruments, tels que le Code Bustamante, nous paraît également contestable en raison de son caractère souvent sans pertinence pour les relations contractuelles internationales. Ce facteur de rattachement n'a, du reste, pas été intégré dans le système de la Convention de Mexico. Ainsi, un contrat conclu entre un acheteur vénézuélien et un vendeur mexicain, tous deux domiciliés au Mexique, échapperait au champ d'application de la Convention de Mexico, dès lors que cette opération ne présenterait pas le caractère international requis par l'instrument conventionnel.

Troisièmement, il convient de mettre en évidence le choix explicite du pluriel : « rapports objectifs avec plus d'un État partie ». Par conséquent, l'article 1.2 requiert au minimum deux rapports objectifs liant au moins deux États parties.

En appliquant ces trois observations à la réalité actuelle de la Convention, le contrat sera considéré comme international (ce qui justifie l'application de la Convention) seulement s'il est conclu entre une partie résidant au Venezuela et une autre résidant au Mexique, ou si le contrat présente plus d'un lien objectif avec ces deux États. Le deuxième cas peut concerner, par exemple, un contrat conclu au Venezuela pour être exécuté au Mexique, même si les parties n'ont pas d'établissements dans ces États.

Toutefois, il est important de noter que, dès qu'une de ces deux conditions est satisfaite (soit la résidence ou établissement, soit les liens objectifs), la loi applicable peut être celle de n'importe quel pays, y compris un État non-signataire, que ce soit en raison de la désignation des parties ou des critères objectifs de rattachement de la Convention. Ainsi, un contrat conclu entre une société ayant son établissement au Venezuela et une société

sise au Mexique pourrait être soumis par les parties, par exemple, à la loi française : ce choix n'empêcherait pas l'application de la Convention de Mexico. C'est la raison pour laquelle nous avons soutenu que la Convention de Mexico bénéficiait d'une application universelle limitée, ou encore d'un effet *inter partes* étendu.

À notre avis, l'interprétation selon laquelle l'article 1.2 de la Convention de Mexico ne servirait qu'à qualifier l'internationalité du contrat, sans conditionner l'application de la Convention, apparaît difficilement conciliable avec son système général. En effet, l'article 1.1 prévoit expressément que la Convention détermine la loi applicable aux contrats internationaux, et l'article 1.2 en précise la définition de l'internationalité en fonction des « États parties ». Ainsi, pour que la Convention s'applique, le contrat doit être international, selon la définition qu'elle-même établit. Cette approche assure une interprétation autonome et uniforme de la Convention, conforme à son article 4[4088]. En outre, le recours répété à l'expression « États parties » montre que l'internationalité dépend soit de la résidence des parties dans des États parties distincts, soit de l'existence de liens objectifs avec plusieurs de ces États.

Par conséquent, tout indique que la référence aux « États parties » résulte d'un choix délibéré de la part des rédacteurs de la Convention, visant à limiter son application aux affaires ayant des points de contact avec ces États. Une interprétation dans le sens d'une application universelle de la Convention, ignorant la lettre de l'article 1.2 de la Convention de Mexico, nous semble, ainsi, difficile à accepter, car elle ne serait pas conforme à la véritable intention du législateur. Cette restriction est regrettable, car elle réduit considérablement le champ d'application pratique de la Convention, déjà limité en raison de son faible nombre de ratifications.

En somme, nous pouvons conclure que, bien que la Convention de Mexico permette que la loi applicable soit la loi d'un pays tiers à la Convention, ce qui semble, à première vue, témoigner d'une approche universelle de l'applicabilité de la Convention, cette applicabilité est en fait limitée aux contrats présentant des liens avec les États parties à travers certains facteurs de rattachement, à savoir la résidence ou l'établissement dans des États parties, ou encore par le fait d'avoir des rapports objectifs avec plus d'un État partie.

En tout état de cause, malgré les contradictions soulevées, la Convention de Mexico est le reflet d'une évolution significative dans le domaine du droit international privé latino-américain, favorisant une approche plus inclusive (bien que partielle) en permettant l'application de ses principes, même quand la loi désignée comme applicable est celle d'un État non contractant. Cette caractéristique différencie la Convention de Mexico des Traités de Montevideo et du Code Bustamante. À la différence de ces derniers, la Convention

[4088] « Art. 4 — Aux fins de l'interprétation et de l'application de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ». Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

s'applique même lorsque le contrat présente des liens avec un État tiers. En d'autres termes, même si la situation litigieuse n'est pas entièrement liée aux États parties, y compris en raison de la loi applicable, la Convention s'appliquera.

*
* *

676. Au cours de cette section, une analyse des champs d'application des instruments latino-américains concernant la loi applicable aux contrats internationaux a été menée. Cette étude des conventions en vigueur en Amérique latine traitant de ce sujet autorise les observations conclusives que voici.

Premièrement, les orientations fournies par les instruments latino-américains étudiés sont peu précises en ce qui concerne leur champ d'application. En plus de cette lacune normative, la jurisprudence et la doctrine ne sont pas uniformes sur cette question, ce qui ajoute aux incertitudes. Ceci est particulièrement vrai pour les Traités de Montevideo et le Code Bustamante, qui ont été élaborés à une époque où la conception même du droit international privé était différente, ancrée dans les principes de souveraineté et de territorialité. Par contraste avec ces traités, la Convention de Mexico, d'élaboration plus récente, se démarque en étant la première à intégrer des normes explicites définissant son champ d'application. De plus, elle adopte une approche universaliste (art. 2), même si celle-ci soulève des discussions et reste, à notre avis, limitée en raison des règles de la Convention aux États parties (art. 2, interprété en combinaison avec l'art. 1.2).

En particulier, il ressort de l'analyse de cette section que, si le *critère tempor*el ne soulève pas de difficulté particulière en raison de l'ancienneté des traités en question (1889, 1928, 1940 et 1994 pour les dates de conclusion de la première version des traités de Montevideo, du Code Bustamante et de la deuxième version des traités de Montevideo ainsi que de la Convention de Mexico, respectivement), les critères matériels et territoriaux posent de véritables défis en pratique.

En ce qui concerne le critère d'*application matérielle*, les Traités de Montevideo et le Code Bustamante établissent des règles très générales et n'éclaircissent pas ce qui relève de la catégorie des « contrats civils et commerciaux » (pour le Code Bustamante) ou, de manière plus large, des « actes juridiques » (pour les Traités de Montevideo). Ils ne disent pas non plus comment un juge devrait analyser l'aspect international de ces contrats. En revanche, la Convention de Mexico définit clairement son objet : elle détermine la loi applicable aux « contrats internationaux » et énumère les matières exclues de son champ d'application. De plus, elle est également la première à inclure une définition de l'internationalité du contrat, même si cette définition a donné lieu à des contradictions et que la notion de contrat ne soit pas définie.

Concernant le champ d'application *territorial*, des conflits peuvent survenir selon l'approche adoptée — universelle ou *inter partes* — et les rattachements à considérer. Il

ressort de cette analyse qu'aucun des instruments latino-américains n'a de véritable application universelle. Les Traités de Montevideo et le Code Bustamante se limitent à une application *inter partes*, mais ne disposent pas de règles claires concernant les critères à être pris en compte pour déterminer leur application. Par ailleurs, cette application réciproque des instruments a été critiquée par la doctrine, et parfois non respectée par la jurisprudence. Toutefois, à notre avis, l'approche la plus sûre et la plus fiable en ce qui concerne l'interprétation des textes de ces instruments est de considérer ceux-ci comme des conventions *inter partes*, même si l'on constate qu'ils présentent des caractéristiques mixtes, combinant à la fois des éléments de traités normatifs et des éléments de traités de type classique. En outre, d'autres dispositions de ces instruments spécifient clairement une application des normes limitée aux *États contractants*. Dès lors, une application *inter partes* découle d'une interprétation à la fois littérale et contextuelle des instruments en question, et elle témoigne d'un plus grand respect de la volonté des États lors de l'élaboration de ces instruments — même si cela va à l'encontre de l'esprit des normes de droit international privé et de la conception universaliste que ces types de traités revêtent généralement dans le contexte juridique contemporain.

Quant à la Convention de Mexico, celle-ci présente des dispositions contradictoires et paraît adopter une application *inter partes* étendue, acceptant que la loi applicable soit celle d'un État non partie, tout en exigeant que le contrat présente des liens spécifiques avec des États parties, plus précisément la résidence ou l'établissement, ou encore le fait d'avoir des rapports objectifs avec plus d'un État partie.

En bref, à ce jour, les possibles conflits de conventions peuvent être regroupés en trois catégories distinctes :

(i) *Conflits possibles entre les deux versions (1889 et 1940) des Traités de Montevideo* : ces conflits pourraient survenir, par exemple, devant les tribunaux argentins, paraguayens ou uruguayens, et ce, plus précisément, lorsqu'il faudra décider quelle version des traités s'applique aux accords liant, d'un côté, l'Argentine, le Paraguay et/ou l'Uruguay (les trois pays ayant ratifié les deux versions des traités), et, de l'autre, la Bolivie, la Colombie et/ou le Pérou (ces trois derniers ayant seulement ratifié la version de 1889) ;

(ii) *Conflits possibles entre le Traité de Montevideo de 1889 et le Code Bustamante* : de tels conflits pourraient apparaître lorsque des tribunaux boliviens ou péruviens sont saisis, étant donné que ces deux pays ont ratifié à la fois l'un et l'autre instrument ; et

(iii) *Conflits possibles entre le Code Bustamante et la Convention de Mexico* : ces conflits pourraient émerger lorsque des tribunaux vénézuéliens sont saisis, étant donné que ce pays a ratifié les deux instruments.

La possibilité de tels conflits conventionnels nécessite d'examiner leurs solutions potentielles.

§2 — Solutions possibles

677. Une fois examinés les domaines d'application des traités en question, et si l'analyse ne permet pas d'éviter le conflit en question, il est nécessaire de trouver des moyens de le résoudre. À ce titre, plusieurs mécanismes ont été élaborés par la doctrine et par la jurisprudence.

De façon générale, la doctrine préconise d'examiner en premier lieu si les instruments juridiques concernés contiennent eux-mêmes des dispositions visant à « neutraliser » ces conflits potentiels[4089]. Lors des négociations de traités, il est fréquent que les États décident d'inclure des dispositions permettant de définir expressément la relation du traité en question avec les instruments antérieurs ou postérieurs. Cette pratique est communément appelée de « clauses de coordination », « clauses de compatibilité » ou encore « clauses de relation », et peut se manifester de différentes manières[4090]. Or, la façon la plus simple et la plus efficace de résoudre le conflit entre traités est de l'empêcher de se produire, et les clauses de compatibilité sont un instrument approprié à cet effet.

Dans ce contexte, la première piste à explorer consiste à étudier le texte du Traité et de son système. Les États ont-ils clairement exprimé leur volonté et défini les voies de résolution d'éventuels conflits ? Y a-t-il des clauses spécifiques de coordination entre les traités, conclus ou à venir ?

Quand ces clauses de coordination sont absentes ou insuffisantes, il faut se tourner vers d'autres procédés pour trancher le conflit. À ce stade, la complexité règne en maître. Comme l'a noté la professeure Hélène Gaudemet-Tallon, « la doctrine s'est en effet vivement intéressée à ces conflits de conventions et ses travaux sont d'autant plus précieux qu'il n'y a pas de droit positif, ni texte ni jurisprudence nationale ou internationale, qui fixerait des solutions incontestables »[4091]. Malgré cela, le droit international public offre des orientations et des directives générales. En plus des dispositions de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, un ensemble de règles non codifiées, que nous examinerons dans les prochaines pages, s'avèrent utiles pour pallier cette lacune et faciliter la résolution des conflits de conventions. Par ailleurs, dans le domaine du droit international privé, la doctrine a également élaboré des principes et des règles fondés sur la nature spécifique de ces traités, considérés comme particulièrement adaptés à la matière.

[4089] V. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale, op. cit.,* p. 57-59.

[4090] Sur le concept de clauses de compatibilité et leur objet, v. M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 219 et s.

[4091] H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*, p. 152.

Comme nous allons l'observer, en Amérique latine, les traités analysés ne contiennent généralement pas de clauses de coordination ; quand elles sont présentes, elles se révèlent insuffisantes pour régir la matière. De ce fait, dès lors que les conventions latino-américaines sont souvent silencieuses sur la question (A), il convient d'analyser les réponses offertes par le droit des traités et d'examiner attentivement comment ces principes peuvent s'appliquer en face de conventions relevant du domaine spécifique du droit international privé (B).

A. L'insuffisance des clauses de compatibilité dans les traités latino-américains

678. L'interprétation et la mise en œuvre des clauses de compatibilité peuvent s'avérer complexes, surtout lorsque les traités ont été élaborés au sein de différentes organisations internationales ou ayant des objectifs divers. Ceci est le cas de l'Amérique latine, où la plupart des instruments ne comportent pas de clauses de compatibilité, comme c'est le cas des Traités de Montevideo et du Code Bustamante (1). Et, même lorsque ces clauses existent, comme dans le cas de la Convention de Mexico, leur interprétation s'avère souvent complexe et insuffisante (2).

1. Traités de Montevideo et Code Bustamante : absence de clauses de compatibilité

679. Traités de Montevideo. Les Traités de Montevideo et les Protocoles additionnels ne sont pas clairs quant à la relation entre eux-mêmes et d'autres conventions. Cependant, certaines directives existent, notamment en ce qui concerne la relation entre les deux versions des Traités de Montevideo, celle de 1889 et celle de 1940. Pour la relation avec d'autres instruments, et plus précisément, avec le Code Bustamante, le vide normatif peut être comblé (au moins en partie) grâce à la réserve faite par la Bolivie et par les interprétations jurisprudentielles et doctrinales.

Comme nous l'avons déjà évoqué, la relation entre les Traités de Montevideo a fait l'objet de débats, notamment en raison de l'ambiguïté de l'article 66 du Traité de Montevideo sur le droit civil international de 1940[4092]. Cet article dispose que l'ancien Traité de Montevideo de 1889 reste inopérant pour l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay. Il précise également que le Traité de 1940 entrera en vigueur entre les États contractants. Par conséquent, des doutes subsistent quant à la nécessité de réciprocité, c'est-à-dire sur le point de savoir si les relations entre les États parties au nouveau traité de 1940 et ceux qui

[4092] « Art. 66 — L'échange ayant été fait dans les formes prévues à l'article précédent, le présent traité entrera en vigueur à partir de cet acte, *entre les États* qui auront accompli ladite formalité, pour une durée indéterminée, demeurant, ainsi, *sans effet* le traité conclu au mois de février de l'année mil huit cent quatre-vingt-neuf ». V. *supra* n° 662 et s.

sont toujours membres du traité de 1889 sont régies par les dispositions de ce dernier[4093]. Cette interrogation peut naître dans des litiges liant l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay, actuellement parties au Traité de 1940, d'une part, à la Bolivie, le Pérou ou la Colombie, pays où la version du Traité de 1889 est toujours en vigueur, d'autre part.

680. Code Bustamante. Comme les Traités de Montevideo, le Code Bustamante ne contient pas de règle générale sur sa relation avec d'autres conventions. Dans le domaine des contrats internationaux, des conflits peuvent survenir, notamment dans les contrats ayant des liens avec la Bolivie ou le Pérou, qui sont également parties aux Traités de Montevideo de 1889.

Bien que ce domaine soit peu réglementé, certains articles énoncent des directives initiales, comme c'est le cas de l'article 350 sur l'extradition et de l'article 115 sur la propriété intellectuelle. L'article 350 accorde la priorité aux traités antérieurement en vigueur sur la même matière, tandis que l'article 115 donne la préférence aux conventions internationales spéciales en vigueur ou à celles à venir[4094]. Bien que ces articles règlent des points précis de la coordination de sources conventionnelles en ce qui concerne l'extradition et la propriété intellectuelle, aucune règle générale sur les contrats n'existe. De plus, il n'est pas certain que l'application par analogie de ces règles spéciales dans le domaine des contrats soit possible.

Par ailleurs, comme Bustamante l'avait lui-même prévu lors des discussions entourant le Code qui porte son nom, les États signataires du Traité de Montevideo de 1889 pouvaient formuler des réserves à cet égard[4095]. La Bolivie a ainsi émis une réserve générale par laquelle son approbation du Code Bustamante était donnée « avec les réserves formulées par la délégation bolivienne, concernant les articles en désaccord avec la législation du pays et les traités internationaux conclus par la Bolivie »[4096].

Sans rentrer dans la discussion de la validité des réserves générales[4097], cette réserve souligne l'adoption du Code Bustamante par la Bolivie, sans que celle-ci se conforme aux dispositions du Code qui pourraient entrer en conflit avec les traités internationaux qu'elle

---

[4093] Sur cette discussion, v. la partie dédiée à l'application territoriale des Traités de Montevideo, *supra* n° 666.

[4094] « Art. 115 — La propriété intellectuelle et la propriété industrielle sont régies par les clauses des conventions internationales spéciales en vigueur ou par celles qui interviendront à l'avenir » ; « Art. 350 — Les précédentes règles sur la préférence ne seront pas applicables si l'État contractant est obligé vis-à-vis d'un tiers, en vertu de traités en vigueur antérieurs à la présente convention, à l'accorder d'une manière différente ». Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223.

[4095] Cf. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 124.

[4096] « Art. 1er — Est approuvé le Code de Droit International Privé "Bustamante", signé lors de la Sixième Conférence Internationale réunie à La Havane en 1928, avec les réserves formulées par la Délégation bolivienne, concernant les articles en désaccord avec la législation du pays et les traités internationaux conclus par la Bolivie ». Bolivie, Loi de droit international privé, approuve le Code Bustamante et la Convention sur la neutralité maritime, signés lors de la Sixième Conférence Américaine de La Havane, Salle des séances du H. Congrès National, La Paz, 15 janvier 1932 (traduction libre de l'espagnol).

[4097] V. *supra* n° 646.

a conclus antérieurement, ce qui inclut le Traité de Montevideo de 1889. En d'autres termes, cela signifie que la Bolivie se réserve le droit de ne pas appliquer certaines dispositions du Code si elles entrent en contradiction avec les normes du Traité de 1889, ce qui est notamment le cas des normes concernant la loi applicable aux contrats internationaux. Ainsi, de manière générale, en ce qui concerne cette matière, le Traité de Montevideo de 1889 prévaudra devant le juge bolivien, ne confiant aux règles du Code Bustamante qu'une application subsidiaire et subordonnée à un contrôle de conformité avec les règles du Traité de Montevideo de 1889.

681. Les solutions jurisprudentielles en Bolivie et au Pérou. La jurisprudence, tant en Bolivie qu'au Pérou, ne clarifie guère plus l'articulation de ces instruments.

En *Bolivie*, malgré certains arrêts de la Cour suprême de justice concernant l'application du Traité de Montevideo, dont certains mentionnent à la fois ce Traité et le Code Bustamante, il est impossible d'identifier une ligne jurisprudentielle précise et une méthode cohérente d'application et d'interaction entre les deux instruments. Les décisions, souvent en dehors du domaine contractuel, sont communément ambiguës et très vagues[4098].

Au *Pérou*, des jurisprudences anciennes ont été identifiées concernant l'interaction entre ces deux instruments. La Cour suprême péruvienne a été l'une des premières à se prononcer sur la question. Dans une affaire de succession ayant des liens avec la Bolivie (affaire dite *González*), la plus haute juridiction péruvienne a déclaré, dans un arrêt en date du 7 décembre 1935, en se fondant sur la réserve faite par la Bolivie au Code Bustamante, que celui-ci n'était pas applicable à la Bolivie, et qu'il fallait appliquer les Traités de Montevideo de 1889[4099]. Néanmoins, certaines demandes d'extradition des autorités péruviennes à la Bolivie furent fondées sur le Code Bustamante, sans explication sur l'applicabilité de celui-ci. Par la suite, le gouvernement péruvien avait posé au gouvernement bolivien une question officielle sur la relation entre les deux traités. Le ministère bolivien des Affaires étrangères répondit sur la base de la réserve de la Bolivie, que les Traités de Montevideo prévalaient sur le Code Bustamante[4100]. Depuis lors, le Code Bustamante n'est plus évoqué qu'occasionnellement aux côtés des Traités de Montevideo pour régir les relations entre les deux États, et aucune jurisprudence plus récente que celle citée n'a été trouvée sur ce sujet[4101].

[4098] V. *supra* n° 142.

[4099] C. S., 7/12/1935, cité par J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina*, *op. cit.*, p. 127-128. Sur cette affaire, v. aussi, R.B. Santos Belandro, « Pasado y presente de la codificación del derecho internacional privado en américa latina », *in* L. Pereznieto Castro, T. Treves, F. Seatzu (éds.), *Tradition and Innovation of Private International Law at the Beginning of the Third Millennium*, New York, Juris Publishing, Inc, 2006, p. 171-222, p. 187.

[4100] Cf. J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América Latina, op. cit.,* p. 127-128.

[4101] Conforme recherche effectuée jusqu'au 21 mai 2025 avec les mots-clés suivants sur les sites : https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml (pour le Pérou) ; et https://tsj.bo/ et http://www.tcpbolivia.bo/tcp/index.php (pour la Bolivie) : « Tratado de Montevideo de 1889 » ; « Tratado de derecho civil internacional » ; « Codigo Bustamante » ; « conflicto de convenciones » ; « conflicto de tratados » ; « conflicto

2. Convention de Mexico

682. Pour ce qui est de la Convention de Mexico, en plus de son article 6, qui exclut du champ d'application de la Convention les contrats déjà réglementés par des conventions autonomes (y incluant par exemple la CVIM, ou des conventions de conflit de lois adoptées ou qui seront adoptées par des États parties de la Convention)[4102], l'article 20 traite spécifiquement de la relation de la Convention de Mexico avec d'autres conventions. Cependant, cette dernière disposition présente des difficultés d'interprétation et d'application pratique, notamment en raison de la différence significative qui existe entre ses deux versions officielles, la version espagnole et la version anglaise.

683. Divergences linguistiques. L'article 20 du texte authentique espagnol de la Convention dispose que celle-ci « n'affectera pas l'application d'autres accords internationaux *qui prévoient des normes relatives au même objet* auxquelles un État partie à la présente Convention est ou sera partie, lorsqu'ils sont conclus dans le cadre des processus d'intégration »[4103]. À la différence de la version espagnole, la version authentique anglaise de l'article 20 établit que la Convention « ne doit pas affecter l'application d'autres conventions internationales auxquelles un État partie à la présente Convention est ou devient partie, *dans la mesure où elles sont pertinentes*, ou celles conclues dans le contexte des mouvements d'intégration »[4104]. La différence entre les deux versions est patente et elle fut même soulignée par les États lors de l'approbation de la Convention. Premièrement, que faut-il comprendre par l'expression « dans la mesure où elles sont pertinentes » (« *insofar as they are pertinent* ») du texte en anglais ? La version espagnole est plus claire à cet égard, puisqu'elle mentionne les conventions contenant des « normes relatives au même objet » (« *que contengan normas sobre el mismo objeto* »), soit sur l'application de la loi aux contrats internationaux.

De plus, la version en langue espagnole de l'article 20 établit une condition cumulative : pour écarter l'application de la Convention de Mexico, un autre traité doit non seulement porter sur la loi applicable aux contrats internationaux, mais également « être conclu dans le cadre d'un processus d'intégration » (« *cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración* »). Les accords bilatéraux ou multilatéraux conclus en dehors de

---

de fuentes » ; « hiearquía de (las) fuentes » ; « Código de Derecho Internacional Privado » ; « derecho internacional privado » ; « conflicto de leyes » ; « contrato internacional » ; « autonomía de la voluntad » ; « derecho aplicable » ; « ley aplicable ».

[4102] En ce sens, v. E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.,* p. 173.

[4103] (Traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques). Texte original en espagnol : « Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales *que contengan normas sobre el mismo objeto* en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración ».

[4104] (Traduction libre de la version officielle en anglais ; original sans italiques). Texte original en anglais : « This Convention shall not affect the application of other international conventions to which a State Party to this Convention is or becomes a party, *insofar as they are pertinent*, or those concluded within the context of integration movements ».

tels processus demeurent donc compatibles avec l'application de la Convention, n'écartant pas son application. En revanche, la version anglaise emploie la conjonction « ou » (« *or those within the context of integration mouvement* »), créant ainsi deux hypothèses distinctes de non-application : soit l'État a conclu d'autres conventions internationales pertinentes, soit ces conventions s'inscrivent dans un contexte d'intégration régionale. Cette deuxième formulation élargit considérablement le champ d'exclusion de la Convention de Mexico. Une lecture littérale de la version en langue anglaise conduit à écarter l'application de la Convention dès lors qu'un État partie a ratifié tout traité relatif à la loi applicable aux contrats internationaux, indépendamment de son origine intégrationniste. Ces divergences textuelles entre les deux versions authentiques soulèvent une difficulté d'interprétation substantielle, la version anglaise ayant potentiellement une portée plus extensive que sa contrepartie espagnole.

Quelle version doit-on alors retenir ? Dans un document préparé par le Département de droit international du Secrétariat pour les affaires juridiques de l'OEA en mars 2016, ces divergences entre les textes officiels en anglais et en espagnol ont été soulevées[4105]. L'annexe B de ce document recense ces incohérences et propose les clarifications susceptibles d'y remédier. Dans ce document, l'adéquation de l'article 20 de la version anglaise à la version en espagnol est abordée[4106]. Dans la rédaction recommandée par l'OEA, l'article 20 exclut la phrase « *insofar as they are pertinent, or those within the context of* » et la substitue pour *«containing rules on the same subject […] if they are concluded within the framework of* ». En outre, elle a écarté l'expression « *integration movements* » au profit de « *integration process* », s'alignant ainsi avec la version en espagnol (« *procesos de integración* »).

Ainsi, les deux versions sont conciliées pour revenir au sens de la version originale, qui est celle du texte en langue espagnole. En suivant cette approche, l'OEA a également suggéré une rédaction en français : « La présente Convention n'a aucun effet sur l'application d'autres accords internationaux qui prévoient des normes relatives au même objet, et auxquels un État partie à la présente Convention est ou sera partie lorsqu'ils sont conclus dans le cadre des processus d'intégration »[4107].

Il ressort de la lecture de cette première partie de l'article 20, dans sa version espagnole et dans ses versions « réconciliées » en anglais et en français, que la Convention de Mexico n'a aucun effet lorsque des conventions conclues dans le contexte des processus d'intégration et qui portent sur le même objet sont en vigueur ou vont entrer en vigueur.

[4105] OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.*, p. 18.

[4106] « Art. 20 — This Convention shall not affect the application of other international conventions containing rules on the same subject to which a State Party to this Convention is or becomes a party, if they are concluded within the framework of integration processes ». *Ibid*, p. 40.

[4107] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

En d'autres termes, de tels accords l'emportent sur la Convention de Mexico, la rendant inapplicable, qu'ils aient été conclus avant ou après son entrée en vigueur.

Cependant, il faut préciser que, pour qu'un accord international puisse prévaloir éventuellement sur la Convention de Mexico, deux conditions cumulatives doivent être remplies : d'abord, les traités doivent « [prévoir] des normes relatives au même objet », et, ensuite, ils doivent être « conclus dans le cadre des processus d'intégration ». Cette combinaison de critères est manifestement évidente grâce à l'utilisation de la conjonction « lorsque », dans l'article 20 de la Convention de Mexico, dans sa version révisée (et à la proposition de traduction en français par l'OEA), qui spécifie que les deux conditions énoncées dans cet article doivent être remplies simultanément.

Deux autres questions émergent à la lecture de cet article. D'un côté, que faut-il entendre par « processus d'intégration », expression utilisée par l'article 20 de la Convention ? La réponse varie selon que l'on considère les processus d'intégration dans un sens large ou qu'on les considère dans un sens strict. Il convient également de se demander si ces éventuelles conventions rentrent dans la définition « d'autres accords internationaux qui prévoient des normes relatives au même objet ». Ces questions sont importantes afin de savoir si les conventions en vigueur dans la région à ce jour (les Traités de Montevideo et le Code Bustamante) doivent ou non être considérées comme « relatives au même objet » et conclues dans un cadre d'un « processus d'intégration » au sens de la Convention de Mexico.

Bien que ce sujet revête une grande importance sur le plan théorique, son impact pratique est limité, dans la mesure où un seul État partie à la Convention de Mexico, à savoir le Venezuela, a également ratifié le Code Bustamante.

684. Des accords « qui prévoient des normes relatives au même objet ». Premièrement, la notion d'accords « qui prévoient des normes relatives au même objet » de l'article 20 mentionné peut poser des difficultés d'interprétation, car souvent, ce n'est pas un objet identique que les conventions partagent, mais plutôt des matières qui peuvent être communes.

Il convient de rappeler que les instruments régionaux précédant la Convention de Mexico en Amérique latine étaient des traités généraux, de véritables codifications du droit international privé, incluant des dispositions bien plus larges que celles concernant la loi applicable aux contrats internationaux. De ce fait, même si l'on considère que ces traités entrent dans la catégorie « d'accords conclus dans le cadre des processus d'intégration », il faut également se poser la question de savoir s'ils « prévoient des normes relatives au même objet ».

Sur ce point, la compréhension que nous nous forgeons de l'article 20 de la Convention de Mexico est qu'il ne doit pas être interprété d'une façon trop restrictive, qui se bornerait à des conventions dont l'objet est identique. Cela ne paraît pas être la volonté du législateur

lorsqu'il a été décidé de se référer, dans une expression plus large, aux accords internationaux « qui prévoient des normes » qui sont « relatives au même objet », et non simplement aux accords ayant le même objet. De ce fait, il paraît plus logique que cet article ait vocation à s'appliquer à des conventions qui ne sont pas identiques quant à leur objet, mais qui couvrent des matières communes, comme c'est le cas des Traités de Montevideo et du Code Bustamante.

Toutefois, pour que ces instruments écartent les effets de la Convention de Mexico, il faut encore qu'ils remplissent une deuxième condition : émaner d'un « processus d'intégration ».

685. Des « processus d'intégration » et le sort des Traités de Montevideo et du Code Bustamante. La Convention de Mexico ne donne pas de définition de *processus d'intégration*. Nous avons déjà abordé, dans le Titre préliminaire, les différences terminologiques existantes ainsi que la définition de l'« intégration régionale » et d'autres termes et expressions similaires[4108]. Nous avons souligné que l'intégration régionale est souvent perçue comme un processus par lequel les États cèdent une partie de leur autorité et de leur souveraineté à une entité régionale. Nous avons également conclu que, dans l'espace latino-américain, il n'existe pas un « processus d'intégration » unique, mais, au contraire, plusieurs organisations régionales, avec différents degrés d'intégration.

Rappelons les instruments existants sur le thème dans la région : les Traités de Montevideo furent conclus lors des Congrès sud-américains de droit international privé (de 1888-1889 et de 1939-1940), et le Code Bustamante lors de la Sixième Conférence internationale américaine, conférence organisée par l'ancienne Union panaméricaine en 1928. Ces instruments peuvent-ils être considérés comme ayant été conclus dans le cadre d'un « processus d'intégration » ?

Or, même si les Traités de Montevideo et le Code Bustamante furent conclus lors de conférences ayant comme principal objectif la codification du droit international privé, un objectif général d'intégration (dans un sens large) était recherché. Cela est encore plus évident dans le cas du Code Bustamante, conclu au sein de l'Union panaméricaine, qui est ensuite devenue l'actuelle OEA. Néanmoins, comme cela a déjà été remarqué[4109], le mouvement qui était à l'origine de l'OEA, bien qu'il eût, initialement, un objectif d'intégration économique, est devenu un mécanisme éminemment « politique », sans aucun penchant pour l'intégration dans le sens propre du terme. Par conséquent, il est difficile de retenir que les Traités de Montevideo et le Code Bustamante furent conclus dans un « processus d'intégration » à proprement parler, c'est-à-dire dans le cadre d'un transfert d'autorité et de souveraineté au niveau régional. Ces instruments sont le fruit d'un échange entre les États dans le but d'harmoniser leur droit international privé, de procéder

[4108] V. *supra* n° 61 et s.

[4109] V. *supra* n° 65 et s.

à une codification générale et régionale, et non véritablement le résultat d'un processus d'intégration économique et politique.

Par ailleurs, la version révisée du texte de la Convention proposée par l'OEA en 2016[4110] vient conforter cette interprétation restrictive du champ d'application de l'article 20. En effet, la substitution de l'expression « *integration movements* » par celle d'« *integration process* » ne paraît pas anodine. L'abandon du terme « mouvements », dont la portée sémantique est plus large, au profit de celui de « processus » suggère que seuls les processus d'intégration formellement constitués entrent dans le champ d'application de la disposition. Cette modification terminologique écarte ainsi la possibilité d'y inclure des formes d'intégration moins structurées ou informelles.

De ce fait, malgré l'imprécision de la Convention de Mexico, nous ne pensons pas que les instruments mentionnés puissent entrer dans la catégorie des « conventions conclues dans le cadre des processus d'intégration » prévue à l'article 20, capable d'écarter l'application de la Convention de Mexico. Cela irait à l'encontre de l'objectif même de la Convention, qui vise à moderniser les dispositions existantes dans les États d'Amérique latine et à favoriser le commerce régional. Nous sommes d'avis que seuls les instruments conclus dans le cadre d'une organisation régionale d'intégration au sens strict du terme[4111], tels que le Mercosur ou la CAN, par exemple, pourraient être considérés comme appartenant à un « processus d'intégration » au sens de l'article 20 de la Convention de Mexico et prévaloir sur les règles de celle-ci[4112]. Par ailleurs, aucun instrument portant sur la loi applicable aux contrats internationaux n'a été conclu à ce jour par des organisations d'intégration latino-américaines, à l'exception de l'accord du Mercosur sur les contrats de consommation[4113].

686. La possibilité de réserves et l'exigence de compatibilité avec « l'objet et le but de la Convention ». Enfin, il faut noter également que le seul moyen de faire prévaloir les normes des instruments antérieurs, c'est-à-dire du Code Bustamante et des Traités de Montevideo, serait d'émettre une réserve à l'article 20. Cependant, conformément à l'article 21 de la Convention de Mexico, les réserves faites par les États doivent être compatibles avec « l'objet et le but de la Convention »[4114]. Par conséquent, à moins qu'une réserve soit expressément formulée à l'article 20 — et que l'on considère qu'elle est

[4110] OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.*, p. 40.

[4111] Pour la définition et discussions à ce sujet, v. *supra* n° 61.

[4112] En ce sens, v. E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.,* p. 174, en citant également le NAFTA et le CARICOM.

[4113] De plus, la conclusion de tels accords pourrait compliquer la coordination des instruments, car certains États de la région participent à plusieurs processus d'intégration.

[4114] « Art. 21 — Au moment de signer, de ratifier la présente Convention ou d'y adhérer, les États peuvent formuler des réserves à l'égard d'une ou plusieurs dispositions spécifiques, pourvu qu'elles ne soient pas incompatibles avec l'objet et le but de la présente Convention ». Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

compatible avec l'objet et le but de la Convention — les normes des Traités de Montevideo ou du Code Bustamante pourraient priver d'effets la Convention de Mexico (ce qui ne serait pas le cas, à notre avis). Jusqu'à présent, comme il a déjà été noté, aucun État n'a formulé de réserves à la Convention.

En conclusion, conformément à l'article 20 de la Convention de Mexico, et en l'absence de réserves faites à ce jour, cette convention n'est pas affectée par l'existence du Code Bustamante ou des Traités de Montevideo. Cela implique-t-il une « dérogation » générale aux instruments antérieurs ? La réponse ne ressort pas clairement du texte de la Convention et ce sujet n'a pas été développé par la jurisprudence. Nous y reviendrons.

*
* *

687. En parcourant les traités examinés dans le contexte de l'Amérique latine, il apparaît, de manière générale, que ces accords ne comportent pas de clauses de coordination adéquates, ou que, lorsque de telles clauses existent, elles se révèlent souvent insuffisantes pour traiter de manière exhaustive et structurée les questions étudiées. En l'absence de normes précises sur la coordination de conventions dans les systèmes des traités eux-mêmes, il convient d'examiner les moyens de résolution d'un tel conflit.

B. Règles et principes pour résoudre le conflit entre conventions

688. Le droit des traités propose des solutions classiques pour résoudre les conflits entre conventions (1). Cependant, la manière dont ces règles et principes s'appliquent au contexte spécifique du droit international privé est sujette à débat (2).

1. Les solutions du droit des traités

689. La Convention de Vienne en tant que codification des principes généraux du droit des traités. Comme déjà avancé, le conflit de conventions a suscité de vifs débats doctrinaux. Toutefois, le point de départ pour la résolution de conflit de conventions est la Convention de Vienne des Nations Unies du 23 mai 1969 sur le droit des traités et, notamment, son article 30, qui donne des directives générales en la matière.

Comme on le sait, cette Convention, ratifiée par la majorité des pays qui font l'objet de la présente étude,[4115] a, dans les pays qui ne l'ont pas ratifiée (dont la Bolivie et le Venezuela),

[4115] Cette convention représente de nos jours une autorité de référence substantielle en matière de droit des traités, comptant 116 États parties signataires. Pour une liste des États parties, v. https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_fr (consulté le 21 mai 2025).

valeur de « droit coutumier », ses dispositions ayant codifié le droit coutumier antérieur[4116]. Et, bien que la Convention de Vienne ne soit entrée en vigueur que le 27 janvier 1980 et que les traités antérieurs, tels que les Traités de Montevideo de 1889 et 1940 ainsi que le Code Bustamante de 1928, ne soient pas couverts par la première, plusieurs de leurs dispositions peuvent être considérées comme des règles du droit international coutumier[4117]. Elles peuvent ainsi être utiles pour l'interprétation de ces traités latino-américains.

690. Les solutions apportées par la Convention de Vienne. Plus précisément, les règles destinées à la résolution de conflit entre conventions se trouvent à l'article 30 de la Convention de Vienne, intitulé « application de traités successifs portant sur la même matière »[4118]. Cet article a été repris de la pratique internationale et se fonde sur quelques idées principales. Premièrement, il met en avant le principe de l'autonomie de la volonté, qui permet aux parties de subordonner un traité à un autre, antérieur ou futur. En deuxième lieu, en cas d'absence de manifestation des États parties, le principe de l'« effet relatif des traités » s'applique. Cela signifie que, face à deux traités ayant l'objet identique, seules les parties communes aux deux accords sont liées mutuellement[4119].

En cas de persistance du conflit, c'est-à-dire lorsque toutes les parties au second traité sont également parties au premier, les principes de *posterior derogat priori* et de *specialia generalibus derogant* doivent être appliqués. Le premier principe énonce que le second traité prévaut lorsque ses dispositions entrent en contradiction avec celles du premier, tandis que le second principe précise que les règles spéciales l'emportent sur les dispositions générales[4120].

En ce qui concerne la relation entre les deux versions des Traités de Montevideo (1889 et 1940), l'application de l'article 30.4, alinéa a, de la Convention de Vienne, conduit à la conclusion que, pour les relations entre l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay (« États parties aux deux traités »), le Traité de 1889 cesserait de s'appliquer, étant donné que le Traité de 1940 a mis fin à son application (conformément à la disposition de l'article 30.3, appliquée par renvoi du paragraphe 4 du même article). En outre, des dispositions de

---

[4116] H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.* , p. 152.

[4117] À ce sujet, v. M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 248-249.

[4118] Selon le para. 4 de l'art. 30 : « Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur : a) *Dans les relations entre les États parties aux deux traités*, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3 [*selon lequel le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur, sauf si le traité antérieur a pris fin ou que son application ait été suspendue*] ; b) *Dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement*, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques ». Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331 (original sans italiques).

[4119] P.-M. Dupuy ; Y. Kerbrat, *op. cit.*, p. 353-355.

[4120] *Ibidem.*

l'alinéa b de l'article 30.4 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il ressort que, pour les relations « entre un État partie aux deux traités » — en l'occurrence l'Argentine, le Paraguay et l'Uruguay — et « un État partie à l'un de ces traités seulement » — à savoir la Bolivie, la Colombie et le Pérou — il convient d'appliquer « le traité auquel les deux États sont parties », à savoir le Traité de Montevideo de 1889, ce qui est, par ailleurs, en conformité avec la jurisprudence étudiée.

Le même raisonnement peut être appliqué aux conflits entre le Traité de Montevideo de 1889 et le Code Bustamante. Dans ce cas, en suivant l'approche de l'article 30.4, alinéa a, mentionné, pour les relations liant la Bolivie au Pérou, les normes du Code Bustamante devraient primer celles du Traité de Montevideo de 1889, lequel aurait à son tour une application subsidiaire dès qu'il est compatible avec les normes du Code Bustamante. Toutefois, il convient de préciser que, dans ce cas spécifique, il faut se souvenir de la réserve apportée par la Bolivie lors de la ratification du Code Bustamante en faveur de l'application des traités qu'elle avait déjà conclus[4121]. Cela implique une solution contraire : les articles du Code Bustamante qui sont en désaccord avec les dispositions des Traités de Montevideo (comme c'est le cas pour la loi applicable aux contrats) n'auront pas d'effet. Il en résulte que, en raison de la réserve formulée par la Bolivie, les normes du Traité de Montevideo prévalent sur celles du Code Bustamante en matière de loi applicable aux contrats internationaux.

Par conséquent, en vertu de cette réserve, les Traités de Montevideo devraient primer sur le Code Bustamante, ce dernier s'appliquant lorsque ses dispositions ne sont pas en contradiction avec celles du système de Montevideo. Supposant la validité de cette réserve[4122], elle devrait être observée au mépris de la Convention de Vienne. De même, bien que le Pérou n'ait pas émis de réserve à ce sujet, elle a été bilatéralisée par la doctrine[4123] et la jurisprudence[4124], qui, en général, adoptent le même raisonnement pour les contrats liant le Pérou à la Bolivie.

De plus, conformément à l'article 30.4, alinéa b, de la Convention de Vienne, les affaires juridiques relevant des relations entre, d'une part, la Bolivie ou le Pérou (« un État partie

---

[4121] « Art. 1er — Est approuvé le Code de Droit International Privé "Bustamante", signé lors de la Sixième Conférence Internationale réunie à La Havane en 1928, avec les réserves formulées par la Délégation bolivienne, concernant les articles en désaccord avec la législation du pays et les traités internationaux signés par la Bolivie ». Cf. Bolivie, Loi de droit international privé, approuve le Code Bustamante et la Convention sur la neutralité maritime, signés lors de la Sixième Conférence Américaine de La Havane, Salle des séances du H. Congrès National, La Paz, 15 janvier 1932 (traduction libre de l'espagnol). De manière similaire, le Pérou paraît adopter une démarche semblable à travers une décision de la Cour suprême datée du 7 décembre 1935, affaire *González*, précité n° 681.

[4122] Sur la validité des réserves générales, v. *supra* n° 646.

[4123] V. R.B. Santos Belandro, « Vigencia de los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 a la luz de las CIDIP I, II y III », *Revista de informação legislativa*, 1989, vol. 26, nº 103, p. 295-310, p. 298, en ligne https://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/181986 (consulté le 17 septembre 2024) ; V. aussi, R.B. Santos Belandro, « Pasado y presente de la codificación del derecho internacional privado en américa latina », *op. cit.*, p. 187.

[4124] V. *supra* n° 681.

aux deux traités ») et, d'autre part, « un État partie à l'un de ces traités seulement », c'est-à-dire la Colombie pour le Traité de 1889 et les quatorze États latino-américains signataires du Code Bustamante (Brésil, Chili, Costa Rica, Cuba, Équateur, Salvador, Guatemala, Haïti, Honduras, Nicaragua, Panama, République dominicaine, Venezuela et Bahamas), devraient être régies par le « traité auquel les deux États sont parties ». Ainsi, si le contrat est lié à la Colombie, c'est le Traité de Montevideo de 1889, tandis que le Code Bustamante régirait les autres pays concernés.

En définitive, si une approche *inter partes* est adoptée, comme nous le préconisons, les conflits sont drastiquement réduits. Néanmoins, des intersections potentielles peuvent subsister, notamment dans le cas où les tribunaux accordent une application universelle aux instruments étudiés (ce qui a déjà été observé, notamment pour le Code Bustamante). Dans de telles circonstances, il est essentiel de recourir aux règles et principes généraux élaborés pour la résolution des conflits entre conventions.

2. L'adaptation des principes classiques du droit des traités aux conventions de droit international privé

691. Les traités de droit international privé possèdent des particularités uniques qui peuvent appeler une adaptation des principes du droit international public pour résoudre les conflits entre eux. Par conséquent, en raison des spécificités des conventions de droit international privé, une doctrine influente[4125] a suggéré « d'adapter » certaines règles du droit des traités aux spécificités des conflits de conventions de droit international privé.

Tirant argument de ces particularités, cette doctrine rejette la solution fondée uniquement sur une supériorité hiérarchique d'après le droit des traités. Elle considère que, en cas de conflits entre conventions de droit international privé, une supériorité substantielle doit être reconnue aux conventions garantissant des principes ou des droits fondamentaux (tels que les droits des parties faibles), dans la mesure où elles établissent des règles de *jus cogens* que les États ne peuvent pas méconnaître ou modifier par la conclusion d'autres conventions. Ces règles constitueraient les expressions d'un ordre public « authentiquement international ». Cette théorie insiste également sur le fait que, lorsqu'on cherche à réguler les relations internationales privées, il convient de donner une plus grande liberté aux personnes privées, en donnant la priorité, par exemple, en matière de

[4125] V., en France, en particulier, F. Majoros, Les Conventions internationales en matière de droit privé, Pedone, t. I, 1976 ; t. II, 1980 ; C. Briere, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001 ; et A. Malan, *La concurrence des conventions d'unification des règles de conflit de lois*, 2002 ; D. Bureau, « Les conflits de conventions », *op. cit.*, p. 201-242 ; V. aussi, B. Dutoit, F. Majoros, « Les lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *Rev. crit.* DIP, 1984 ; pour des études comparatives, v., en particulier, M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.* ; et R.B. Santos Belandro, « Pasado y presente de la codificación del derecho internacional privado en américa latina », *op. cit.*

reconnaissance et d'exécution des jugements, à la convention qui rendra la procédure plus rapide[4126].

692. Les principes généraux de la *lex posterior* et de la *lex specialis*. Deux principes généraux ont été dégagés du droit international public (et également de la Convention de Vienne de 1969), qui peuvent être applicables aux conventions de droit international privé : les principes *lex posterior derogat priori* et *specialia generalibus derogant.*

Le premier — l'adage *lex posterior derogat priori* —, trouvant son support dans les principes généraux de droit international, consiste en la priorité accordée au traité postérieur lorsque deux ou plusieurs États concluent un nouveau traité sur le même objet, impliquant généralement une clause de dénonciation du premier traité pour éliminer le conflit[4127]. Cependant, ce mode de résolution du conflit implique que les parties au deuxième traité, qui a le même objet, soient les mêmes que celles qui étaient parties au premier traité. De plus, l'objet des deux traités doit être identique, ce qui est assez rare pour les traités de droit international privé[4128].

Le second principe, celui de la *lex specialis*, implique la prévalence du traité dont l'objet est le plus spécial sur le traité dont l'objet est plus général, et permet de résoudre les conflits entre des traités portant sur des matières spéciales et ceux de caractère général. Ce principe, basé sur la spécialisation en raison de la matière, se justifie, car la loi spéciale est tenue d'être plus concrète et de prendre davantage en considération les caractéristiques particulières du contexte dans lequel elle doit être appliquée que la loi générale[4129]. Par exemple, certaines Conventions de La Haye, telles que la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires (ratifiée par l'Argentine), ou encore la Convention du Cap, en vigueur pour certains pays latino-américains, sont considérées comme des textes spéciaux qui doivent prévaloir sur les traités de Montevideo, le Code Bustamante ou la Convention de Mexico, qui sont des textes généraux portant sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Un arrêt déjà cité de la Cour suprême de justice du Panama du 10 juin 2005 en matière d'arbitrage international illustre cette situation[4130]. En l'espèce, la Cour constata un conflit entre le Code Bustamante (1928) et des conventions spécialisées en arbitrage international, plus spécifiquement la Convention de New York de 1958 et la Convention de Panama de 1975. La Cour suprême panaméenne résolut ce conflit en affirmant que le Code Bustamante

---

[4126] Pour une étude comparative de différentes doctrines sur le sujet, v. R.B. Santos Belandro, « Pasado y presente de la codificación del derecho internacional privado en américa latina », *op. cit.*, p. 192-194.

[4127] V. A. Malan, *op. cit.*, p. 133 et s.

[4128] H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*, p. 153.

[4129] M.B. Noodt Taquela, *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, *op. cit.*, p. 322.

[4130] Panama, CSJ, Sala Primera de lo Civil, Expediente n° 179-03, *Maersks Sealand Trading c. Agrowest*, 1er juin 2005, *op. cit.*

avait « perdu sa validité » en matière d'arbitrage commercial international à la suite de l'adoption de ces conventions postérieures plus spécifiques. Elle a ainsi établi une hiérarchie donnant primauté aux instruments conventionnels spécialisés sur le Code général, écartant l'article 240 du Code Bustamante au profit des règles d'autonomie de la volonté consacrée par les conventions d'arbitrage.

Toutefois, ces deux cas de figure ne résolvent pas toutes les relations entre les traités qui font l'objet de la présente analyse, car ils sont tous les quatre des traités généraux qui énoncent, entre autres, des principes généraux sur la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux. En raison de ces difficultés, la doctrine a élaboré d'autres critères, considérés comme plus appropriés pour résoudre les litiges découlant des traités de droit international privé, en particulier ceux visant à harmoniser les règles de conflit de lois. Parmi eux, nous pouvons mentionner le principe de l'efficacité maximale, du respect de valeurs, ou de la méthode fonctionnelle.

693. Principe de l'efficacité maximale et le principe du respect de valeurs. Selon le « principe de l'efficacité maximale », en cas d'incompatibilité, il convient de préférer la disposition conventionnelle qui, compte tenu de la matière envisagée, permet de réaliser de la manière la plus efficace les objectifs des conventions en conflit[4131]. Cependant, comme le l'indique la professeure Hélène Gaudemet-Tallon, il est nécessaire que les conventions visent des objectifs similaires et aisément reconnaissables pour que cette approche soit praticable. Lorsque les conventions en conflit traitent des conflits de lois, les objectifs sont souvent nombreux, complexes, ce qui rend le critère de l'efficacité maximale peu approprié à la résolution de conflits entre ces types de conventions.

Le professeur Erik Jayme illustre cette problématique à travers la reconnaissance des jugements étrangers en matière de pension alimentaire. Dans ce domaine, il mentionne deux instruments internationaux pouvant s'appliquer concurremment : la Convention de La Haye de 1973 et l'ancienne Convention de Bruxelles, chacune comportant des clauses de dérogation lorsqu'un autre traité régit la même matière. Face à cette situation, le professeur explique que la jurisprudence allemande a développé une solution pragmatique en permettant au demandeur de choisir l'instrument conventionnel le plus favorable à sa situation. Cette règle est justifiée, ainsi « par l'objectif des Conventions de favoriser la reconnaissance des jugements étrangers »[4132].

Par exemple, le critère de l'efficacité maximale pourrait être invoqué afin de favoriser, notamment, la validité du contrat. De plus, en adoptant la méthode fonctionnelle, les juges pourraient reconnaître que les parties ont le droit de choisir la source à appliquer en cas de conflit entre des instruments qui leur confèrent une telle autonomie. Cette approche

[4131] B. Dutoit, F. Majoros, « Les lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *op. cit.*, p. 578.

[4132] E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.*, p. 83.

pourrait notamment être pertinente dans les conflits impliquant la Convention de Mexico et le Code Bustamante, car ces deux instruments reconnaissent le principe d'autonomie de la volonté (même si, comme cela fut souligné précédemment, cette autonomie était plus restreinte dans le Code Bustamante[4133]). Au contraire, en ce qui concerne les conflits relatifs aux Traités de Montevideo, une telle résolution pourrait être difficile à accepter, étant donné que ces Traités n'admettent pas expressément l'autonomie de la volonté.

En outre, le « principe du respect de valeurs » met en évidence l'influence des droits fondamentaux sur le droit international privé. De ce fait, comme le remarquent les professeurs Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, lorsque l'une de ces conventions consacre des valeurs essentielles, comme c'est le cas des conventions de droit de l'homme, « le conflit revêt une configuration particulière, en raison de la primauté qu'elles revendiquent »[4134]. En d'autres termes, en présence de traités contradictoires, le juge doit appliquer « celui qui assure mieux le respect d'une valeur fondamentale dans l'ordre juridique du for »[4135].

694. La méthode fonctionnelle. Une méthode dite « fonctionnelle » a également été proposée par A. Malan, selon laquelle on doit déterminer « quelle fonction l'ordre juridique du for attribue à la règle de conflit dans un domaine considéré, puis à confronter les rattachements conventionnels en concurrence à la fonction ainsi mise en évidence, afin de privilégier ceux qui permettent de la réaliser au mieux »[4136]. Il en ressort que la règle de conflit a pour première fonction « de satisfaire un règlement adéquat de litiges privés dans la sphère internationale »[4137] et ceci se traduit, en matière de contrats internationaux, par « la faculté généralement reconnue aux parties d'organiser leurs relations en choisissant la loi la plus conforme à leurs intérêts, par un accord de fond »[4138]. De ce fait, selon l'auteur français, si les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable au fond du litige, elles peuvent également choisir la convention applicable, car cela ne porte pas atteinte à l'objet de la règle de conflit.

Toutefois, selon lui, si la convention normalement applicable selon les clauses de compatibilité contient un rattachement excluant ou encadrant l'autonomie de la volonté, « les parties ne devraient pas être autorisées à s'entendre sur une convention édictant un rattachement plus libéral, puisque le rattachement que les parties s'entendraient à exclure n'est pas lui-même constitutif d'une liberté de choix »[4139]. Cela constituerait, ainsi, un choix indirect de la loi applicable, en violation des dispositions de la convention. Un autre

[4133] V. *supra* n° 129 et s.

[4134] D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé : Partie générale, op. cit.,* p. 59.

[4135] H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*, p. 155.

[4136] A. Malan, *op. cit.*, p. 240.

[4137] *Ibid*, p. 273.

[4138] *Ibidem.*

[4139] *Ibid*, p. 275-276.

exemple dans lequel la méthode fonctionnelle peut s'avérer avantageuse est celui des contrats de vente conclus avec des consommateurs. Ainsi, en cas de conflit entre conventions, en tenant compte de la fonction des instruments, la priorité sera accordée à l'instrument qui assure la meilleure protection du consommateur, même si ce n'est pas le traité désigné par le critère hiérarchique[4140].

Cette méthode fonctionnelle peut également être appliquée dans le contexte de contrats conclus avec des parties vulnérables, comme le contrat de consommation, en favorisant la fonction des instruments en jeu et notamment la protection des consommateurs.

*
* *

695. Dans le cadre de l'analyse du conflit entre conventions abordé dans la présente Section, plusieurs points clés ont été examinés. Tout d'abord, il a été noté qu'il est essentiel de vérifier l'existence effective d'un conflit entre les normes des divers traités avant d'envisager des solutions potentielles. Deux conditions doivent être satisfaites pour qu'un tel conflit surgisse : l'incompatibilité entre les solutions proposées par les différentes conventions, et l'appartenance de la situation entre au champ d'application de chacun des traités en conflit.

En ce qui concerne ce sujet, on peut observer que les solutions proposées dans les quatre instruments juridiques actuellement en vigueur en Amérique latine sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux comportent des divergences notables, ce qui pourrait engendrer d'éventuels conflits substantiels. Du point de vue d'un potentiel conflit formel, l'analyse des aspects temporels, matériels et spatiaux de leurs domaines d'application respectifs a révélé des nuances et des lacunes, en particulier en ce qui concerne l'application spatiale et leurs effets, qui peuvent être limités à des parties spécifiques ou s'étendre à l'ensemble de l'univers. À la suite d'une analyse approfondie, nous avons conclu que ces traités sont avant tout de nature classique, établissant des obligations *inter partes* et susceptibles, par conséquent, de s'appliquer exclusivement aux États parties. Cette classification emporte d'importantes implications pour l'interaction de ces instruments, en particulier parce qu'elle permet d'écarter la plupart des conflits pratiques susceptibles de survenir entre eux.

En prenant ceci en considération, nous avons noté que les traités étudiés ne comportent pas de clauses de coordination, ou, lorsqu'elles sont présentes, ces clauses se révèlent souvent insuffisantes pour traiter de manière exhaustive et structurée des questions relevant de ce domaine. Cette insuffisance soulève des défis importants pour la solution des problèmes de coordination des sources en la région.

[4140] V., p. ex., l'analyse concernant les rapports entre la Convention de La Haye de 1955 et la Convention de Rome (actuellement Règlement Rome I). En particulier, B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 51 et 733.

Des solutions issues du droit des traités, notamment de la Convention de Vienne, ainsi que des propositions développées par la doctrine du droit international privé concernant les conflits entre traités spécifiques de droit international privé ont été examinées. En appliquant ces principes, dès lors que l'on adopte une vision classique des traités, les solutions peuvent, dans la plupart des cas, être déduites de l'application de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui restreint l'application des traités aux rapports s'inscrivant dans les relations entre leurs États parties.

Autrement dit, si la méthode traditionnelle du droit international public, qui se fonde sur les clauses de coordination et, en dernier recours, sur les principes de *lex posterior* et de *lex specialis*, ne constitue pas nécessairement l'instrument le plus approprié pour résoudre les litiges découlant de divergences conventionnelles en matière de détermination de la loi applicable, elle demeure néanmoins une solution *a priori* satisfaisante pour régler les conflits de traités de nature classique, c'est-à-dire ceux qui s'appliquent dans les rapports interétatiques entre parties contractantes. C'est précisément le cas des conventions latino-américaines qui font l'objet de la présente recherche. Ainsi, les solutions prévues par l'article 30 de la Convention de Vienne fournissent généralement une réponse appropriée pour résoudre les conflits entre ces conventions. Néanmoins, les juges peuvent se heurter à certaines difficultés lors de leur application, notamment lorsqu'il s'agit d'identifier les critères de rattachement pertinents permettant d'établir l'existence d'un lien entre le contrat considéré et les États parties concernés.

L'approche proposée n'exclut pas d'autres méthodes pertinentes propres au droit international privé qui, dans des situations particulières, pourraient s'avérer plus appropriées et adéquates. Par exemple, lorsque la protection des droits fondamentaux et des contrats conclus avec des parties vulnérables est en jeu, des approches, telles que la méthode fonctionnelle ou les principes de l'efficacité maximale ou du respect de valeurs pourraient être plus indiqués dès lors que d'autres intérêts jugés plus importants sont concernés.

Section 3 — Rapports impliquant des « sources informelles »

696. Au XIX^e^ siècle et jusqu'aux deux tiers du XX^e^, les fondements du droit international privé provenaient principalement de sources nationales. La situation a évolué vers une internationalisation et une diversification marquée des sources, intégrant une multitude de sources qualifiées de « non conventionnelles », « informelles » ou de « droit spontané »[4141]. Comme l'a affirmé le professeur Bruno Oppetit, « La vie du droit atteste la persistance d'un pluralisme des sources, en dépit des postulats du positivisme légaliste, et manifeste l'existence d'un droit dit "spontané", qualifié de tel en ce qu'il semble issu des profondeurs du milieu social, au rebours des normes édictées d'en haut par des organes

[4141] V. H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*, p. 47.

étatiques »[4142]. Ces formes diverses de droit informel sont souvent regroupées sous le terme de « coutume », mais elles peuvent également inclure des « principes généraux », des « usages du commerce international », la « *lex mercatoria* », des lois modèles, des collections de règles, des guides juridiques, entre autres[4143]. Ces nouveaux types de sources s'opposent, ainsi, à la notion de « source formelle », comprise comme des règles juridiques établies uniquement par la voie étatique, c'est-à-dire par les autorités publiques[4144].

Les instruments de *soft law* remplissent diverses fonctions normatives, pouvant être considérés comme un « procédé de création de normes susceptibles de juridicisation »[4145]. D'une part, ils peuvent servir de directive pour orienter l'action des acteurs juridiques. D'autre part, ils exercent une fonction dynamique en ouvrant de « nouveaux champs d'expansion du droit »[4146]. Dans cette seconde perspective, les normes de droit souple peuvent favoriser l'harmonisation juridique tout en évitant les coûts inhérents aux processus de négociation formels. Cette approche permet d'intégrer au raisonnement juridique des principes ou des règles qui, bien que non incorporés directement dans l'ordre juridique national, s'imposent néanmoins comme *ratio scripta*, c'est-à-dire comme raison écrite dotée d'une autorité persuasive[4147].

Selon la terminologie utilisée par le professeur Lorenzo Idiarte, en plus de leur fonction interprétative, ces sources présentent une fonction d'« intégration », c'est-à-dire de complémentation et de comblement des lacunes du droit applicable[4148]. Elles jouent ce rôle, selon le professeur uruguayen, lorsqu'elles recueillent ou explicitent des principes généraux du droit, ou lorsqu'elles reflètent la doctrine « la plus largement admise » — cette dernière étant expressément reconnue comme source de droit par l'ancien Code civil et l'article 13 de la loi générale de droit international privé uruguayenne. Comme l'a souligné l'auteur, à travers le travail jurisprudentiel, ces règles souples, qui peuvent initialement manquer de « légitimité formelle », acquièrent progressivement une légitimité dont elles étaient dépourvues *ab initio*. On dépasse ainsi « la conception de la *lex mercatoria* comme simple pratique contractuelle internationalement uniforme », pour

[4142] B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *op. cit.*, p. 401-402.

[4143] Par ailleurs, la qualification même de « source informelle » peut être compliquée à établir. Sur ce sujet, v. H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*, p. 47 et p. 137 et s.

[4144] D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, *op. cit.*, n° 14 et s. Le professeur souligne néanmoins que les opinions émises à ce sujet peuvent être très variées et la terminologie même de « source formelle » et de « source informelle » ne fait pas unanimité.

[4145] D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, *op. cit.*, n° 305, en référence aux codes de conduite.

[4146] J.C. Fernández Rozas, « Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI », *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, p. 7-32, p. 18.

[4147] *Ibidem.*

[4148] G.A. Lorenzo Idiarte, « Las fuentes del derecho internacional privado », *op. cit.*, p. 337 (traduction libre de l'espagnol).

reconnaître sa véritable portée normative[4149]. Dans cette perspective, la jurisprudence confère à ces sources la qualité de droit positif.

Les Principes de La Haye et le Guide de l'OEA s'inscrivent dans la catégorie des sources informelles du droit international privé, en raison de leur élaboration en dehors du cadre normatif étatique traditionnel. La question de leur articulation avec le droit conventionnel mérite une attention particulière. En tant qu'instruments de droit souple, ils ne revêtent aucun caractère contraignant à l'égard des États et ne sauraient, par conséquent, prévaloir sur les normes de source étatique, qu'elles soient d'origine nationale ou internationale. Ces instruments ont d'ailleurs eux-mêmes délimité leur sphère d'application en précisant qu'ils s'appliquent comme un ensemble non contraignant de principes et comme un guide visant à orienter la réforme des règles de conflit de lois interne ou encore comme des lignes directrices pour juges et arbitres, notamment, dans le cas du Guide de l'OEA, pour l'interprétation de la Convention de Mexico. Nous avons déjà examiné la pertinence des solutions proposées par ces instruments, ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs[4150]. Il convient néanmoins de s'interroger sur la possibilité de considérer les principes et règles qu'ils contiennent comme relevant d'autres sources non conventionnelles du droit, comme des principes généraux du droit international privé.

697. Coutume et principes généraux : définition et position hiérarchique. La « coutume », qui peut être tant nationale qu'internationale, est considérée comme une source du droit international privé. Elle est expressément mentionnée à l'article 38.1, b, du Statut de la CIJ, qui la définit comme « une pratique générale acceptée comme étant le droit ». Tout comme la coutume en droit interne, la coutume internationale comporte un élément « matériel », qui implique la répétition d'actes ou de comportements, ainsi qu'un élément « psychologique », à savoir le sentiment de son caractère obligatoire (*l'opinio juris*)[4151]. À titre d'exemple d'une coutume cependant *nationale*, le professeur Valerio de Oliveira Mazzuoli mentionne le principe de l'autonomie de la volonté. Selon lui, au Brésil, pays où la législation ne prévoit pas expressément l'autonomie de la volonté comme critère de rattachement, ce principe est néanmoins autorisé, « car il s'agit d'une coutume interne solidement établie »[4152].

Les « principes généraux du droit » figurent dans l'article 38 du Statut de la CIJ en tant que source du droit. L'article se réfère plus spécifiquement aux « principes généraux reconnus par les nations civilisées » (para. 1, alinéa c). Selon la définition offerte par le professeur Dominique Bureau, les principes généraux du droit sont « des propositions non

[4149] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[4150] V. *supra* n° 516 et s.

[4151] V. H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *op. cit.*, p. 49 ; D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, n° 329 et s.

[4152] V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 62 (traduction libre du portugais).

écrites dont la généralité permet de soutenir une large série de solutions positives »[4153]. S'agissant de la position hiérarchique de ces principes, le professeur Alfred von Verdross explique qu'il existe différentes écoles de pensée[4154]. D'après la doctrine dite « positiviste », le contenu du droit des gens ne découle que de la volonté commune des États. Cela signifie que « les principes généraux du droit ne sont applicables que dans les cas prévus par la volonté des États, tandis que, dans les autres cas l'arbitre pourrait évoquer seulement les traités et la coutume »[4155]. Par conséquent, selon le maître autrichien, qui fut également juge à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), comme « ces principes sont, pour cette doctrine, une source étrangère au droit des gens, le juge ne peut y recourir que s'il y est autorisé par le traité sur lequel est fondée sa juridiction »[4156]. Par conséquent, les États ne sont en principe pas obligés par l'article 38 du Statut de la CIJ et par ces principes[4157].

En ce qui concerne le problème de savoir quand et sous quelles conditions les principes généraux du droit peuvent et doivent être appliqués, le professeur Alfred von Verdross rappelle que d'après le président du Comité chargé de l'élaboration du Statut de la CIJ, le juge doit pratiquer une méthode successive concernant les sources de droit. La première règle, c'est que, s'il existe un texte, une règle conventionnelle, on doit l'appliquer. À défaut, il faut appliquer les coutumes internationales, et s'il n'y a ni loi ni coutume, le juge devra alors appliquer les principes généraux du droit[4158]. Néanmoins, comme le signale le juge autrichien, les principes généraux jouent aussi un autre rôle : ils ne constituent pas seulement une source du droit applicable, ils servent également à combler les lacunes et à interpréter le droit conventionnel et coutumier, qui doit, en cas de doute, être interprété sur la base des principes généraux du droit. C'est donc, selon lui, « *à la lumière* de ces principes que *tout* le droit des gens doit être interprété et appliqué »[4159].

Enfin, comme le professeur von Verdross l'exprime avec justesse, sur le plan du droit des gens, cette « gradation » des sources du droit, exprimée aussi dans le texte de l'article 38 du Statut de la Cour internationale, n'implique pas vraiment l'existence d'une hiérarchie entre elles, car elle « n'exclut pas toutefois le refus d'appliquer une convention lorsque

---

[4153] D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, n° 61.

[4154] A. Von Verdross, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, 1935, vol. 52, p. 199.

[4155] *Ibidem.*

[4156] *Ibidem.*

[4157] Toutefois, toujours selon le professeur von Verdross, la position adoptée par cette doctrine prête le flanc à la critique, car « la réception des principes généraux du droit dans le système du droit des gens peut résulter non seulement d'une convention, mais encore de la coutume internationale ». Il souligne que, comme le montrent les précédents jurisprudentiels, ces principes ont été appliqués par les tribunaux sans autorisation préalable, ce qui amène à conclure que leur application a été approuvée par la coutume internationale. De ce fait, selon lui, il existe une conviction générale des États qui explique que les principes généraux du droit ont une force obligatoire dans les rapports internationaux. En fait, selon l'auteur, l'article 38 du Statut de la Cour « ne fait que codifier un principe bien établi dans la pratique internationale ». *Ibidem.*

[4158] *Ibid*, p. 224.

[4159] *Ibid*, p. 226.

celle-ci est contraire à une disposition impérative ayant valeur de principe général »[4160]. Elle n'exclut pas non plus l'application simultanée des principes généraux et des conventions ou coutumes. Par ailleurs, comme il le rappelle, c'était pour éviter toute équivoque à cet égard que le Comité chargé de l'élaboration du Statut de la CIJ a supprimé les mots « en ordre successif » qui figuraient dans le projet primitif[4161]. Dans le domaine spécifique du droit international privé, le professeur Dominique Bureau arrive lui aussi à une conclusion similaire. Selon lui, lorsque les principes généraux expriment des valeurs essentielles du droit, « leur respect s'impose »[4162].

698. Position législative. En Amérique latine, du point de vue du droit conventionnel[4163], la Convention de Mexico est la seule à mentionner explicitement les principes généraux du droit, plus particulièrement les « principes du droit commercial international » — même si son libellé laisse place à l'interprétation et que la hiérarchie de ces sources n'a pas été clairement établie par la Convention. En revanche, les Traités de Montevideo et le Code Bustamante ne contiennent aucune disposition faisant référence aux principes généraux ou à leur position hiérarchique dans le système conventionnel.

Comme il a été observé en ce qui concerne les sources internes de droit international privé[4164], la majorité des pays latino-américains a adopté une hiérarchie plaçant les principes généraux à un rang inférieur à la loi, tout en permettant que ces normes soient utilisées pour combler les lacunes législatives ou interpréter la loi en cas de doutes[4165]. C'est, par exemple, le cas du Brésil, où l'article 4 de la LINDB dispose que : « Dans le silence de la loi, le juge tranche le litige d'après l'analogie, la coutume et les principes généraux du droit »[4166]. C'est également le cas de l'Argentine, où l'article 1 du Code civil et commercial dispose que les usages, pratiques et coutumes sont contraignants « lorsque les lois ou les parties intéressées s'y réfèrent ou dans des situations non réglementées légalement, à condition qu'ils ne soient pas contraires au droit »[4167]. En Uruguay, l'article 13 de la nouvelle Loi générale de droit international privé prévoit, en matière de

---

[4160] *Ibid*, p. 227.

[4161] *Ibidem.*

[4162] D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, n° 1138. Selon le professeur Bureau : « Ils contribuent à la formation d'un ordre public supra-étatique, et leur supériorité s'affirme à l'égard des normes étrangères, voire de la *lex fori* : les règles substantielles mais également conflictuelles qui les méconnaîtraient doivent alors s'effacer ».

[4163] V. l'art. 10 de la Convention de Mexico, selon lequel : « Outre les dispositions des articles précédents, seront appliqués, le cas échéant, les normes, les coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciaux généralement reconnues en vue d'assurer le respect des exigences imposées par la justice et l'équité dans le règlement d'un cas concret ». Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[4164] V. *supra* n° 246 et s.

[4165] V. *supra* n° 611 et s.

[4166] Brésil, Décret-loi n° 4 657 du 4 septembre 1942, *Loi d'introduction aux normes de Droit brésilien*, rédaction conformément à la Loi n° 12 376, 2010 (traduction libre du portugais).

[4167] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

commerce international, que les principes généraux jouissent d'un rang inférieur aux conventions internationales et aux lois. Cet article fait aussi mention aux « usages », la « jurisprudence des tribunaux ordinaires ou arbitraux », ainsi que les « doctrines les plus reconnues en droit uruguayen et comparé » comme de « sources matérielles du droit commercial international »[4168].

De même, au Costa Rica, la législation place les sources non écrites à un rang inférieur à celui de sources écrites, et les usages et la coutume à un rang supérieur à celui des principes généraux (arts. 1, 3 et 4 du Code civil)[4169]. Au Panama, l'article 80, deuxième partie, du Code de droit international privé dispose que : « L'ensemble des usages, coutumes et pratiques du commerce international *est une source de droit et a force obligatoire* dès qu'il est convenu ou qu'il découle de l'activité naturelle du commerce »[4170]. D'autres pays ont des normes semblables qui placent la coutume ou les principes généraux du droit à un rang inférieur à la loi et lui confèrent un rôle supplétif. C'est le cas du Guatemala, du Mexique, du Paraguay, du Pérou, de la République dominicaine, et du Venezuela[4171].

D'autres pays adoptent une position plus restrictive en affirmant que la coutume n'a pas valeur de loi, sauf dans les cas où la loi s'y réfère (art. 2 du Code civil chilien, salvadorien, équatorien, hondurien et art. 8 du Code civil colombien)[4172]. Si les Codes civils de l'Équateur et de la Colombie retiennent une position restrictive sur la coutume, les Codes de commerce de ces deux États sont plus libéraux : tandis que le Code de commerce colombien place la coutume commerciale au même rang que la loi commerciale, sous certaines conditions, le Code de commerce équatorien lui donne un rôle subsidiaire à la loi, servant à la compléter en cas de lacunes, là encore, soumis à certaines conditions.

[4168] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

[4169] Les dispositions concernant les normes non écrites au Costa Rica se trouvent aux articles 1, 3 et 4 du Code civil, qui disposent : « Art. 1 — Les sources écrites de l'ordre juridique privé costaricien sont la Constitution, les traités internationaux dûment approuvés, ratifiés et publiés, et la loi. La coutume, l'usage et les principes généraux du droit sont des sources non écrites de l'ordre juridique privé et servent à interpréter, délimiter et intégrer les sources écrites de l'ordre juridique » ; « Art. 3 — Les usages et la coutume ne régiront qu'à défaut de loi applicable, à condition que leur existence soit démontrée et qu'ils ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à une norme de caractère prohibitif. » ; « Art. 4 — Les principes généraux du droit s'appliqueront à défaut de règle écrite, d'usage ou de coutume, sans préjudice de leur caractère informatif de l'ordre juridique. ». Costa Rica, Loi n° 63, *Code civil*, 28 septembre 1887 (traduction libre de l'espagnol).

[4170] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol ; original sans italiques). Selon le professeur panaméen Carlos A. Arrue Montenegro, « En pratique, bien que les tribunaux se réfèrent souvent à des jugements panaméens et à la doctrine nationale voire étrangère pour illustrer leurs motifs, la place prépondérante de la loi par rapport à la jurisprudence et toute autre source juridique s'affirme plus au Panama que dans les pays romano-germaniques classiques, tels que la France et l'Allemagne, où la jurisprudence tient une place de plus en plus importante, spécialement en droit international privé ». Cf. C. A. Arrue Montenegro, « Les nouveaux paradigmes du Code de droit international panaméen », *op. cit.*, p. 118.

[4171] V. *supra* n° 497 et s.

[4172] V. *supra* n° 500 et s.

En somme, il est en général bien établi que, lorsque le juge constate l'impossibilité de trouver une solution en se fondant sur le droit contraignant existant, rien ne l'empêche de se référer à la coutume et aux principes généraux pour résoudre les litiges[4173]. Cette utilisation des principes pour pallier les lacunes ou interpréter la loi est largement acceptée par les législations des États latino-américains.

699. Application des conventions internationales hors de leur champ d'application en tant que principes généraux. Au Venezuela, la Convention de Mexico est reconnue comme source de principes généraux du droit international privé, permettant d'interpréter et de compléter le droit interne même en dehors de son champ d'application *stricto sensu*. Le professeur Hernández-Bretón a mis en lumière cette fonction normative de la Convention, montrant que les solutions qu'elle consacre reflètent des principes généralement admis en droit international privé, susceptibles d'éclairer l'interprétation des règles incorporées dans l'ordre juridique national[4174]. Cette approche a été confirmée par la jurisprudence vénézuélienne, qui n'hésite pas à se référer à la Convention de Mexico en tant que source de principes généraux pour interpréter et compléter les dispositions du droit interne relatives aux contrats internationaux[4175].

Il est à noter que le raisonnement développé par la doctrine vénézuélienne pour l'utilisation de la Convention de Mexico en tant que norme interprétative et supplétive pourrait servir également pour le Mexique. Le Mexique est aussi signataire de la Convention de Mexico, ce qui permet l'utilisation des normes de cette convention comme principes généraux pour pallier les éventuelles lacunes du droit national[4176].

Une démarche similaire a été observée dans d'autres pays latino-américains, comme c'est le cas de l'Uruguay et de l'Argentine, où la doctrine et la jurisprudence recourent aussi aux traités non ratifiés pour combler les lacunes du droit international privé, que ce soit par analogie ou, dans le cas de l'Uruguay, en tant que « doctrine la plus largement admise » conformément au système de sources établi par l'article 16 du Code civil, repris à l'article 13 de la nouvelle loi de droit international privé[4177]. Au Brésil, les professeurs Jacob Dolinger et Carmen Tiburcio, considèrent également que le Code Bustamante pouvait s'appliquer en dehors de son champ d'application naturel « comme source doctrinale » tout

[4173] V. D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, spéc. n° 643 et s. et 1117 et s.

[4174] E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.*, p. 188.

[4175] V., p. ex., Venezuela, TSJ, Sala de Casación Civil, *Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona C.A y outro*, Recurso de Casación, Expediente 22-071, n° 000090, 17 mars 2023.

[4176] Même si le Code civil fédéral mexicain ne contient pas une solution spécifique comme celle de la loi du Venezuela, il autorise l'utilisation des principes généraux du droit pour résoudre les litiges civils : « Article 19 — Les litiges judiciaires civils sont résolus conformément à la lettre de la loi ou à son interprétation juridique. En l'absence de loi, ils sont résolus conformément aux principes généraux du droit ». Cf. Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol).

[4177] G.A. Lorenzo Idiarte, « Las fuentes del derecho internacional privado », *op. cit.*, spéc. p. 335-336.

comme « les conventions non ratifiées qui sont acceptées comme source du droit international »[4178].

Conclusions du Chapitre

700. L'état actuel de l'harmonisation du droit international privé des contrats en Amérique latine suscite de sérieuses préoccupations. En premier lieu, on observe une superposition de différents traités et lois nationales qui coexistent simultanément, engendrant fréquemment des contradictions. Cette situation se trouve aggravée par la présence de sources de droit informel dont la position hiérarchique par rapport aux sources formelles demeure indéterminée.

Face à ce constat, le présent chapitre a mis en évidence le défi majeur que représente aujourd'hui l'articulation des sources du droit international privé des contrats en Amérique latine. Il a permis de souligner la complexité des interactions entre les règles de conflit de lois d'origine interne, les traités régionaux relatifs aux contrats internationaux et les sources qualifiées d'informelles, au premier rang desquelles figurent la coutume et les principes généraux du droit.

S'agissant de la relation entre les *sources conventionnelles et le droit interne*, il apparaît que, si le droit international tend à reconnaître la primauté des traités sur le droit interne, l'absence de dispositions claires dans plusieurs pays d'Amérique latine conduit certaines juridictions à privilégier le droit interne, préférence qui n'est pas toujours aisée à déceler et généralement suivie d'une légèreté de motivation juridictionnelle.

Cette lacune se manifeste également dans la résolution des *conflits entre conventions*, particulièrement lorsque les instruments en vigueur ne contiennent pas de dispositions explicites relatives à leur coordination — situation qui constitue la règle générale, la Convention de Mexico faisant figure d'exception. Néanmoins, en dépit de ces contradictions, l'interprétation la plus convaincante demeure celle de l'application *inter partes* des instruments conventionnels. Cette solution connaît toutefois une nuance s'agissant de la Convention de Mexico, laquelle adopte, une application *inter partes* étendue en admettant que la loi applicable puisse être celle d'un État non partie. Malgré les contradictions interprétatives soulevées, cette approche nous semble la plus appropriée dans la mesure où elle respecte tant la lettre des traités que la volonté manifestée par les États signataires lors de leur élaboration. Il convient néanmoins de préciser que cette interprétation ne permet pas d'écarter l'ensemble des conflits potentiels et pourrait être reconsidérée dans certaines situations particulières, notamment lorsqu'il s'agit d'assurer la protection des parties faibles.

Par ailleurs, on observe en Amérique latine une tendance marquée à privilégier les sources écrites (traités et lois) au détriment de celles non écrites (coutume et principes généraux)

[4178] J. Dolinger, C. Tiburcio, *Direito internacional privado*, *op. cit.*, p. 67-68 (traduction libre du portugais).

en matière de contrats internationaux. Cependant, certaines législations témoignent de la possibilité de recourir à des *sources informelles* du droit afin de combler les lacunes du droit applicable. Les traités et conventions internationaux, tels que la Convention de Mexico et le Code Bustamante (ou même des instruments non ratifiés par les États de la région), sont parfois appliqués par les juridictions latino-américaines au-delà de leur champ d'application *stricto sensu*. Dans ces hypothèses, les dispositions conventionnelles sont mobilisées souvent à titre de principes généraux du droit international privé ou de doctrine autorisée, permettant ainsi de pallier les insuffisances ou lacunes des règles de conflit de lois applicables.

Ces considérations nous conduisent naturellement au dernier chapitre de la présente recherche, consacré aux voies envisageables pour concrétiser l'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine.

CHAPITRE II — LES VOIES FUTURES DE L'HARMONISATION

701. Plusieurs mécanismes sont disponibles pour parvenir à l'harmonisation des règles de conflit de lois et à la convergence des solutions dans le domaine des contrats internationaux. Cette harmonisation peut être réalisée par diverses voies, qui combinent des mécanismes contraignants et des solutions plus souples pour favoriser la coordination et la cohérence des solutions[4179].

Cette étude a permis d'examiner l'état actuel du droit positif latino-américain en matière de loi applicable aux contrats internationaux. L'analyse a porté sur les solutions proposées par les conventions régionales, ainsi que sur les législations internes et les instruments de droit souple. Nous avons également pris position en faveur de l'harmonisation du droit des contrats internationaux en Amérique latine, en nous fondant sur les principes issus du droit souple, en particulier ceux énoncés dans le Guide de l'OEA, qui reflètent l'évolution la

[4179] Outre l'harmonisation des normes de droit international privé, l'on peut aussi recourir à au droit uniforme, c'est-à-dire la stipulation de règles substantielles (ou matérielles) uniformes, règles qui prennent priorité sur celles du droit international privé national. À cet égard, des instruments tels que la CVIM et les Principes d'Unidroit sont largement employés en Amérique latine. Étant donné la contrainte relative à l'examen exhaustif des méthodes d'harmonisation, la présente étude se focalisera sur les règles de conflit. Pour une analyse approfondie de l'harmonisation à travers le droit uniforme en Amérique, v. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* p. 53 et s. (Partie 3) ; pour comprendre les relations entre les normes de droit international privé et le droit uniforme, v. United Nations, *Guide juridique de la CNUDCI, la HCCH et Unidroit sur les instruments de droit uniforme relatifs aux contrats du commerce international (notamment de vente)*, 2022, en ligne https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210055307 (consulté le 22 août 2024) ; v. aussi, D. Opertti Badán, « Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain : dilemme ou convergence? Conférence inaugurale, session de droit international privé », *RCADI*, 2012, vol. 359.

plus récente du droit des contrats dans la région, avec des observations sur certaines questions spécifiques, notamment sur la difficulté d'acceptation large du principe de proximité en tant que règle générale pour la désignation subsidiaire de la loi applicable. Dans un second temps, nous avons évalué les interactions entre ces diverses sources afin de déterminer laquelle devrait prévaloir lors de la résolution concrète des litiges, tout en détectant les principales difficultés liées à leur application. Au terme de ce parcours latino-américain, le cadre juridique relatif à la loi applicable aux contrats internationaux a pu être délimité avec précision. Cette recherche révèle un système complexe et peu harmonisé, dont la sécurité juridique demeure incertaine, malgré une certaine convergence sur des sujets spécifiques, notamment celui de l'autonomie de la volonté.

Dans ce contexte juridique alambiqué, quelles sont les voies qui peuvent conduire à l'harmonisation effective du droit des contrats en Amérique latine ? En d'autres termes, quels mécanismes peuvent être mis en place pour parvenir à cette harmonisation et quels acteurs devraient être impliqués dans ce processus ? Le présent chapitre vise à répondre à ces questions et à explorer les diverses approches et les chemins envisageables pour favoriser une cohérence du régime de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine. L'objectif est, ainsi, d'identifier des stratégies efficaces pour surmonter les divergences et favoriser un cadre juridique intégré et cohérent. Pour esquisser ce panorama, nous proposons d'adopter deux perspectives distinctes : celle des États (Section 1), et celle des interprètes et décideurs du droit (Section 2).

Section 1 — Possibles voies ouvertes aux États

702. Dans la recherche d'harmonisation du droit des contrats en Amérique latine, il est essentiel d'explorer les diverses voies qui s'offrent aux législateurs pour parvenir à cet objectif. Les arguments en faveur de la codification des règles de droit international privé, tant à l'échelle nationale que conventionnelle, reposent principalement sur la *sécurité juridique* et la *prévisibilité des résultats*, des valeurs que la codification vise à protéger[4180]. Cela est particulièrement crucial pour les systèmes juridiques d'Amérique latine, où les règles de droit international privé sont dispersées dans divers instruments juridiques.

Il convient dès lors d'examiner les différentes voies susceptibles d'être empruntées par les États latino-américains en vue de parvenir à une harmonisation effective du droit des contrats. Cette analyse s'articulera autour de deux axes complémentaires : d'une part, les initiatives pouvant être développées à l'échelle régionale (§1) et, d'autre part, les possibilités à l'échelon national (§2).

[4180] T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.,* p. 209.

§1 — Possibilité à l'échelon régional

703. Une approche concertée entre les États de l'Amérique latine au niveau régional permettrait de réduire les divergences et d'améliorer la coopération entre eux. Sur le plan régional, plusieurs possibilités s'offrent aux États pour l'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux : l'adoption d'un nouveau traité (A), la réforme des traités en vigueur (B), la dénonciation des traités (C), ou encore des voies plus souples, comme l'adoption d'instruments législatifs non contraignants (D).

Examinons de plus près chacune de ces possibilités ainsi que la façon dont les États latino-américains peuvent les utiliser pour harmoniser le droit international privé dans la matière des contrats internationaux sur le plan régional.

A. L'adoption d'un instrument législatif contraignant

704. Bien que certains auteurs aient plaidé en faveur de l'adhésion à la Convention de Mexico[4181], force est de constater que cette option ne semble pas à ce jour susciter l'intérêt des États latino-américains. Cette réticence s'explique notamment par l'absence de toute volonté politique manifeste en ce sens depuis l'adoption de la Convention en 1994. Au-delà de cette considération, les contradictions et difficultés interprétatives inhérentes à la Convention, notamment concernant le rôle du droit non étatique, l'absence de règles protectrices des parties faibles, ainsi que l'insécurité juridique découlant de l'adoption du critère des liens les plus étroits sans directive claire pour sa détermination, constituent autant d'obstacles qui, selon nous, empêcheraient et ne sauraient favoriser une harmonisation du droit des pays latino-américains à travers l'adhésion à la Convention de Mexico.

De ce fait, une première possibilité serait de conclure un nouveau traité, auquel le plus grand nombre possible d'États latino-américains serait parties, notamment les États actuellement parties aux Traités de Montevideo, au Code Bustamante et à la Convention de Mexico. Toutes ces sources conventionnelles seraient unifiées dans un seul instrument. Cela simplifierait énormément la tâche du juge lorsqu'il doit choisir la source conventionnelle à appliquer dans les pays qui sont parties à plus d'un instrument, et unifierait les approches adoptées lors de la détermination de la loi applicable à un contrat international. De ce point de vue, cette voie constituerait, sans conteste, la plus favorable à l'harmonisation du droit des contrats internationaux au sein de la région, tout en assurant la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions offertes aux opérateurs économiques.

[4181] En ce sens, v., en particulier, E. Hernández-Bretón, « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.*, p. 167-189 ; N. de Araújo, D. Corrêa Jacques, « Contratos internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil », *op. ci.*, p. 237 ; et N. de Araujo, « A autonomia da vontade nos contratos internacionais – direito brasileiro e países do Mercosul: considerações sobre a necessidade de alterações no internacional privado obrigacional do bloco », *op. cit.,* spéc. p. 234.

En effet, l'harmonisation du droit international privé à travers l'élaboration de conventions internationales représente une approche clé pour favoriser la coopération et la cohérence entre les systèmes juridiques nationaux dans un contexte mondialisé. Les conventions internationales établissent des règles communes et des règles partagées qui régissent les relations transfrontalières, offrant ainsi un cadre juridique prévisible et harmonisé pour les acteurs des échanges internationaux. Du fait de leur caractère contraignant, elles apportent un degré élevé de sécurité juridique aux acteurs du commerce et des échanges internationaux. Cette sécurité juridique résulte de l'engagement formel des États parties à respecter les normes et les obligations établies par ces accords internationaux, ce qui contribue à réduire l'incertitude juridique et à renforcer la confiance des opérateurs économiques.

En garantissant une application harmonieuse et prévisible des règles convenues, les conventions internationales permettent aux entreprises et aux autres acteurs du commerce de planifier leurs activités à l'échelle internationale en toute confiance. Cette certitude juridique favorise la stabilité des relations commerciales transfrontalières et facilite la résolution des différends en fournissant un cadre juridique clair et transparent pour régir les interactions entre les parties contractantes. Par ailleurs, la sécurité juridique offerte par les conventions internationales contribue à réduire les risques liés à la diversité des législations nationales et des interprétations.

Toutefois, quelques points clés devraient être pris en considération en vue de l'adoption d'un tel instrument. Une première remarque concerne les *solutions matérielles* que cet instrument devrait adopter. Comme nous l'avons soutenu lors d'un chapitre consacré à la question[4182], les recommandations du droit souple, et notamment celles du récent Guide de l'OEA, représentent aujourd'hui les solutions les plus modernes dans la région en matière de loi applicable aux contrats internationaux, en tant que consensus des États américains en général, et des États latino-américains en particulier. De ce fait, quant au contenu, nous nous référons aux travaux de ce Guide et à nos observations et propositions, qui ont été amplement discutés au premier titre de la seconde partie de ce travail[4183].

[4182] V. *supra* n° 516 et s.

[4183] Sans répéter tout ce qui a été développé dans ce précédent Titre, deux points clés méritent d'être soulignés. Le premier, concerne le fait que le nouvel instrument devrait contenir une norme acceptant expressément de l'autonomie de la volonté et en fixant les limites, en mettant fin, ainsi, aux contradictions de longue date des instruments conventionnels actuellement en vigueur dans la région. Les bénéfices liés à l'adoption de cette idée, désormais largement reconnue, ont également été abordés dans la présente étude. Le deuxième point clé à souligner est l'unification de l'élément de rattachement adopté en l'absence de choix. Comme nous l'avons vu au long de ce travail, les facteurs de rattachement adoptés par les instruments conventionnels existants sont contradictoires et donnent lieu à des solutions divergentes. En outre, les critères de rattachement adoptés varient d'un État à l'autre, engendrant des relations d'une grande complexité. Cette complexité, qui doit être évitée, serait dissipée par l'établissement d'un critère unique. De ce fait, l'unification de ce critère constituerait une étape importante vers l'harmonisation du droit des contrats et permettrait d'éviter le *forum shopping*, dès lors que les solutions seraient toujours les mêmes, indépendamment du juge saisi. Le critère de rattachement qui conviendrait a également déjà été abordé lors de l'analyse des solutions du droit souple et notamment des recommandations du Guide de l'OEA. Au terme de cette analyse, nous avons conclu que les approches flexibles recommandées dans le Guide posaient des défis pratiques et recueilleraient difficilement l'adhésion des États latino-américains, qui majoritairement préfèrent

Une deuxième remarque concerne le *champ d'application* de l'instrument projeté, surtout dans ses aspects matériel et spatial. Quant au champ d'application *matériel* d'un futur instrument, il convient d'abord de noter que le Guide de l'OEA se limite à donner des recommandations concernant les contrats commerciaux internationaux, en excluant, ainsi, les contrats de consommation et de travail, en réitérant, de ce fait, l'approche de cette même organisation lors de l'élaboration de la Convention de Mexico. Sur ce point, nous proposons d'aller au-delà de ce qui est proposé par ledit Guide. Nous ne voyons pas pourquoi un futur instrument latino-américain (ou même américain) devrait exclure ces matières. Comme nous l'avons remarqué, ces matières ne sont, pour l'instant, pas spécialement réglementées dans la région. Elles relèvent dès lors du champ d'application des traités existants, ce qui engendre une incertitude juridique considérable et compromet la protection adéquate des parties faibles. De ce fait, à l'instar du Règlement Rome I, une future réglementation pourrait inclure des normes spéciales à ces types de contrats en fournissant une protection suffisante et adéquate aux parties réputées faibles[4184].

Quant à l'application *spatiale* de ce futur instrument, il convient de se demander si ce traité ne vise que les rapports juridiques à l'intérieur de l'ensemble régional ou également les rapports présentant des liens avec des États tiers. Nous sommes d'avis que, à la différence des pratiques observées jusqu'à présent en Amérique latine, un futur instrument devrait se doter d'un caractère véritablement *universel*, en se substituant, ainsi, aux droits internes, pour se transformer en un authentique « droit commun » aux États concernés.

Une telle approche est justifiée par plusieurs raisons d'ordre théorique et pratique. Une première raison, de nature théorique, est que, vu leur nature propre, les conventions concernant la loi applicable doivent avoir un caractère universel. Cela découle de la logique juridique et de la facilité d'application des conventions, dès lors que, souvent, les critères de rattachement pour déterminer l'application d'une convention non universelle peuvent être très difficiles à établir. En outre, du point de vue pratique, il ne serait pas

---

des critères rigides et préétablis. Nous avons encore conclu qu'une solution prometteuse consisterait à établir des critères objectifs et préétablis de rattachement, comme celui du lieu de résidence habituel du débiteur de la prestation caractéristique, avec une clause d'exception qui définirait les liens les plus étroits, à l'instar de l'article 4 du règlement de Rome I. Cette approche s'avère pertinente dans le contexte actuel de l'Amérique latine, favorisant la sécurité juridique, tout en permettant une certaine flexibilité pour adapter les solutions au cas concret. En évitant une trop grande flexibilité, qui serait le principal obstacle à la ratification de la Convention de Mexico, l'adoption de ce critère, que nous avons jugé plus adapté aux États latino-américains, pourrait favoriser l'adoption de ce futur instrument et l'harmonisation du droit dans ce domaine, offrant ainsi un cadre plus homogène et prévisible pour la résolution des litiges liés aux contrats internationaux dans la région. Sur ce sujet, v. *supra* n° 516 et s.

[4184] Dans le contexte du Mercosur, v. la proposition de Fernanda Vieira da Costa Cerqueira, qui, en s'inspirant du modèle européen, propose l'adoption de deux règles distinctes pour déterminer la loi applicable aux contrats de consommation, selon que le consommateur exerce un rôle actif ou passif. Pour les déterminer, la loi applicable aux contrats conclus par les consommateurs passifs, elle propose l'adoption d'une règle de conflit de lois fondée sur un critère de rattachement *objectif,* rigide et prédéterminé, sans intervention d'une clause d'exception, à savoir, le critère de rattachement du lieu de la résidence habituelle du consommateur. Au contraire, pour les contrats conclus avec des consommateurs actifs, elle propose le critère de rattachement du lieu de conclusion du contrat assorti d'une clause d'exception. Pour les contrats individuels de travail, elle propose l'adoption d'une règle de conflit de lois fondée sur une série de critères de rattachement *objectifs* et *prédéterminés*, assortie d'une clause d'exception, à l'image des deux instruments européens. Cf. F. Vieira Da Costa Cerqueira, *thèse*, *op. cit.*, p. 405 et s.

raisonnable, dans le contexte économique et politique latino-américain actuel, de limiter l'application d'un futur traité aux relations intrarégionales. Comme cela a déjà été affirmé dans ce travail, à ce jour, les relations économiques des pays latino-américains sont beaucoup plus orientées vers l'extérieur du sous-continent que vers l'intérieur de la région. De ce fait, une limitation aux contrats entre États latino-américains restreindrait considérablement le champ d'application de cet instrument et causerait une inégalité injustifiée par rapport aux contrats « extrarégionaux ». Il convient dès lors, dans un souci de sécurité juridique et de cohérence, de privilégier l'instauration d'un régime unifié applicable tant aux rapports intrarégionaux qu'extrarégionaux.

En outre, la crainte historique des pays latino-américains face aux éventuels abus des pays développés, qui auraient pu imposer leurs vues par le biais de l'autonomie de la volonté, a, à notre sens, perdu sa pertinence. Cette appréhension, autrefois justifiée par le déséquilibre économique entre nations développées et pays en voie de développement, ne trouve plus de fondement solide dans le contexte actuel. D'une part, les parties contractantes disposent toujours de la possibilité de recourir à l'arbitrage international, qui offre une grande souplesse dans la détermination du droit applicable. D'autre part, des mécanismes spécifiques existent pour empêcher de tels abus, comme l'intervention de l'exception de l'ordre public et l'application des lois de police, auxquels s'ajoutent les règles particulières élaborées pour protéger certaines catégories de personnes considérées comme vulnérables.

De plus, le traité devrait préciser explicitement sa *relation avec d'autres traités*, notamment ceux déjà en vigueur dans la région : les Traités de Montevideo en matière de droit civil et commercial, le Code Bustamante et la Convention de Mexico. Pour que l'harmonisation soit véritablement atteinte, il est nécessaire que les États expriment leur volonté de mettre fin aux anciens traités lors de l'adoption du nouvel instrument, du moins pour la matière qu'il couvre. Ainsi, en adoptant cette approche, une clause de coordination devrait être incluse indiquant clairement que le nouvel instrument doit prévaloir sur les anciens traités. Cela signifie que les instruments antérieurs ne continueraient à s'appliquer que dans la mesure où ils ne contredisent pas les dispositions du nouveau traité.

Toutefois, les avantages évidents que présente l'existence d'un texte uniforme en vigueur dans tous les États contractants sont en partie contrebalancés par un certain nombre de limites bien connues[4185]. L'harmonisation à l'aide des conventions internationales peut présenter des défis, notamment en matière des coûts liés à la négociation, à la mise en œuvre et à la surveillance de ces instruments juridiques complexes. L'adoption d'un tel instrument nécessiterait un long processus : l'élaboration des travaux préparatoires, la mise en œuvre des conférences internationales, la composition des délégations aux conférences

[4185] V. J.A. Estrella Faria, « Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform : Stormy Seas or Prosperous Voyage ? », *Revue de droit uniforme*, 2009, p. 5-34, p. 8.

et des amples discussions sur le contenu des conventions[4186]. Un autre problème réside dans la difficulté de modifier les conventions internationales lorsque des ajustements s'avèrent nécessaires pour tenir compte des évolutions économiques, des pratiques ou encore des avancées technologiques. En outre, la diversité des systèmes juridiques nationaux peut rendre difficile la recherche d'un terrain d'entente sur des questions spécifiques, ce qui peut entraîner des délais significatifs dans le processus de discussion, d'adoption et de ratification de ces types d'instrument.

À cela s'ajoute l'absence d'une autorité supranationale chargée d'assurer l'interprétation uniforme des dispositions conventionnelles, ce qui compromet la mise en œuvre cohérente des normes[4187]. Une future convention réglementant la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine gagnerait dès lors à prévoir un mécanisme de suivi institutionnel supranational destiné à veiller à l'interprétation et à l'application effective de ses dispositions. En effet, la transposition d'un mécanisme institutionnel de cette nature supposerait une réflexion approfondie sur plusieurs aspects fondamentaux : d'une part, la définition précise des compétences de l'organe supranational envisagé ; d'autre part, l'articulation entre ce mécanisme de contrôle supranational et les systèmes juridictionnels étatiques, afin d'éviter les conflits de compétence et de garantir la sécurité juridique des justiciables ; enfin, les modalités concrètes de saisine de cette instance, qu'il s'agisse d'un mécanisme de renvoi préjudiciel à l'initiative des juridictions nationales ou d'un recours direct ouvert aux parties privées. Une telle architecture institutionnelle, si elle était mise en œuvre avec discernement, pourrait constituer un vecteur déterminant de cohérence et d'effectivité du droit international privé latino-américain. Des modèles de ce type existent déjà à l'échelle internationale, en dehors des processus classiques d'intégration économique. Tel est le cas, par exemple, de l'OHADA sur le continent africain, organisation régionale poursuivant un objectif d'intégration à partir du droit privé et dotée de supranationalité pour l'interprétation et le contrôle de l'application uniforme de ses normes[4188]. Les États latino-américains pourraient utilement s'inspirer de cette expérience

[4186] T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.,* p. 212.

[4187] Pour une analyse de la recherche de cohérence par le biais de la verticalisation, qu'elle s'opère au sein d'organisations fédératives ou par l'établissement d'un droit et d'une justice « en surplomb » des États, v. la seconde partie du cours général du professeur Louis d'Avout à l'Académie de droit international de La Haye, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.,* p. 431 et s. L'auteur a toutefois souligné la nécessité de l'usage raisonnable des pouvoirs interprétatifs supra-étatiques. Comme il l'a souligné : « Au rebours de cet activisme souvent constaté, c'est un esprit de "modération réciproque" et de "subsidiarité" qui devrait guider l'office des juges supranationaux. Ces juges n'ont pas pour mission d'installer, par la force, une cohérence-uniformité générale du droit au sein de l'espace dont ils ont la charge, en comblant toutes les lacunes et en dissipant toutes les indéterminations présentes dans ce droit (ex. : le standard de l'ordre public). Leur rôle est tout au plus de détecter les solutions nationales irrationnelles des conflits de lois et, lorsque le droit propre de l'organisation y prend part, de contribuer à l'articulation harmonieuse des régimes juridiques convergeant sur un même objet » (*Ibid*, n° 293).

[4188] L'OHADA est dotée d'un organe supranational, la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, qui a mis en place un modèle différent de celui de l'Union européenne, intervenant en principe *ex post*. Cette juridiction, en plus d'une mission de consultation, est investie du contrôle de la juste application du droit uniforme de l'organisation, disposant ainsi du pouvoir de réviser les décisions nationales revêtues de l'autorité de la chose jugée et voire de substituer sa propre décision à celle des juridictions étatiques (art. 14 de son traité fondateur). Elle a ainsi un mécanisme de cassation supranationale des décisions nationales mettant en œuvre le droit uniforme de l'organisation. Ce mécanisme, susceptible d'être actionné à

dans le cadre de leurs futurs travaux d'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux.

Cependant, l'élément fondamental de tout processus de codification reste la *volonté politique* d'adopter des règles mutuellement acceptables. Aucune méthode, aussi parfaite soit-elle, ne peut remplacer la volonté issue d'une compréhension claire des avantages de la création d'un cadre normatif commun et adéquat des relations privées internationales[4189]. Il convient toutefois de constater que cette volonté politique fait défaut à l'heure actuelle dans la région latino-américaine. Comme cela fut mis en évidence par des études menées par l'OEA préalablement à l'élaboration du Guide sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, les États latino-américains n'ont pas montré d'intérêt ou de volonté politique significative pour harmoniser le droit des contrats internationaux[4190]. Cela suggère qu'un tel projet pourrait, être utopique ou du moins difficile à réaliser à court terme. Il est donc nécessaire de mettre en balance ces défis avec les bénéfices attendus de l'harmonisation avant d'entreprendre celle-ci.

705. Harmonisation à travers les organisations régionales d'intégration ? Si l'élaboration d'un instrument conventionnel assorti d'un mécanisme supranational d'interprétation uniforme des normes demeure, à ce jour, difficilement envisageable d'un point de vue pratique, il conviendrait néanmoins d'examiner la possibilité de poursuivre cette harmonisation au sein des organisations régionales d'intégration déjà établies en Amérique latine. Comme nous l'avons observé[4191], l'Amérique latine est marquée par la coexistence d'une pluralité d'organisations d'intégration qui se juxtaposent et se superposent, sans qu'aucune d'entre elles ne couvre l'ensemble de ce territoire géographique. Par conséquent, aucune organisation régionale ne dispose à l'heure actuelle d'une autorité suffisante sur l'ensemble de l'espace latino-américain pour édicter des normes et veiller à leur interprétation uniforme, à l'instar de ce que représente l'Union européenne pour ses États membres[4192]. À cela s'ajoute le constat que, dans la majorité des cas, les mécanismes d'adoption des normes juridiques au sein de ces organisations se caractérisent par leur complexité et leur manque d'efficacité. Ils nécessitent en général l'approbation de tous les États membres de l'organisation (en raison de l'absence de

---

l'initiative d'une partie privée, entraîne la suspension automatique des voies de recours parallèles disponibles dans l'ordre juridique interne et peut conduire à l'adoption d'une décision revêtue de la force exécutoire et de l'autorité de la chose jugée (conformément aux arts. 15 à 20 du traité constitutif). Cf. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 271. Sur l'OHADA, v., en particulier, A. Ndzuenkeu, *Le système OHADA et l'intégration juridique en Afrique*, thèse de doctorat Toulouse, 2022 ; et K.L. Johnson, « L'OHADA et la Modernisation du Droit des Affaires en Afrique.», *Revue de droit uniforme*, 2003, p. 71-80.

[4189] T.B. de Maekelt, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *op. cit.,* p. 212.

[4190] OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.*, p. 19-20.

[4191] V. *supra* n° 61 et s. ; et spéc. plan au n° 71.

[4192] Au sujet du rôle de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'interprétation du droit de l'Union, la vérification de sa légalité et l'assurance de son application uniforme dans les États membres, v. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 272 et s.

supranationalité) et, une fois approuvées, ces normes n'ont pas un caractère direct et contraignant, devant être incorporées dans le droit interne de chaque État[4193].

Il existe, certes, quelques exceptions, telles que la CAN, qui bénéficie d'un certain degré de supranationalité. L'adoption de normes contraignantes pour les États y est, en théorie, moins bureaucratique que dans d'autres blocs régionaux à caractère essentiellement intergouvernemental. Par exemple, au sein de ce bloc économique, l'harmonisation en la matière pourrait être menée par le Conseil andin des ministres des Affaires étrangères, l'organe qui concentre actuellement les compétences normatives du bloc et qui a le pouvoir de s'exprimer au moyen de déclarations et de décisions. Notamment, les décisions de ce Conseil font partie intégrante du système juridique de la communauté et constituent des normes de droit communautaire, obligatoires pour ses États membres. En outre, dans l'exercice de ses fonctions, le Parlement andin pourrait proposer l'adoption des règles en la matière de loi applicable aux contrats internationaux, afin que celles-ci soient étudiées et mises en œuvre par le Conseil andin des ministres des Affaires étrangères[4194].

En outre, malgré son caractère intergouvernemental, une harmonisation juridique progressive a été observée au sein du Mercosur. En matière de droit international privé, le Mercosur est le système d'intégration économique ayant produit le plus de textes juridiques. Ce bloc a déjà progressé vers l'harmonisation des contrats de consommation avec l'adoption de l'Accord de 2017 sur la loi applicable aux contrats internationaux de consommation. En suivant ce modèle, il pourrait également avancer vers l'approbation d'un instrument harmonisant la loi applicable aux contrats commerciaux. Cependant, une telle procédure est complexe en raison du caractère intergouvernemental de l'organisation et de l'absence d'effet contraignant immédiat de normes *mercosuriennes*. En fait, celles-ci nécessitent l'adhésion de tous les pays membres, suivie de l'intégration de l'éventuel instrument adopté dans le système législatif de chacun des pays membres. De plus, ce sujet n'est pas actuellement discuté au sein du bloc, et même l'instrument concernant la loi applicable aux contrats de consommation n'a pas été ratifié par les États membres, n'étant toujours pas en vigueur[4195], ce qui nous fait douter du réalisme de l'adoption de cette voie.

D'autres organisations régionales d'intégration, telles que la SICA en Amérique centrale et la CARICOM dans les Caraïbes, peuvent également être mentionnées, au sein desquelles l'harmonisation du droit des contrats pourrait être poursuivie. S'agissant de cette dernière, il convient de souligner le travail d'harmonisation du droit international privé réalisé par l'OHADAC, notamment à travers le Projet de loi type de droit international privé de

[4193] V. *supra* n° 73 et s.

[4194] Sur le processus législatif au sein de la CAN, v. C. Blanco-Alvarado, « Armonización legislativa en la Comunidad Andina respecto a la contratación estatal: Perspectiva desde Colombia », *op. cit.*, p. 237-238.

[4195] Sur le processus législatif et les initiatives d'harmonisation du droit international privé au sein du Mercosur, v. *supra* n° 80.

l'OHADAC et les Principes OHADAC relatifs aux contrats du commerce international[4196], même si, dans l'un comme dans l'autre cas, ces règles n'ont pas de force contraignante.

En effet, ces organisations régionales disposent déjà d'une architecture institutionnelle établie (bien que limitée) et d'une expérience en matière de coordination normative entre leurs États membres. L'existence de ces cadres juridiques préexistants pourrait de ce fait faciliter l'adoption progressive de règles communes en matière de droit applicable aux contrats internationaux, en s'appuyant sur les mécanismes de coopération déjà éprouvés et sur une certaine proximité juridique et culturelle entre les systèmes nationaux concernés. Cette approche régionale présenterait l'avantage de permettre une harmonisation par étapes, adaptée aux spécificités de chaque zone d'intégration, tout en préservant la possibilité d'une convergence ultérieure à l'échelle latino-américaine.

Cependant, à notre avis, poursuivre l'harmonisation de la loi applicable aux contrats internationaux au sein de chaque organisation d'intégration économique latino-américaine ne résoudrait pas la problématique actuelle ni les complexités qui en découlent. Le risque serait de complexifier davantage la situation en introduisant un niveau supplémentaire de sources normatives. Cette *duplication*, voire cette *multiplication* des efforts normatifs, propre à chaque espace régional, conduirait inévitablement à la coexistence de plusieurs droits régionaux distincts, chacun applicable aux États membres de l'organisation concernée, et se superposant aux autres sources conventionnelles et internes. Une telle fragmentation serait susceptible de compromettre l'objectif même d'harmonisation poursuivie[4197]. D'un point de vue d'ensemble, cela ajouterait une complexité supplémentaire au système actuel de coordination des sources en Amérique latine, déjà caractérisé par un enchevêtrement normatif. L'introduction de différents niveaux régionaux viendrait ainsi s'ajouter aux strates normatives existantes et souvent chaotiques, aggravant la difficulté de déterminer la règle applicable. Cette problématique se trouve d'ailleurs accentuée par le fait que certains États participent simultanément à plusieurs organisations régionales, ce qui engendre des risques potentiels de conflits entre instruments juridiques concurrents.

Une autre option serait de favoriser l'harmonisation sur le continent américain en élaborant une convention sur le droit applicable aux contrats internationaux au sein de l'OEA. Cette organisation, bien qu'elle ne soit pas un système d'intégration économique au sens propre, a connu le plus grand succès dans l'espace latino-américain en matière d'harmonisation du droit international privé avec les CIDIP. Elle a, en outre, déjà poursuivi cet élan avec

[4196] Sur ces deux instruments de l'OHADAC et les travaux d'harmonisation du droit des contrats dans les Caraïbes, v. *supra* n° 81.

[4197] En soulignant les risques des éventuels conflits entre sources conventionnelles internationales et régionales, v. J. Basedow, « Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration - General Report », *Revue de droit uniforme*, 2003, p. 31-52. En soulignant le risque d'une « multiplication inutile de sources juridiques », v. C. Fresnedo de Aguirre, « Unifying the Law of Carriage of Goods: A View from MERCOSUR », *Revue de droit uniforme*, 2003, p. 241-254. Selon l'auteure, « En matière de droit international privé, il n'est pas nécessaire de mettre en place un système propre au MERCOSUR similaire aux systèmes régionaux et universels déjà en vigueur dans tout ou partie de ses États membres » (*Ibid*, p. 252, traduction libre de l'anglais).

l'adoption de la Convention de Mexico, laquelle, toutefois, n'a pas obtenu de résultats étendus au sein de la région pour les raisons déjà développées[4198].

En effet, l'avantage d'une harmonisation de la matière au sein de l'OEA serait d'obtenir un degré d'approximation législative plus étendu, couvrant l'ensemble du continent américain. En outre, au sein de l'OEA, ses États membres disposent d'un *forum* efficace pour discuter de l'harmonisation du droit international privé. En tant que membres de la CIDIP, ils ont le droit de participer à toutes les activités de codification interaméricaine. Ce statut leur permet, dans un cadre égalitaire avec des droits de vote complets, de s'engager dans le processus du début à la fin ; ils peuvent proposer des sujets à codifier, participer aux travaux préliminaires, discuter des modalités de rédaction des instruments juridiques interaméricains lors des conférences diplomatiques, et adopter ces instruments[4199]. Cependant, cet avantage est aussi son plus grand défi — celui de coordonner les systèmes juridiques des pays latino-américains, d'origine romano-germanique, principalement avec ceux des États-Unis et du Canada, pays de *common law* ayant des systèmes juridiques et des réalités économiques très diverses. Cela a été, par ailleurs, une des raisons du peu de succès pratique qu'a rencontré la Convention de Mexico. Malgré cela, comme l'a noté par le professeur Diego P. Fernández Arroyo, les États latino-américains semblent encore considérer la CIDIP comme un « *forum* naturel » pour l'élaboration d'un droit international privé de portée régionale, « concevant cette unification régionale comme une mesure contribuant à l'unification mondiale »[4200].

Dans ce contexte, le professeur Garro a souligné qu'un nombre considérable de pays n'auraient vraisemblablement pas accepté de ratifier une convention multilatérale si celle-ci n'avait pas revêtu un caractère régional interaméricain. Cette réticence s'explique, selon lui, par l'existence d'une prédisposition politique marquée en faveur de l'adoption d'instruments juridiques « propres » au détriment de l'adhésion à des conventions à vocation universelle, qui s'observe également dans d'autres régions du monde[4201]. Toutefois, l'auteur estime que cette position, bien que compréhensible au regard du contexte, ne trouve pas nécessairement de justification suffisante sur le plan juridique. L'auteur recommande donc aux pays latino-américains de dépasser la rhétorique de la solidarité hémisphérique pour s'engager activement dans les *forums* internationaux d'unification universelle. Selon lui, « il serait bénéfique pour les pays d'Amérique latine de remplacer la rhétorique de la solidarité hémisphérique par un travail sérieux visant à déterminer les domaines de convergence et à renforcer une représentation adéquate dans les *forums* internationaux pour la défense de ces positions juridiques qui justifient

[4198] V. *supra* n° 53 et s.

[4199] D.P. Fernández Arroyo, « What's New in Latin American Private International Law », *op. cit.*, p. 89.

[4200] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[4201] A. Garro, « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *op. cit.*, p. 13–40, p. 16 (traduction libre de l'espagnol).

réellement, dans chaque cas concret, un éloignement des courants d'unification universelle »[4202].

Bien que l'on puisse partager l'avis du professeur Garro selon lequel les pays latino-américains gagneraient à s'orienter vers les *forums* universels, notamment la Conférence de La Haye de droit international privé et l'Unidroit, afin de promouvoir une harmonisation à l'échelle mondiale, il convient toutefois de relever que ces instances ne disposent pas, à ce jour, d'instruments contraignants portant spécifiquement sur le droit des contrats internationaux en général. En dehors du droit souple, leurs travaux portent principalement sur des domaines spécifiques, ce qui a conduit à l'élaboration de conventions sectorielles. À titre d'exemple, on peut citer la Convention du Cap de 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, élaborée sous l'égide de l'Unidroit, ainsi que ses protocoles additionnels. Dans le cadre de la Conférence de La Haye, on peut également mentionner la Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, de même que la Convention du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels. Par conséquent, ces deux démarches ne s'excluent nullement : si les États latino-américains avaient intérêt à s'investir davantage au sein de ces *forums* internationaux, la question de la loi applicable aux contrats internationaux demeurerait néanmoins non harmonisée dans sa dimension générale.

*
* *

706. En conclusion, bien que l'élaboration d'un nouveau traité contraignant et universel offrirait un degré plus élevé de sécurité juridique que le cadre actuel, sa mise en œuvre est actuellement entravée par un manque de volonté politique des États latino-américains, ainsi que par les défis inhérents à sa réalisation en raison du contexte d'intégration régionale de l'Amérique latine. Ces obstacles tiennent notamment, comme on l'a vu, à l'absence d'une instance supranationale unique dotée du pouvoir d'imposer des normes contraignantes à l'ensemble des États de l'Amérique latine et d'en garantir l'interprétation uniforme. Certes, l'harmonisation du droit international privé des contrats en Amérique latine pourrait s'opérer en dehors du cadre strict d'une organisation régionale d'intégration économique, à l'instar d'autres modèles existants dans le monde, et ce, même en l'absence d'un organe supranational chargé d'en assurer l'interprétation uniforme ; toutefois, en l'absence d'un engagement politique fort et d'un effort concerté pour surmonter ces difficultés, force est de constater que la concrétisation d'un tel instrument juridique demeure tributaire de la seule volonté de coopération des États.

[4202] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

B. La réforme des traités en vigueur

707. Un deuxième axe d'exploration pour harmoniser le droit des contrats dans la région est la réforme des traités en vigueur afin d'y intégrer des solutions harmonisées. Cela pourrait se faire en codifiant la loi de l'autonomie et en précisant sa mise en œuvre, ainsi qu'en clarifiant la question des rattachements objectifs, comme exposé dans notre proposition de solutions matérielles d'harmonisation[4203].

En règle générale, un traité peut subir une révision ou une refonte grâce à deux procédures distinctes, bien qu'elles poursuivent le même objectif. Ces procédures sont l'amendement et la modification. La Convention de Vienne de 1969 différencie ces deux mécanismes en y faisant référence dans différentes dispositions du texte (articles 39 et 40 pour les amendements, et article 41 pour la modification). Alors que l'amendement inclut tous les changements formels aux dispositions d'un traité et est valable pour toutes les parties pour chaque accord spécifique (1), la modification ne se réfère qu'à la formulation de certaines dispositions et n'est valable qu'entre certaines parties (2)[4204].

1. L'amendement des traités

708. Le moyen classique de réformer ou modifier un traité est celui des *amendements*. Selon l'article 39 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, « Un traité peut être amendé par accord entre les parties »[4205]. L'article suivant, l'article 40, alinéa 2, établit des normes spécifiques à la procédure d'amendement des traités multilatéraux. Selon cet article, qui s'applique de façon subsidiaire, c'est-à-dire à défaut de règles à ce propos dans le traité : « Toute proposition tendant à amender un traité multilatéral dans les relations entre toutes les parties doit être notifiée à tous les États contractants, et chacun d'eux est en droit de prendre part : a) À la décision sur la suite à donner à cette proposition ; b) À la négociation et à la conclusion de tout accord ayant pour objet d'amender le traité »[4206]. L'article spécifie en outre qu'un pays ayant la capacité d'adhérer au traité initial peut également adhérer au traité modifié (art. 40, alinéa 3). De plus, il dispose que les modifications apportées au traité ne s'appliquent pas aux États qui étaient déjà signataires du traité original, à moins qu'ils ne ratifient ces modifications eux-mêmes (art. 40, alinéa 4). Dans ce dernier cas, l'ancienne version du traité restera en vigueur pour les États qui ne sont pas partie au traité amendé. Cela signifie une « dualité des régimes

[4203] V., propositions au Titre I, Partie II.

[4204] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, p. 246.

[4205] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[4206] *Ibidem.*

juridiques »[4207]. Or, le traité original peut être en vigueur en même temps parmi les parties qui n'ont pas consenti à l'amendement et les parties qui y ont consenti, nonobstant le fait que le traité amendé sera pleinement en vigueur pour ces dernières[4208].

Bien que la Convention de Vienne ne soit pas claire à ce sujet, il est entendu que les amendements approuvés doivent d'abord être adoptés par les États afin d'entrer en vigueur[4209]. Cela signifie que ceux-ci, en tant qu'accords ultérieurs, seront adoptés de la même manière que le traité original, conformément à l'article 9 de la Convention, c'est-à-dire par le consentement de tous les États participant à son élaboration (sauf si ce texte a été adopté lors d'une conférence internationale, pour lequel une règle spéciale s'applique). Évidemment, cette procédure, résultat d'une règle supplétive, ne sera suivie que si aucune autre règle n'a été établie par le traité lui-même. En outre, une fois l'amendement adopté, il entrera en vigueur après un certain délai ou immédiatement, selon les dispositions de chaque accord[4210].

Dans le contexte américain, la Convention de La Havane de 1928 sur le droit des traités, qui ne distingue pas les amendements des modifications, exige l'accord de tous les États pour modifier un traité. L'article 10 de cette Convention dispose : « Aucun État ne peut se soustraire aux obligations du Traité ni modifier ses stipulations sans l'accord, obtenu pacifiquement, des autres contractants »[4211].

En ce qui concerne les traités objet de la présente étude, ceux-ci ne contiennent pas de règles précises en la matière. La Convention de Mexico est silencieuse sur la question, tandis que les règles du Code Bustamante et des Traités de Montevideo à ce sujet sont très superficielles. La Convention de droit international privé, qui a mis en vigueur le Code Bustamante, établit à l'article 7 que : « Toute République américaine liée par la présente Convention et désireuse de voir modifier, en tout ou en partie, le Code annexé présentera les propositions correspondantes à la prochaine conférence internationale des États américains en vue d'établir la résolution qui convient »[4212]. De leur côté, les Traités de Montevideo de 1889 et 1940 ont une rédaction analogue au Code Bustamante, et

[4207] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, p. 250 (traduction libre du portugais).

[4208] *Ibidem.*

[4209] *Ibid*, p. 251.

[4210] *Ibidem.*

[4211] Convention sur les traités, adoptée en La Havane, Cuba, le 20 février 1928, Sixième conférence internationale américaine, en ligne https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-28.html (consulté le 23 octobre 2024) (traduction libre de l'espagnol).

[4212] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine, op. cit.,* p. 144-223.

mentionnent seulement que l'État souhaitant apporter des modifications aux respectifs instruments doit avertir les autres États parties[4213].

Vu les lacunes des traités en vigueur, les règles générales de la Convention de Vienne de 1969 auront vocation à s'appliquer à titre de principes généraux. Ainsi, les États parties à chacun de ces instruments pourront prendre l'initiative de proposer des amendements aux traités afin d'intégrer le principe d'autonomie de la volonté et de clarifier les critères de rattachement objectif, constituant ainsi une démarche vers l'harmonisation. Toutefois, il est indispensable, afin d'éviter la complexité d'une dualité de régimes juridiques, que tous les États acceptent et adoptent les amendements, afin que le nouvel instrument amendé entre en vigueur pour la totalité des États parties.

Cependant, bien que cette méthode (de même que l'élaboration d'un nouvel instrument) soit très positive dans ses résultats en matière de sécurité juridique pour l'harmonisation du droit des contrats internationaux dans la région, elle présente également des aspects négatifs non négligeables. Comme pour l'adoption des nouveaux traités, le processus d'amendement implique généralement un coût élevé, un temps long nécessaire à la négociation et à l'adoption des amendements, ainsi qu'une volonté politique marquée de la part des États. En plus du manque de volonté politique dans ce contexte déjà mentionné, les États américains ont déjà exprimé un avis défavorable quant à l'amendement de la Convention de Mexico[4214], ce qui rend l'harmonisation par cette voie particulièrement difficile à réaliser.

2. La modification des traités

709. Outre la possibilité de les réviser, les traités peuvent également être modifiés grâce aux accords dits *inter se*. Cette méthode permet de modifier un traité, mais uniquement pour les parties qui ont spécifiquement consenti à le modifier par un accord mutuel. Ainsi, par une procédure de modification, deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral, sans proposer d'amendements aux autres parties, peuvent décider par consentement mutuel de modifier les effets juridiques d'un traité spécifique dans leurs relations réciproques[4215].

Le mécanisme régissant la conclusion d'un accord entre deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral visant à le modifier dans leurs relations mutuelles est décrit à l'article 41,

---

[4213] Traité de Montevideo de 1889 : « Art. 70 — Si l'une des nations signataires jugeait opportun de se délier du Traité ou d'y introduire des modifications, elle avertira les autres ; mais elle ne sera déliée que deux ans après la dénonciation, délai durant lequel [les nations] s'efforceront d'arriver à un nouvel accord. » ; Traité de Montevideo de 1940 — « Art. 67 — Si l'un des États signataires jugeait opportun de se délier du Traité ou d'y introduire des modifications, il en avisera les autres, mais ne sera délié que deux ans après la dénonciation, délai durant lequel [les États] s'efforceront d'arriver à un nouvel accord. » (Traduction libre de l'espagnol).

[4214] OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* p. 19-20.

[4215] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, p. 251-252.

premier alinéa, de la Convention de Vienne de 1969. Certaines conditions doivent être remplies pour qu'un tel accord soit valide : soit le traité prévoit expressément cette possibilité de modification, soit il ne l'interdit pas, mais uniquement sous certaines réserves énoncées par l'article[4216].

Aucun des traités étudiés ne prévoit la possibilité d'une modification par seulement certains des États parties. De toute manière, ce mécanisme n'offre aucun réel avantage à l'harmonisation poursuivie, puisqu'il ne peut, logiquement, pas engager la totalité des États parties. En conséquence, l'efficacité de ce procédé est limitée dans le contexte de la présente étude, car il ne permet pas d'établir une uniformité juridique contraignante pour tous les États parties à un traité. Cette limitation entrave la réalisation d'une harmonisation complète de la loi applicable aux contrats internationaux, objectif essentiel pour renforcer la coopération juridique et économique au sein de la région étudiée.

Il convient de signaler que les juristes ont reconnu que la *coutume* peut également modifier les traités, de même qu'un accord tacite des États. En effet, dans l'article 38 du Projet d'articles sur le droit des traités de la Commission du droit international, cette Commission avait proposé qu'un traité puisse être modifié « par la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application du traité lorsque celle-ci établit leur accord pour modifier les dispositions du traité »[4217]. Bien qu'une telle règle sur la modification des traités par une pratique ultérieure n'ait pas été approuvée à la Conférence de Vienne, la doctrine a reconnu la possibilité de ce type de modification de traités, notamment en ce qui concerne la modification par une norme ultérieure de *jus cogens*[4218]. En transposant cette idée au droit latino-américain étudié, nous pouvons nous interroger sur la possibilité que les traités qui font l'objet de la présente analyse aient été modifiés par la coutume, et notamment si la positivité de l'autonomie de la volonté peut résulter d'une telle modification, ce que nous aborderons dans la suite des développements, lorsque nous étudierons les voies ouvertes aux juges pour l'harmonisation du droit des contrats[4219].

[4216] Les conditions établies par l'article sont les suivantes : « i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations ; et ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble ».

[4217] Projet d'articles sur le droit des traites 1966. Texte adopté par la Commission à sa 18e session, en 1966, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session. Le rapport, qui contient également des commentaires sur le projet d'articles, est reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II. En ligne https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/1_1_1966.pdf (consulté le 21 mai 2025).

[4218] V. V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, p. 254 ; à ce sujet, v. aussi, D. Alland, *op. cit.*, n° 115-117. Ce dernier soulève quelques difficultés théoriques du *jus cogens*. Pour lui « la notion de *jus cogens* emporte un régime de *nullité relative*, c'est-à-dire réservant l'action en nullité aux seules parties au traité en cause (art. 65 et 66) » (*Ibid*, n° 115).

[4219] V. *infra* n° 716.

C. Extinction des traités

710. Une voie pour parvenir à l'harmonisation du droit des contrats en Amérique latine, bien que plus radicale dans son approche, consisterait à procéder à la dénonciation des instruments conventionnels actuellement en vigueur. Force est de constater que la majorité de ces traités constituent des instruments anciens, élaborés au siècle dernier, dont les solutions reposent sur des doctrines néo-statutistes et néo-territorialistes désormais obsolètes et inadéquates au regard des réalités contemporaines du commerce international.

Les traités peuvent être « terminés »[4220] de diverses façons : par la décision conjointe des parties (comme l'acquisition du terme fixé, la réalisation d'une condition résolutoire, ou la conclusion d'un nouveau traité), par la décision unilatérale d'une partie (comme la dénonciation), ou par des événements indépendants de la volonté des parties (comme la naissance d'une nouvelle norme de *jus cogens*, l'impossibilité future de respecter le traité ou un changement fondamental des circonstances). Dans tous ces scénarios, l'extinction du traité prend effet *ex nunc*, rendant la résiliation effective à partir du moment de la circonstance pertinente[4221].

L'article 54 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énonce le principe général suivant : « L'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu : a) Conformément aux dispositions du traité ; ou b) À tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres États contractants »[4222].

Les Traités latino-américains étudiés ne disposent pas de mécanismes précis sur les formes d'extinction possibles. Les Traités de Montevideo de 1889 et 1940 stipulent que toute partie souhaitant se retirer doit en informer les autres. L'État ne sera délié que deux ans après la dénonciation, période durant laquelle les États parties doivent s'efforcer de parvenir à un nouvel accord (art. 70 de la version de 1889 et art. 67 de la version révisée de 1940).

Pour ce qui est du Code Bustamante, l'article 8 de la Convention de droit international privé, qui a mis en vigueur le Code, établit que tout État partie peut dénoncer la Convention en notifiant par écrit le Bureau de l'Union panaméricaine (actuelle OEA). Selon cet article, la dénonciation ne deviendra effective qu'à l'égard de la partie contractante qui l'aura notifiée un an après sa réception. Aucune disposition ne prévoit explicitement la possibilité

[4220] Les juristes incluent généralement la dénonciation parmi les moyens de terminaison des traités. Cependant, il serait plus exact de dire que la dénonciation est la manière typique dont un État donné met fin à un traité, simplement parce qu'elle résulte d'un *acte unilatéral* de l'État partie concerné. Ensuite, sauf dans le cas des traités bilatéraux, il n'est pas correct de dire, techniquement parlant, que la dénonciation est une *forme de terminaison de traité*, puisqu'il s'agit d'un acte unilatéral et qu'elle n'affecte pas les autres parties au traité. Cf. V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, p. 343.

[4221] V. *Ibid*, p. 336.

[4222] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

de dénoncer partiellement la Convention. Or, dans le cas du Code Bustamante (une codification globale du droit international couvrant un très grand nombre de matières), il serait préférable de ne modifier que les dispositions concernant la loi applicable aux contrats internationaux. Cette approche permettrait une mise à jour ciblée des règles, sans nécessiter de révision complète de l'ensemble du traité, et ce, en répondant aux besoins actuels des relations contractuelles internationales.

Enfin, l'article 29 de la Convention de Mexico dispose que tout État peut dénoncer la Convention en déposant l'instrument de dénonciation auprès du Secrétariat général de l'OEA. L'article précise que la Convention cessera de produire ses effets à l'égard de l'État qui l'aura dénoncée un an après la date du dépôt de l'instrument de dénonciation.

En l'absence de règles précises dans les traités mentionnés, la procédure à suivre pour leur dénonciation peut être tirée des articles 65 et suivants de la Convention de Vienne de 1969. Cette Convention ne résout pas tous les problèmes relatifs à la dénonciation, mais elle offre quelques orientations aux États. Selon ces dispositions, il est nécessaire qu'aucune des parties ne fasse d'objection dans les délais prévus pour que la dénonciation prenne effet entre elles.

De plus, il faut noter que, selon l'article 44, paragraphe 1, de la Convention de 1969, la dénonciation ne peut pas viser une partie du traité, mais elle doit porter sur l'ensemble du texte, à moins d'une disposition contraire dans le traité ou un accord entre les parties. Selon l'article 44 mentionné : « Le droit pour une partie, prévu dans un traité ou résultant de l'article 56, de dénoncer le traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application ne peut être exercé qu'à l'égard de l'ensemble du traité, à moins que ce dernier n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement »[4223].

Dans le contexte latino-américain, les États parties aux traités qui font l'objet de la présente étude peuvent, ainsi, choisir de les dénoncer afin qu'ils ne produisent plus d'effet juridique à leur égard. Pour que cette dénonciation produise des effets, il faut qu'aucun autre État partie n'émette d'objection et que le délai prescrit soit respecté. Il doit être de deux ans pour les Traités de Montevideo et de seulement un an pour le Code Bustamante et la Convention de Mexico[4224].

Cette pratique peut être avantageuse pour les pays qui disposent de lois nationales plus modernes et moins lacunaires concernant le droit applicable aux contrats internationaux. Toutefois, il convient de noter que, en ce qui concerne le Code Bustamante, vu le silence du Code à ce propos et en application des dispositions de l'article 44, alinéa 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, seule une dénonciation globale pourra être

[4223] *Ibidem.*

[4224] Les États peuvent avoir encore des complications concernant la procédure interne pour la dénonciation des traités, comme sont le cas du Brésil et du Pérou, et la discussion concernant la nécessité du Pouvoir exécutif d'obtenir l'autorisation du Pouvoir législatif pour dénoncer des traités. Sur ce sujet, v. *Ibid*, p. 348 et s.

envisagée. Cela peut poser des problèmes d'ordre pratique, dès lors que le traité réglemente une infinité d'autres matières en dehors des contrats internationaux, par des dispositions qui conservent leur utilité pour réglementer les rapports entrant dans les relations entre les États parties. En ce qui concerne les Traités de Montevideo, cela poserait moins de problèmes, car ils sont spécifiquement dédiés à au droit civil ou commercial (ou encore d'autres matières spécifiques).

De plus, l'engagement dans cette voie impliquerait que la dénonciation des traités s'accompagne de l'élaboration d'un nouvel instrument ou d'une réforme de la législation interne, en particulier dans les États qui n'ont pas modernisé leurs législations et qui présentent des lacunes en matière de loi applicable aux contrats internationaux. Une telle réforme devrait ainsi viser l'adoption de normes communes, ou du moins convergentes, afin de garantir une cohérence juridique sur ces questions.

Cela nous amène à une troisième voie d'harmonisation, celle de l'adoption d'instruments législatifs non contraignants.

D. L'adoption d'instruments législatifs non contraignants

711. Lorsque l'harmonisation par des instruments législatifs contraignants se révèle difficile, d'autres mécanismes plus souples peuvent présenter un intérêt certain. Ces instruments, par leur technique d'adoption et de mise en œuvre plus flexible, offrent des alternatives pertinentes. On peut songer notamment à l'adoption d'un *protocole interprétatif* des traités en vigueur ou à l'élaboration d'une *loi modèle* destinée à servir de référence aux États pour modifier et adapter leurs législations nationales dans un sens conforme aux objectifs poursuivis.

712. L'adoption d'un protocole interprétatif. Un autre moyen qui peut être intéressant pour parvenir à l'harmonisation de normes dans le système latino-américain actuel est celui de l'« interprétation authentique » d'un traité[4225]. Les parties contractantes peuvent s'accorder sur le sens et la portée d'un texte juridique, souvent formulés par écrit, afin d'éclaircir des ambiguïtés ou de résoudre des divergences d'interprétation. Dans ce contexte, il est crucial d'analyser comment une interprétation authentique peut être mise en place pour améliorer la clarté et la cohérence des traités internationaux en vigueur en Amérique latine, en particulier en ce qui concerne des questions lacunaires, telles que l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux et le principe de la proximité.

Bien qu'il n'existe pas des directives formelles dans la Convention de Vienne disposant que les accords interprétatifs conjoints ont un effet concluant, la Commission du droit international a suggéré que l'autorité de ces accords ne pouvait pas être remise en

[4225] Il convient de rappeler que le système conventionnel actuel en matière de loi applicable aux contrats internationaux ne s'inscrit dans aucune configuration d'intégration régionale déterminée, ni ne relève d'une institution supranationale dotée d'un pouvoir d'interprétation de ses dispositions. Par conséquent, celle-ci ne saurait s'opérer selon une telle voie verticale.

question[4226]. En outre, l'autorité des États dans l'interprétation des traités a longtemps été considérée comme allant de soi. Cela s'explique notamment par la vision traditionnelle du droit international, qui considère que les États sont les auteurs de leurs propres règles, et encore par le fait que l'interprétation des traités est perçue comme une tentative de découvrir l'intention commune des parties[4227].

En Amérique latine, cette vision a été consolidée par la Convention de La Havane sur le droit des traités, qui permet aux États de s'aligner sur une compréhension commune des dispositions juridiques. En effet, la Convention de La Havane offre la possibilité, à son article 3, que les États en fassent une interprétation authentique, tout en exigeant que celle-ci soit faite par écrit. Selon cet article : « L'interprétation authentique des traités, lorsque les parties contractantes la jugeront nécessaire, sera également formulée par écrit »[4228].

En suivant cette approche, nous pouvons envisager que les États établissent une interprétation authentique, comme le prévoit la Convention de La Havane, par l'élaboration d'un instrument écrit, tels qu'un protocole interprétatif ou un instrument explicatif par lesquels les États s'accordent sur une interprétation commune concernant les points controversés des traités, comme la question de l'autonomie de la volonté[4229]. La création d'un protocole incluant des normes interprétatives, pouvant expliquer et clarifier les questions controversées, peut favoriser une interprétation autonome et uniforme des instruments juridiques en vigueur, en intégrant le principe d'autonomie, précisant sa portée, et en clarifiant les doutes relatifs aux rattachements objectifs adoptés. De plus, ce type d'instrument est très courant dans les conventions de droit international privé, en particulier dans celles de La Haye, qui contiennent souvent des « rapports explicatifs »

[4226] V. Yearbook ILC, 1966, vol. II, p. 221, où il a été souligné que « un accord sur l'interprétation d'une disposition atteint après la conclusion du traité représente une interprétation authentique par les parties qui doit être intégrée dans le traité aux fins de son interprétation ». Il est à noter, cependant, que la Convention de Vienne elle-même ne contient pas un tel langage, et il a toujours été compris qu'aucune hiérarchie n'était impliquée parmi les moyens interprétatifs énumérés dans la règle générale d'interprétation de la Convention. En outre, la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux offre également peu de soutien quant au caractère concluant de l'autorité des États dans l'interprétation des traités. Sur ce sujet, v. A. Bianchi, F. Zarbiyev, *Demystifying treaty interpretation*, Cambridge University Press, 2024, p. 244-245.

[4227] Cf. *Ibidem.*

[4228] Convention sur les traités, adoptée en La Havane, Cuba, le 20 février 1928, Sixième conférence internationale américaine, en ligne https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-28.html (consulté le 23 octobre 2024) (traduction libre de l'espagnol).

[4229] Les exemples de protocoles, de rapports explicatifs ou interprétatifs sont nombreux. La pratique des Conventions de La Haye le démontre. V., p. ex. pour n'en citer que quelques-uns, le Rapport explicatif de la Convention de La Haye supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers ; ainsi que le rapport du professeur Lagarde sur la Convention de 1996 relative à la protection des enfants. Dans le contexte européen, nous pouvons mentionner, par exemple, le Rapport de M. P. Jenard sur la Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ou encore le rapport explicatif relatif à la convention révisée de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Pour une analyse de ce moyen d'interprétation comme instrument d'uniformisation, v. A. Borrás, « La utilizacion de medios diversos para ayudar a la interpretacion y aplicacion uniforme de los instrumentos convencioanle sy de la Union Europea », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 243-261, spéc. n° 11.

visant à éclairer le public sur le sens que les représentants diplomatiques des États ont voulu donner à l'instrument qu'ils ont négocié.

Ainsi, les États parties aux Traités de Montevideo, au Code Bustamante et à la Convention de Mexico pourraient envisager d'élaborer des protocoles interprétatifs afin de clarifier les lacunes et les zones d'ombre de ces instruments. Une partie de la doctrine latino-américaine a d'ailleurs proposé l'adoption d'un protocole additionnel à la Convention de Mexico, afin de remédier aux résistances qu'elle a suscitées et d'en faciliter l'acceptation par les États réticents[4230]. Ces protocoles pourraient explicitement admettre l'autonomie de la volonté et suppléer aux lacunes concernant sa mise en œuvre, ainsi que la loi applicable en l'absence de choix explicite, en conformité avec les solutions proposées par le Guide de l'OEA et les observations faites dans la présente étude[4231]. Les États pourraient également s'inspirer des Principes de La Haye pour élaborer de tels protocoles, contribuant ainsi à l'uniformité des solutions.

Par ailleurs, si les États ne parviennent pas à un accord commun, chaque État pourrait, individuellement, émettre des déclarations interprétatives sur ces questions. Bien qu'il y ait certains défis en ce qui concerne la validité et les conséquences de ces types de déclarations sur les autres États, elles permettent tout de même d'indiquer clairement la position de chaque État sur une question d'interprétation donnée, ce qui contribue à assurer la prévisibilité du droit dans des situations particulières.

Enfin, il convient de remarquer que les règles concernant la loi applicable en l'absence de choix de loi ne peuvent que difficilement être harmonisées par l'adoption d'un protocole interprétatif, en raison des différents critères de rattachement adoptés par les traités analysés. Seule une véritable modification de ces instruments serait capable d'atteindre l'harmonisation des normes. Cependant, un tel instrument interprétatif peut toujours être utilisé pour clarifier certains points contradictoires ou lacunaires sur cette question, et par conséquent favoriser la sécurité juridique. Par exemple, on pourrait inclure la notion de prestation caractéristique du contrat pour les Traités de Montevideo, ou indiquer les indices à prendre en considération lors de la détermination de la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat dans le cadre de la Convention de Mexico. De plus, des adaptations aux nouvelles modalités de contrats conclus en ligne pourraient être envisagées, de même que l'inclusion de normes spéciales pour certains types de contrats impliquant des parties vulnérables afin de leur offrir un niveau de protection accru. Même si un tel chemin n'amène pas à l'harmonisation globale de règles applicables en l'absence de choix, ces

[4230] J. Samtleben, *Internationales Privat- und Prozessrecht in Lateinamerika: Tradition und Reform, Band 1: Rechtsordnungen*, *op. cit.*, p. 118. L'auteur cite les travaux de D. Opertti Badán, C. Fresnedo de Aguirre, *Contratos comerciales internacionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 55 et s., et 61 et s. ; M.A. Ciuro Caldani, « Bases para el régimen de los contratos en el Mercosur », *Investigación y Docencia, Universidad Nacional de Rosario*, Facultad de Derecho, n° 31, 1998, p. 17 et s. ; et D. Hargain, G. Mihali, *Régimen jurídico de la contratación mercantil internacional en el Mercosur*, Montevideo, Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 1993, p. 117 et s, ces derniers recommandant une réglementation indépendante de la matière pour le Mercosur.

[4231] V. propositions *supra* n° 516 e s.

mesures contribueraient à moderniser et à clarifier les instruments tout en respectant les particularités de chaque traité.

713. L'adoption des lois modèles. Les lois modèles ou lois types peuvent constituer un instrument particulièrement intéressant pour la modernisation et l'harmonisation des droits nationaux, notamment lorsque les États souhaitent, ou doivent, adapter le texte proposé aux particularités de leur ordre juridique interne. Cette flexibilité présente l'avantage de faciliter les négociations internationales en permettant aux États de préserver leurs spécificités juridiques tout en adhérant à un cadre normatif commun.

L'expérience de la CNUDCI en la matière témoigne de l'importance de cet instrument dans certains domaines, notamment en matière d'arbitrage commercial international avec la Loi type sur l'arbitrage commercial international de 1985, révisée en 2006, ainsi qu'en matière de commerce électronique avec la Loi type sur le commerce électronique de 1996. L'OEA s'est également engagée dans cette voie, notamment avec les lois modèles sur les sûretés, à savoir la Loi type sur les opérations garanties approuvée lors de la CIDIP-VI, en 2002, et le Règlement type sur les registres, adoptée lors de la CIDIP-VII, en 2009[4232]. Dans le contexte caribéen, l'OHADAC a suivi une démarche comparable en 2014 avec l'élaboration du Projet de loi type sur le droit international privé. Contrairement aux instruments précédemment évoqués, ce projet se concentre exclusivement sur le droit des conflits de lois, bien qu'aucun texte définitif n'ait été adopté à ce jour[4233].

Cependant, la force de ce modèle d'harmonisation en constitue également la faiblesse. En effet, les lois modèles présentent des limites substantielles qu'il convient de ne pas négliger. En premier lieu, leur nature non contraignante ne garantit nullement une harmonisation effective des législations nationales. Les États demeurent libres d'adopter ou non ces modèles, et lorsqu'ils choisissent de les transposer, ils conservent une marge d'appréciation considérable dans leur mise en œuvre. Cette liberté d'interprétation et d'adaptation peut conduire à des divergences significatives entre les législations nationales, compromettant ainsi l'objectif d'harmonisation recherché.

En second lieu, comme l'a justement souligné le professeur Louis d'Avout, l'efficacité réelle du rapprochement et de l'harmonisation des droits étatiques par la transposition de la législation transnationale modélisée peut être questionnée[4234]. Malgré la flexibilité qu'ils offrent, ces instruments peuvent soulever, plusieurs risques significatifs en matière d'harmonisation du droit international privé[4235]. D'une part, la liberté formelle dont disposent les États pour transposer une législation transnationale modélisée ne se traduit pas nécessairement par une véritable marge de manœuvre pratique, particulièrement pour

[4232] *Model Inter-american law on secured transactions*, CIDIP-VI, 8 février 2002 ; Model registry regulations under the model Inter-american law on secured transactions, CIDIP-VII, 9 octobre 2009.

[4233] V. *supra* n° 82.

[4234] V. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 318.

[4235] *Ibidem.*

les États dont les capacités institutionnelles et techniques demeurent limitées. Cette observation conduit à une mise en garde contre la « fausse facilité des lois-modèle, des lois optionnelles et non contraignantes »[4236]. D'autre part, si ces instruments peuvent effectivement se révéler pertinents dans certains domaines marqués par une forte innovation technologique — l'exemple de la loi type CNUDCI de 2017 sur les documents transférables électroniques en témoigne —, leurs bénéfices à long terme, comme l'a souligné l'auteur, « toutes matières confondues, ne sont pas évidents, comparés à ceux des conventions internationales soumises au processus classique de signature et de ratification »[4237].

Fait plus préoccupant encore, les lois-modèle risquent de se transformer, faute de vigilance suffisante, en « un instrument de conquête, un instrument d'asservissement des nations plus fragiles aux politiques voulues par d'autres nations mieux installées dans le réseau mondial »[4238]. En effet, ces textes sont souvent élaborés à partir des besoins et des pratiques juridiques de certains États plus puissants, qui ne correspondent pas nécessairement à ceux de pays présentant une réalité économique et sociale différente. Comme l'a souligné la professeure Fresnedo de Aguirre, le succès d'une convention internationale — et, pouvons-nous ajouter, de tout instrument normatif élaboré à l'échelle internationale — repose sur la capacité de surmonter les divergences d'intérêts entre États et d'assurer une participation équitable de tous dans le processus de codification[4239]. Il importe ainsi que chaque État puisse prendre part aux négociations et que l'instrument final reflète de manière équilibrée les intérêts et besoins de l'ensemble des parties. Or, cet équilibre délicat n'est pas toujours garanti dans le cadre de l'élaboration d'une loi modèle, où tous les États ne sont pas nécessairement représentés et ne disposent pas d'une influence réelle sur le modèle final adopté[4240]. Cette problématique revêt une acuité particulière en Amérique latine, notamment lorsque les États de la région se trouvent davantage en position de récepteurs que de concepteurs de normes.

Il convient également de rappeler qu'en 2015, l'OEA a mené une étude sur l'avenir de la Convention de Mexico et les moyens d'en améliorer l'efficacité[4241]. Parmi les pistes envisagées figurait précisément l'élaboration d'une loi modèle intégrant ses solutions et principes. Un questionnaire adressé aux États et aux experts juridiques de la région a révélé des opinions divergentes. Certains ont fait valoir que la Convention remplissait déjà une fonction de modèle. D'autres ont estimé que l'incorporation de ses principes dans une loi type offrirait l'occasion d'y apporter les corrections nécessaires. Il a également été relevé

[4236] *Ibidem.*

[4237] *Ibidem.*

[4238] *Ibidem.*

[4239] C. Fresnedo de Aguirre, « Unifying the Law of Carriage of Goods: A View from MERCOSUR », *Revue de droit uniforme*, 2003, p. 241-254, p. 249.

[4240] Concernant les risques de la « capture » lors de l'élaboration du processus normatif du commerce international, v. C. Devaux, *La fabrique du droit du commerce international*, 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 2019.

[4241] OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* p. 1 et s.

qu'un tel exercice pourrait raviver l'intérêt pour la question et favoriser un débat approfondi, tout en mettant en garde contre une transposition mécanique des standards internationaux. Certains ont suggéré qu'une politique active de l'OEA, recommandant à ses États membres d'intégrer les principales dispositions de la Convention dans leur droit interne, serait tout aussi efficace et moins coûteuse. D'autres ont souligné qu'il serait peu judicieux de disposer d'un ensemble distinct de principes portant sur le même sujet, d'autant que de nombreux pays latino-américains participent activement à la Conférence de La Haye et peuvent s'inspirer de ses Principes. Enfin, compte tenu du faible taux de ratification de la Convention de Mexico, certains ont exprimé des doutes quant au succès d'une loi modèle reprenant ses principes directeurs. La solution finalement retenue a consisté à élaborer un Guide juridique destiné à inspirer les États souhaitant moderniser leur législation : le Guide de l'OEA sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, approuvé en 2019[4242].

De cette analyse contextuelle, il ressort que, bien que les lois modèle constituent assurément un outil précieux pour l'harmonisation du droit international privé, leur efficacité demeure tributaire de la volonté politique des États et de leur capacité à adapter ces instruments à leurs réalités sans compromettre l'objectif d'uniformisation. L'expérience latino-américaine en témoigne : l'OEA a finalement privilégié l'élaboration d'un instrument explicatif plutôt qu'une loi modèle, ce qui illustre les réticences régionales à emprunter cette voie en matière de loi applicable aux contrats internationaux. Cette approche, bien qu'intéressante sur le plan théorique, se heurte néanmoins à des obstacles pratiques. D'autres mécanismes d'harmonisation pourraient ainsi s'avérer plus efficaces pour atteindre une harmonisation dans le contexte latino-américain.

§2 — Possibilités à l'échelon national

714. L'analyse de la jurisprudence latino-américaine met en évidence une tendance fréquente des tribunaux à écarter les dispositions de droit international privé normalement applicables. Ce phénomène se manifeste notamment dans les États dont la législation ne consacre pas explicitement le principe de l'autonomie de la volonté, ou lors de la détermination de la loi applicable aux contrats conclus avec des parties faibles. Cette pratique témoigne de l'insuffisance du cadre normatif en vigueur et milite en faveur d'une révision profonde des textes existants.

L'un des possibles chemins vers l'harmonisation du droit international privé réside ainsi dans la modernisation progressive des législations nationales, dès lors que celles-ci s'orientent vers l'adoption de normes uniformes, ou du moins convergentes. Ce rapprochement législatif correspond d'ailleurs à la philosophie qui sous-tend une partie substantielle des recommandations du Guide de l'OEA, lequel fournit aux législateurs nationaux des orientations méthodologiques destinées à faciliter la réforme de leurs

[4242] *Ibid*, spéc. p. 20.

systèmes juridiques internes. Même si l'effet réel de rapprochement et d'harmonisation des droits étatiques par cette voie n'est pas garanti[4243], cette approche peut présenter l'avantage d'être plus facilement réalisable sur le plan pratique que la voie conventionnelle dès lors que l'adoption d'une loi interne est un processus en général moins complexe que l'approbation d'un traité, lequel nécessite l'accord des États pour sa conclusion, en plus des difficultés liées à la procédure d'approbation au sein de l'ordre juridique interne de chaque État concerné.

Toutefois, la modernisation des législations latino-américaines par l'adoption de dispositions convergentes ne constituerait qu'une solution partielle en l'absence d'une autorité centrale chargée d'assurer l'uniformité de leur interprétation. En effet, l'une des principales limites tient au fait que, même en présence de règles uniformes adoptées par l'ensemble des États latino-américains, chacun d'eux demeurerait souverain quant à l'interprétation de ces dispositions communes. Par conséquent, des divergences d'interprétation pourraient subsister entre les pays malgré l'uniformisation des lois internes. Ces variations dans l'interprétation des mécanismes juridiques peuvent compliquer la prévisibilité des résultats juridiques et des litiges transfrontaliers, ce qui peut entraîner des incertitudes et des défis pour les parties impliquées dans des transactions internationales. De plus, des différences culturelles, sociales et économiques entre les pays peuvent subsister et influencer la manière dont les lois sont appliquées dans la pratique. En outre, comme le processus conventionnel, le processus d'uniformisation ou d'approximation des lois internes peut s'étirer dans le temps et nécessiter de nombreuses ressources, ce qui risque de ralentir la convergence du droit international privé. Finalement, les révisions législatives nécessaires avec le temps pour maintenir l'harmonisation peuvent également poser des défis pour la cohérence et la stabilité du cadre juridique international.

En Amérique latine, des avancées significatives ont été observées ces dernières années, avec des réformes législatives, notamment inspirées des Principes de La Haye. D'autres réformes sont envisagées ou déjà initiées, comme c'est, par exemple, le cas du Brésil. Cependant, malgré ces progrès, comme il a été constaté lors de la première partie de cette étude[4244], un grand nombre de pays n'ont pas encore franchi ce pas et, parmi ceux qui l'ont fait, plusieurs d'entre eux présentent encore des disparités et des lacunes législatives importantes. De ce fait, malgré ces inconvénients, l'harmonisation au moyen de l'uniformisation des règles internes de conflit de lois constitue une voie prometteuse en Amérique latine.

En règle générale, la réalisation d'une harmonisation juridique effective suppose que les États veillent à assurer une concordance entre leur droit interne et les dispositions

[4243] En ce sens, v. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », op. cit., n° 318 ; v. aussi H. Kronke, « Transnational Commercial Law and Conflict of Laws : Institutional Co-operation and Substantive Complementarity », Inaugural Lecture, Private International Law Session, *RCADI*, 2013, vol. 369, spéc. p. 41.

[4244] V. conclusions *supra* n° 512.

conventionnelles auxquelles ils adhèrent, de manière à préserver la cohérence d'ensemble du système juridique. Toutefois, cette étude a mis en évidence que les solutions conventionnelles en vigueur en Amérique latine, particulièrement celles issues des Traités de Montevideo et du Code Bustamante, présentent des lacunes importantes et s'avèrent moins adaptées aux réalités contemporaines que les législations nationales des États. Cette inadéquation s'explique principalement par l'ancienneté de ces instruments et par le contexte doctrinal dans lequel ils ont été élaborés. Dès lors, dans le cadre spécifique de l'Amérique latine, à l'exception des pays qui ont ratifié la Convention de Mexico, il serait préférable de moderniser les législations internes sans rechercher ce parallélisme, voire de s'éloigner des anciennes conventions internationales en vigueur.

L'efficacité de cette démarche suppose nécessairement une révision, voire une dénonciation, des conventions internationales en vigueur. Cette exigence s'impose afin d'assurer la cohérence des solutions juridiques applicables, tant dans les relations intrarégionales qu'à l'égard des litiges impliquant des États tiers à l'Amérique latine. En effet, en général, la modification des législations internes n'affecte nullement les engagements conventionnels préexistants. Il en résulte que les nouvelles dispositions législatives se verraient considérablement restreintes dans leur portée pratique, dès lors que le principe de primauté du traité continuerait à prévaloir dans de nombreuses hypothèses[4245]. Ainsi, pour parvenir à une harmonisation véritablement effective, la réforme des droits nationaux devrait s'accompagner soit d'une évolution parallèle du cadre conventionnel international, soit d'un retrait des États des traités existants, comme il sera analysé par la suite.

*
* *

715. Pour conclure, l'harmonisation du droit des contrats en Amérique latine représente un défi complexe, mais essentiel pour renforcer la sécurité juridique et faciliter les transactions transfrontalières. Les législateurs de la région peuvent explorer plusieurs voies, chacune ayant ses avantages et désavantages.

À l'*échelon régional*, tant l'élaboration d'un nouvel instrument contraignant que la réforme des instruments existants pourrait offrir une solution plus uniformisée. Une autre approche consisterait à utiliser des protocoles interprétatifs pour clarifier les ambiguïtés des traités en vigueur, ce qui contribuerait également à une meilleure harmonisation. L'élaboration d'une loi modèle pourrait, dans ce même sens, constituer une voie complémentaire en vue de cet objectif. Cependant, ces voies n'offrent pas de solutions complètes ni de garanties de sécurité juridique. En outre, la réforme ou la clarification des

[4245] L'étendue de l'application des traités dépend de l'interprétation qui en est faite. Si l'on considère que ces instruments s'appliquent universellement, les lois internes auront une application très limitée. Cependant, si une interprétation d'application *inter partes* est adoptée, cela élargit l'application des lois nationales. Sur ce sujet, v. *supra* n° 663 et s.

traités en vigueur ne permettrait pas de résoudre la question des conflits de sources ni celle de leur coordination, à moins que ces aspects ne soient expressément prévus dans le cadre même de la réforme. De surcroît, l'absence actuelle de verticalisation institutionnelle en Amérique latine ne garantit pas une interprétation et une application uniformes des instruments conventionnels.

Parallèlement, à l'*échelon national*, ce processus, qui peut sembler plus facilement réalisable que la réforme des conventions internationales, exige une mise à jour concertée des législations nationales pour arriver à des règles cohérentes et réduire les incertitudes liées à l'interprétation locale des lois. Cela s'explique par le fait que, même si des règles similaires ou identiques sont adoptées par les États, chaque État peut les interpréter et les appliquer selon ses propres conceptions et traditions juridiques. Cela constitue un défi pour l'harmonisation, car ce mécanisme peut entraîner des divergences dans l'application concrète des normes, ce qui compromet ainsi l'objectif d'une cohérence des solutions.

De ce fait, l'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux serait, à notre sens, mieux assurée par l'élaboration d'un *instrument conventionnel de type législatif et contraignant* couvrant l'ensemble de la région et présentant un caractère *universel*. Un tel instrument permettrait de remédier à la dualité des régimes actuellement en vigueur et d'uniformiser les règles applicables, tant au niveau régional que dans les relations impliquant des États tiers. Toutefois, la diversification des sources ne saurait engendrer d'imprévisibilité ni d'insécurité juridique, sous peine produire un effet contraire à l'objectif recherché. Cette démarche devrait donc s'accompagner du remplacement des traités en vigueur, à tout le moins dans les matières relatives à la loi applicable aux contrats internationaux. Une telle évolution permettrait de garantir la cohérence du système et la prévisibilité nécessaire aux opérateurs du commerce international, tout en protégeant les parties plus faibles. Cependant, ces processus nécessitent une volonté politique plus affirmée ainsi qu'une collaboration entre les États en vue d'une convergence d'intérêts — perspective qui demeure difficile à concrétiser dans le contexte actuel latino-américain, au regard du manque manifeste d'engagement en faveur de l'adoption d'un instrument contraignant, tel que cela s'est révélé lors des discussions menées au sein de l'OEA.

Ces éléments nous conduisent à la conclusion suivante : la réussite de l'harmonisation juridique en Amérique latine dépend de la capacité des États à articuler les initiatives internes et conventionnelles, en tenant compte des particularités propres à cette région et de son degré d'intégration. La sécurité juridique serait sans doute mieux assurée avec l'adoption d'un instrument conventionnel d'application universelle, liant l'ensemble du territoire latino-américain et doté d'une force contraignante. Idéalement, cet instrument serait complété par une autorité supranationale chargée de veiller à l'application et à l'interprétation uniformes de ses normes. Une telle démarche devrait toutefois être conduite avec prudence, afin d'éviter de créer un niveau supplémentaire de complexité dans l'articulation des sources applicables. Le cadre latino-américain actuel, caractérisé par une superposition des sources de droit international privé, a précisément mis en lumière cette difficulté. À défaut d'un tel système conventionnel, les États peuvent également

œuvrer au rapprochement de leurs droits internes par des réformes législatives, pouvant elles-mêmes être guidées par des sources de droit souple déjà existantes. Bien que cette voie ne constitue pas la meilleure option pour l'harmonisation des normes en termes de sécurité juridique — notamment en raison des différentes applications que chaque système peut en faire, — elle permet néanmoins d'atteindre une *convergence* de solutions (à défaut d'uniformité), évitant ainsi les contradictions et disharmonies actuelles. Enfin, ces différentes démarches ne s'excluent pas mutuellement, mais se complètent et se renforcent.

Section 2 — Possibles voies ouvertes aux juges

> « Certes, l'interprétation des traités est un art plutôt qu'une science ; bien qu'il fasse partie de l'art qui doit avoir l'apparence d'une science. »[4246]

716. Cette citation du professeur Robert Y. Jennings attire l'attention sur la complexité inhérente à l'interprétation des traités en droit international. Loin d'être une activité purement technique, l'interprétation des textes juridiques révèle une sensibilité aux nuances et à la variété des contextes dans lesquels ils sont appliqués, mais, en même temps, il convient que cette interprétation soit guidée par un ensemble de règles et principes, garantissant ainsi la précision et l'objectivité nécessaires pour assurer la sécurité juridique et la cohérence dans l'application du droit international.

Cette perspective théorique conduit à souligner le rôle déterminant de l'interprétation dans l'application harmonieuse des règles juridiques par les magistrats. Dans ce contexte, deux axes de réflexion méritent d'être explorés. D'une part, il convient d'examiner comment l'interprétation peut servir de vecteur d'harmonisation, en favorisant une synergie entre les différents instruments juridiques applicables (§1). D'autre part, il importe d'analyser les mécanismes susceptibles de renforcer la coopération judiciaire, élément essentiel à la consolidation d'une pratique interprétative convergente (§2).

§1 — Le rôle de l'interprétation dans le processus d'harmonisation : l'idée d'une synergie par l'interprétation

717. En Amérique latine, les conventions internationales ont été adoptées sans être assorties de mécanismes garantissant leur interprétation uniforme. En l'absence d'une structure institutionnelle verticalisée, la responsabilité d'assurer la cohérence interprétative de ces instruments incombe aux juridictions nationales, qui doivent l'exercer

[4246] R.Y. Jennings, « General Course on Principles of International Law », *RCADI*, 1967, vol. 121, p. 544 (traduction libre de l'anglais).

dans le cadre de la résolution concrète des litiges qui leur sont soumis. Comme soulignait la professeure Alegría Borrás, « l'absence d'un tribunal s'occupant d'unifier l'interprétation et l'application des conventions à un niveau général, ne doit pas amener à abandonner l'idée de l'interprétation uniforme ou celle qui en soit la plus proche possible, car, en définitive, une convention signifie un *consensu in idem* »[4247]. En interprétant et en appliquant les normes juridiques de manière cohérente et convergente, leur travail peut contribuer à surmonter les disparités entre les différents systèmes juridiques nationaux, facilitant la construction d'un paysage juridique plus harmonisé et intégré.

Comme l'affirmait le professeur Hayek, « Aucun système juridique n'a jamais été combiné comme un tout, et même les diverses entreprises de codification ne firent rien de plus que systématiser un corps de droit existant, en même temps qu'elles le complétaient ou en éliminaient des contradictions »[4248]. Face à cette réalité, qui caractérise les systèmes juridiques latino-américains, la fonction du juge dans le comblement des lacunes du droit et la résolution des contradictions normatives revêt une importance particulière. Le juge doit ainsi fréquemment « résoudre un puzzle auquel il peut certes y avoir plusieurs solutions ; mais dans la plupart des cas il sera déjà assez difficile de trouver une seule solution qui réponde à toutes les exigences légitimes »[4249]. Dans cette perspective, la tâche du juge consiste, selon les termes du professeur Hayek, en :

> « […] une tâche intellectuelle dans laquelle il ne doit pas laisser affecter ses décisions par ses sentiments ou ses préférences, par sa compassion pour l'un des adversaires malheureux ou sa propre opinion sur l'importance du but poursuivi. Il lui sera assigné un objectif précis, bien que ce ne soit pas une fin concrète particulière : le but sera d'améliorer un ordre des activités donné, en établissant une règle qui pourra prévenir le retour des conflits qui se sont produits. »[4250]

L'idée de l'harmonisation de la loi applicable aux contrats internationaux par le mécanisme d'interprétation par les juges des normes en vigueur s'inscrit dans une dynamique dite de « synergie par l'interprétation ». En développant une interprétation cohérente et convergente des normes en vigueur et en tirant parti des principes juridiques communs, les juges peuvent contribuer à créer une base juridique plus stable et prévisible pour les transactions internationales. Cela permet non seulement de réduire les conflits potentiels entre systèmes juridiques, mais aussi de renforcer la confiance des acteurs du commerce international. En somme, le concept d'une synergie par l'interprétation est un chemin proactif d'harmonisation, qui repose sur l'agilité et l'ingéniosité des professionnels du droit pour construire un cadre juridique plus intégré et collaboratif.

[4247] A. Borrás, « La utilizacion de medios diversos para ayudar a la interpretacion y aplicacion uniforme de los instrumentos convencioanle sy de la Union Europea », *op. cit.*, n° 15 (traduction libre de l'espagnol).

[4248] F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, vol. 1, Règles et ordre, Presses Universitaires de France, traduit de l'anglais par Raouil Audouin, 1973, p. 120.

[4249] *Ibid*, p. 121.

[4250] *Ibidem.*

Bien que cette méthode offre moins de sécurité juridique, en raison du fait que les décisions judiciaires ne sont généralement pas contraignantes pour d'autres juges[4251], elle présente des avantages significatifs liés à sa flexibilité. Il faut que le processus d'interprétation puisse également permettre aux juges d'interpréter des dispositions normatives en les adaptant progressivement aux changements des réalités économiques et culturelles, sans qu'il soit nécessaire de réviser formellement les normes juridiques.

Cependant, il est souvent avancé que cette interprétation adaptative doit avoir des limites. Ces limites sont tirées du sens du texte lui-même ou des règles d'interprétation. Si les interprètes, en particulier les juges, franchissent cette ligne imaginaire, leurs initiatives peuvent être qualifiées de « législation judiciaire » ou de « législation jurisprudentielle »[4252], c'est-à-dire de création du droit par la voie judiciaire. Elles peuvent aussi être considérées comme un « activisme judiciaire »[4253] en dépassant ainsi les pouvoirs conférés aux juges. En analysant les dérives potentielles de ce qu'il qualifie de « créativité judiciaire », le professeur Louis d'Avout a souligné les risques de la transformation progressive de certains juges — se référant notamment aux juridictions supranationales — en véritables « jurislateurs », voire en « quasi-législateurs », s'engageant dans une démarche volontariste de création normative ou de « préfiguration » du droit positif[4254]. La prudence s'impose donc ainsi également à cet égard.

Les juges doivent ainsi, lors de l'application du droit, préserver la prévisibilité du système juridique. L'ordre dont on attend le maintien par le juge n'est pas « un état de choses particulier, mais la régularité d'un processus qui repose sur la protection de certaines des anticipations des personnes qui agissent, contre le trouble apporté par d'autres »[4255]. Selon le professeur Hayek, lorsque le juge se trouve confronté à une lacune de la loi, il ne dispose certes d'aucune règle préétablie pour orienter sa décision ; mais cela ne lui confère pas pour autant un pouvoir discrétionnaire absolu, celui de « de décider à sa guise ». En effet, « si la décision ne peut pas être logiquement déduite de règles reconnues, elle doit quand même être compatible avec le corps des règles existantes et servir le même ordre d'actions que ces règles »[4256]. Cela ne signifie pour autant que le juge serait « prisonnier de l'obligation de ne choisir que des décisions qui puissent être logiquement déduites du corps de règles déjà formulées », mais que lorsqu'il cherche à combler les lacunes du droit positif, « il devrait être libre, si elles [les règles] sont en conflit avec le sens général de justice, de modifier ses conclusions à la condition qu'il trouve quelque règle non écrite qui

[4251] Sur la discussion sur la différente entre les pays de *common law* et *civil law*, et la réalité des pays latino-américains, v. *supra* n° 8.

[4252] V. la formule de l'Avocat général rapportée dans l'arrêt *Mandt* (Tribunal de la Fonction Publique de l'Union Européenne, Arrêt du Tribunal [Première chambre] dans l'affaire n° F-50/09 du 12 mai 2011). Cité par L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, p. 520 et note de bas de page n° 1356.

[4253] V. C. Djeffal, *Static and evolutive treaty interpretation: a functional reconstruction*, Cambridge University Press, 2016, p. 14-15.

[4254] L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 284.

[4255] F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, *op. cit.*, p. 138.

[4256] *Ibid*, p. 139.

justifie cette modification et qui, une fois explicitée, recueillera probablement l'assentiment général »[4257]. Mais, comme l'a souligné l'auteur, « même lorsque, dans l'exercice de sa fonction, il crée des règles nouvelles, il n'est pas créateur d'un nouvel ordre : il est le serviteur de l'ordre existant, chargé de le maintenir et d'en améliorer le fonctionnement »[4258]. Dans son processus interprétatif, il reste donc tenu « de maintenir les principes sur lesquels est fondé l'ordre existant »[4259].

Face aux lacunes importantes du droit positif en Amérique latine, le juge joue un rôle essentiel dans l'interprétation des normes, tant conventionnelles que nationales. Cette harmonisation par voie jurisprudentielle repose sur plusieurs mécanismes qu'il convient d'examiner. Il s'agira d'abord d'identifier les principes généraux qui gouvernent l'activité interprétative (A). Cette analyse conduira ensuite à s'interroger sur la portée de l'interprétation évolutive dans l'adaptation du droit aux mutations du commerce international, et notamment de l'acceptation de l'autonomie de la volonté dans une conception contemporaine de droit international privé (B). L'étude portera également sur le rôle des accords ultérieurs et de la pratique ultérieure dans la consolidation d'une interprétation harmonisée (C). Une attention particulière sera accordée à la question de savoir si l'autonomie de la volonté peut être qualifiée de règle de droit international coutumier ou de principe général du droit (D). Enfin, il conviendra d'examiner comment le « dialogue » des sources contribue à l'émergence d'une synergie interprétative au service de l'harmonisation du régime des contrats internationaux (E).

A. Principes généraux d'interprétation

718. Dans un sens juridique, « interpréter » signifie « déterminer rationnellement le sens précis d'une règle, rendant le texte ou l'une de ses dispositions plus claire et compréhensible, de sorte que les parties soient assurées quant à la portée et au sens du contexte, éliminant ainsi les doutes, obscurités, contradictions ou ambiguïtés qui peuvent exister »[4260]. Ce processus d'interprétation juridique est un processus complexe qui varie

[4257] *Ibid*, p. 141.

[4258] *Ibid*, p. 143. Selon l'auteur : « […] les efforts du juge sont une partie du processus d'adaptation de la société aux circonstances, processus par lequel se développe l'ordre spontané. Il participe au processus de sélection en donnant force exécutoire à celles des règles qui, comme celles qui ont fait leurs preuves dans le passé, rendent plus probable l'ajustement des anticipations et moins probable leur conflit. Le juge devient ainsi un organe de cet ordre ».

[4259] *Ibid*, p. 144. Pour le professeur Hayek : « Si le juge doit être fidèle à maintenir et améliorer un ordre des activités qui fonctionne, et s'il doit chercher ses critères dans cet ordre même, cela n'implique cependant pas que sa mission soit de préserver un *statu quo* quelconque dans les relations entre des personnes déterminées. […] Mais bien que le juge ne soit pas tenu de protéger un quelconque *statu quo*, il l'est de maintenir les principes sur lesquels est fondé l'ordre existant. Sa mission est d'une nature qui n'a de sens qu'au sein d'un ordre spontané et abstrait des activités tel qu'en produit le marché. Il doit ainsi être conservateur en ce sens seulement qu'il ne peut pas être au service d'un ordre déterminé par les objectifs particuliers de l'autorité et non par des règles de conduite individuelle ».

[4260] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, p. 257 (traduction libre de l'anglais).

selon le contexte juridique, et selon que les règles interprétées sont originaires du droit interne ou des traités internationaux.

719. Interprétation des normes de droit interne. L'interprétation du droit interne dépend des outils juridiques disponibles dans chaque système national, qui peuvent varier d'un pays à l'autre. Les juges interprètent le droit national en s'appuyant généralement sur les concepts et le contexte juridique propres à leur système. Cette interprétation est influencée par la formation des juges, leur expérience professionnelle, ainsi que par les traditions juridiques et culturelles du pays. Malgré cela, de façon générale, les systèmes juridiques nationaux des États latino-américains manifestent une réceptivité particulière à l'utilisation des règles de droit pour interpréter ou compléter le droit national des contrats, bien qu'il existe encore un manque général de norme expresse[4261].

Étant donné les lacunes significatives de la majorité des systèmes juridiques latino-américains, les juges peuvent s'appuyer sur les règles de droit, notamment en utilisant le Guide de l'OEA, pour interpréter et compléter les règles du droit national concernant la loi applicable aux contrats internationaux. Cette voie est admise par la majorité des législations des États latino-américains, qui permettent, en général, de combler les lacunes par des principes généraux du droit et d'autres règles de droit[4262].

720. Interprétation des traités. Parmi les sources régionales examinées, la Convention de Mexico se distingue comme le seul instrument à inclure des directives explicites concernant l'interprétation de ses normes[4263]. L'article 4 de la Convention dispose que : « Aux fins de l'interprétation et de l'application de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application »[4264].

En outre, la Convention de Mexico est également la seule à inclure une référence expresse au droit non étatique et à la possibilité d'utiliser ce type de règles pour combler les lacunes du droit applicable (art. 10)[4265]. Malgré les difficultés liées à son interprétation[4266], il est largement reconnu que la Convention autorise l'utilisation des principes du droit commercial international et, de façon générale, la *lex mercatoria* (plus spécifiquement, les normes, coutumes, usages et pratiques) pour interpréter et combler les lacunes du droit applicable. Par ailleurs, le Guide de l'OEA conseille aux juges et arbitres de prendre en considération les avantages d'une interprétation uniforme des instruments juridiques internationaux utilisés dans le règlement des différends (recommandation 4.2).

[4261] V. *supra* n° 475 et s.

[4262] V. *supra* n° 492 et s.

[4263] V. *supra* n° 246 et s.

[4264] Traduction cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

[4265] *Ibidem*.

[4266] V. *supra* n° 257 sur les divergences d'interprétation de l'article 10 de la Convention de Mexico.

Mais comment les juges peuvent-ils garantir une interprétation uniforme des conventions ? Face aux lacunes des instruments latino-américains, il convient de se référer aux orientations de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Bien que cette convention n'ait pas été ratifiée par l'ensemble des pays concernés par la présente étude, ses dispositions ont acquis, comme le révèle la doctrine, le statut de règles coutumières en raison de leur reconnaissance internationale largement partagée[4267]. Ce caractère coutumier en fait une référence essentielle pour l'uniformité interprétative dans le cadre international, même si, comme l'a précisé une partie de la doctrine privatiste, l'utilisation des règles d'interprétation dictées par le droit international public peut présenter un certain risque pour l'interprétation des règles de droit international privé, car elle peut occulter les besoins et les objectifs incarnés par cette matière[4268]. Cependant, comme l'a signalé le professeur Mario J.A. Oyarzábal, présenter les traités de droit privé comme une partie distincte du régime juridique de droit international public, nécessitant son propre ensemble de règles et de principes, « est mal orienté et peu utile, car l'interprétation des traités de droit international privé pose essentiellement les mêmes problèmes que celle d'autres types de traités »[4269]. Dans les deux cas, selon le professeur argentin, l'interprétation des traités concerne la question de la signification et du contenu des normes juridiques appliquées à chaque cas d'espèce, tout en veillant à ne pas modifier l'application du traité[4270].

721. Règles générales d'interprétation. Concernant l'interprétation des traités, la Convention de Vienne sur le droit des traités privilégie généralement une approche *textuelle*[4271], comme le précisent les articles 31 à 33 de la Convention. Bien qu'il n'existe pas de hiérarchie absolue entre les techniques d'interprétation, la Convention accorde une importance particulière au sens ordinaire des termes, offrant ainsi un poids argumentatif supérieur par rapport à d'autres moyens d'interprétation[4272].

Comme il est bien connu, l'article 31, alinéa 1, de la Convention de Vienne de 1969 pose la règle générale d'interprétation des traités : ceux-ci doivent être interprétés de bonne foi selon le sens ordinaire de leurs termes, en tenant compte à la fois de leur contexte et à la

---

[4267] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, p. 257 (traduction libre de l'anglais).

[4268] V. la référence faite par M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 259 à la doctrine en ce sens, en particulier, F. Majoros, *op. cit.* ; B. Dutoit, F. Majoros, « Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *op. cit.*, p. 565 et s. ; v. aussi, J. Basedow, « Uniform Private International Law and the Law of Treaties » *Uniform Law Revue*, 2006, vol. 11, p. 731 et s. ; P.R. Beaumont, « Reflections on the Relevance of Public International Law to Private International Law Treaty Making », *RCADI*, 2009, vol. 103, p. 9 et s. ; M.B. Noodt Taquela, « Applying the Most Favourable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Co-operation », *RCADI*, *v*ol. 377, 2015, p. 121 et s.

[4269] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 259-260 (traduction libre de l'anglais).

[4270] *Ibidem.*

[4271] Sur le textualisme et la Convention de Vienne, v. A. Bianchi, F. Zarbiyev, *op. cit.*, p. 85 et s.

[4272] Pour une discussion concernant la hiérarchie entre techniques d'interprétation dans la Convention de Vienne, v. C. Djeffal, *op. cit.*, p. 129-134. Selon l'auteur, la Convention n'établit pas une hiérarchie absolue, mais elle accorde plus de poids argumentatif au sens ordinaire que pour les moyens complémentaires d'interprétation.

lumière de leur objet et de leur but, ce qui implique une analyse centrée sur le « texte », auquel s'ajouteront des éléments de soutien tout aussi importants, à savoir la « bonne foi », le « sens ordinaire », l'« objet » et le « but ». L'article 31 de la Convention prévoit également, à l'alinéa 2, qu'il faut interpréter les traités en tenant compte de leur « contexte », c'est-à-dire de manière « systématique ». L'intention exprimée par la Convention est que les traités doivent être interprétés contextuellement, dans leur ensemble. L'alinéa 2 de l'article 31 précise ce qu'on doit comprendre par « contexte ». Il semble limiter celui-ci à son aspect intrinsèque, mentionnant expressément le préambule, l'annexe, les accords et instruments connexes (ayant trait au traité et intervenus entre toutes les parties lors de sa conclusion)[4273]. Dans ce dernier cas se trouvent, par exemple, les Protocoles additionnels aux Traités de Montevideo de 1889 et de 1940.

De plus, conformément à l'alinéa 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne, il convient de prendre en compte, avec le contexte, des sources matérielles externes au traité. Ces dernières peuvent être des traités, des règles coutumières et des principes généraux de droit[4274]. Selon cet article : « a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »[4275]. Cette méthode, appelée « intégration systémique des règles », exige que le juge ou l'arbitre prenne en compte l'ensemble des règles pertinentes en vigueur au moment de leur application et de leur interprétation. Cela signifie que chaque disposition d'un traité doit être lue non seulement dans son propre contexte, mais aussi dans le contexte plus large du droit international général, qu'il soit conventionnel ou coutumier[4276].

Enfin, l'alinéa 4 de l'article 31 dispose que : « un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ». L'intention des parties, considérée comme une méthode centrale d'interprétation, a été mise en avant par le professeur Eirik Bjorge, qui souligne l'importance, dans le processus interprétatif, d'établir aussi « complètement et équitablement que possible l'intention commune des

[4273] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 260.

[4274] M.B. Noodt Taquela, « Applying the Most Favourable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Co-operation », *op. cit.*, p. 271.

[4275] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[4276] Toutefois, l'article 31, alinéa 3, n'établit pas de règle temporelle claire indiquant si les règles applicables au moment de la conclusion des traités ou celles en vigueur au moment de leur mise en œuvre et de leur interprétation doivent être retenues. Si les traités ne contiennent pas de clause temporelle, il a été avancé que leur signification peut être influencée par des événements ultérieurs, en particulier lorsque des changements surviennent dans le droit coutumier et les principes généraux du droit, le droit international étant un système juridique dynamique. M.B. Noodt Taquela, « Applying the Most Favourable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Co-operation », *op. cit.*, p. 273.

parties »[4277]. Cette méthode, selon lui, ne varie pas d'un domaine à l'autre, mais est « cohérente » et « constante »[4278], et, dans les mots du professeur argentin Mario J.A. Oyarzábal, devient « la pierre angulaire de l'interprétation »[4279]. Cependant, ce principe comporte certaines nuances. Comme l'a signalé le professeur Oyarzábal, lors de l'interprétation d'un traité, il est essentiel de prendre en compte l'intention des parties exprimée dans le texte, « sauf lorsqu'une pratique ultérieure constante fournit une preuve convaincante du consentement commun des États à un changement »[4280].

722. Moyens complémentaires d'interprétation. En plus de la règle générale d'interprétation de l'article 31, la Convention de 1969 décrit également, à l'article 32, des moyens complémentaires d'interprétation auxquels il est possible de recourir si l'article 31 se révèle insuffisant. La Convention permet, ainsi, de recourir, à titre supplémentaire, aux « travaux préparatoires » du traité. L'interprétation peut également être fondée sur les « circonstances dans lesquelles le traité a été conclu » en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation laisse le « sens ambigu ou obscur » ou « conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable »[4281]. Comme affirmé par la doctrine, le recours à plusieurs de ces principes complémentaires « est *discrétionnaire* plutôt qu'*obligatoire* et l'interprétation des documents est dans une certaine mesure un art, non une science exacte »[4282]. La Convention de Vienne offre ainsi certaines règles juridiques, mais laisse également une certaine liberté à l'interprète, « artisan » du droit[4283].

La notion de « travaux préparatoires » implique généralement les documents écrits préparés pendant la période de création du traité, incluant toutes les discussions et délibérations sur chaque sujet ainsi que chaque question et disposition y afférente. Il est ainsi possible de recourir aux transcriptions des débats, des négociations et des travaux préparatoires des sessions diplomatiques, y compris les réponses des gouvernements aux questionnaires et leurs observations sur les projets de conventions préliminaires[4284]. À leur tour, les « circonstances » liées à la conclusion du traité, qu'elles soient de nature politique, sociale, culturelle ou autre, peuvent également être utiles pour rechercher l'intention réelle des parties, puisque ces circonstances influencent généralement la rédaction du texte final

---

[4277] E. Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, 2014, p. 189 (traduction libre de l'anglais).

[4278] *Ibidem.*

[4279] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 260.

[4280] *Ibid*, p. 259-260 (traduction libre de l'anglais).

[4281] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[4282] H. Waldock, *Third Report on the law of treaties*, Yearbook of the International Law Commission, 1964, p. 54 (traduction libre de l'anglais ; original sans italiques).

[4283] C. Djeffal, *op. cit.*, p. 139 (traduction libre de l'anglais).

[4284] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law up on Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 260.

du traité[4285]. D'autres preuves (non diplomatiques) peuvent provenir de la pratique des autorités centrales, des décisions judiciaires, des mémorandums d'agences « techniques » et d'autres informations fournies par les États. De plus, comme l'a noté la doctrine, l'interprétation individuelle d'un État, dans la mesure où elle est acceptée (ou non contestée), devient une interprétation collective et acquiert un caractère authentique[4286].

Des auteurs ont également mentionné comme moyens complémentaires d'interprétation, par exemple, la règle de l'« effet utile », qui se fonde également sur l'article 32, alinéa b, de la Convention de Vienne. Selon cette règle, les dispositions du traité doivent toujours être interprétées de manière à produire autant de sens et d'efficacité que possible par rapport à leur objet[4287]. De ce fait, toute interprétation conduisant à un résultat absurde ou déraisonnable devrait être rejetée. Même si la Convention de Vienne n'a pas adopté une formulation expresse intégrant ce principe, il a été considéré qu'en l'état actuel du droit, cette maxime est incorporée dans les doctrines d'interprétation de bonne foi à la lumière de l'objet et des buts du traité[4288]. En outre, la règle de l'« interprétation fonctionnelle » est également mentionnée, selon laquelle les traités seront interprétés de manière cohérente avec leur intention, ainsi que l'analogie, la coutume, les principes généraux de droit[4289].

De plus, il se pose la question de savoir la réelle valeur des interprétations données par les organes des organisations internationales, comme c'est le cas de l'OEA. Comme l'a noté le professeur Mario J.A. Oyarzábal, lorsque l'interprétation concerne des traités élaborés par l'organisation elle-même, « les décisions des conférences et organisations ne peuvent en principe lier que les États qui les acceptent »[4290]. Mais, comme l'auteur le remarque, « les avis d'experts des conseils juridiques et des fonctionnaires de l'organisation, ou des organes conventionnels spécialisés, bien qu'ils soient de nature incitative, peuvent donner lieu à un accord ou à une pratique ultérieure des parties »[4291]. Comme il l'explique, il est clair que les documents contenant des conclusions, des recommandations et d'autres commentaires pratiques, pour l'élaboration desquels l'avis des États a été sollicité (comme c'est le cas du Guide de l'OEA), se voient accorder un poids plus important[4292]. Dans cette perspective, il convient de souligner que le Guide de l'OEA, bien qu'il ne revête pas de

[4285] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, p. 263-264.

[4286] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law up on Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 260.

[4287] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, p. 265.

[4288] M.B. Noodt Taquela, « Applying the Most Favourable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Co-operation », *RCADI*, 2016, vol. 377, p. 271-274.

[4289] V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, *op. cit.*, p. 265.

[4290] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 263 (traduction libre de l'espagnol).

[4291] *Ibidem* (traduction libre de l'espagnol).

[4292] *Ibidem.*

caractère contraignant, constitue néanmoins un instrument herméneutique pertinent pour l'interprétation de la Convention de Mexico, d'autant plus qu'il a été élaboré sous les mêmes auspices que celle-ci, à savoir l'OEA.

723. L'influence de la doctrine et le rôle des juristes. Le professeur Bruno Oppetit a magistralement démontré, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, la valeur et l'importance du « droit savant » pour le droit international privé[4293]. Cette dimension revêt une importance particulière dans les systèmes juridiques lacunaires, comme c'est le cas d'une grande partie des États latino-américains, où le droit international privé demeure obsolète, ancré dans des théories territorialistes dépassées. Cette situation caractérise également, comme nous l'avons vu, les Traités de Montevideo et le Code Bustamante, tous deux fondés sur des conceptions néo-territorialistes et néo-statutistes pour le second, dont l'application s'avère particulièrement difficile pour le juge contemporain, formé à la théorie savignienne et adoptant une approche favorable à la liberté et à l'autonomie conflictuelle en matière de contrats internationaux.

Comme l'a justement observé le professeur Bruno Oppetit, le droit conventionnel lui-même peut présenter à certains égards le caractère d'un droit savant : certaines conventions ont vocation à jouer le rôle d'un droit modèle, dont des États tiers s'inspirent, ou peuvent s'appliquer à titre de principes généraux lorsqu'elles ne sont pas en vigueur dans un État donné[4294]. Cette dynamique s'observe en Amérique latine, notamment avec la Convention de Mexico, fréquemment appliquée par les tribunaux vénézuéliens en dehors de son champ d'application strict, à titre de principes généraux destinés à combler les lacunes du droit interne. Le même phénomène se constate avec le Code Bustamante, également appliqué, généralement par analogie, au-delà de son domaine formel, ou encore avec des instruments étrangers à la région, tel que la Convention de Rome, le Règlement Rome I, et les *Restatements* américains, cités par les juridictions latino-américaines comme des principes généraux pour fonder leurs décisions et pallier les insuffisances, non rares, de leurs systèmes juridiques.

Toutefois, comme l'a également affirmé le professeur français, ce sont principalement les activités des grandes institutions internationales (p. ex., CNUDCI, Unidroit) qui contribuent au rapprochement en matière de droit du commerce international par le biais du droit savant[4295]. Malgré ces avantages, ainsi que le professeur Louis d'Avout l'a déjà mis en garde, le droit transnational ou anational « n'est pas une panacée »[4296]. Certains auteurs ont en effet remis en question l'efficacité réelle du rapprochement et de l'harmonisation des droits étatiques par la transposition de la législation transnationale modélisée[4297]. Le professeur d'Avout a également attiré l'attention sur le risque que ce

[4293] B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *op. cit.*, p. 428 et s.

[4294] *Ibid*, p. 428.

[4295] *Ibid*, p. 429.

[4296] L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 318.

[4297] V. *Ibidem.*

droit modélisé représente « une contrainte morale pour les États moins avancés », dans la mesure où il est élaboré « grâce à l'expertise technique et au droit comparé, en partant des besoins et des façons de faire juridiques de certains États puissants (par leur taille, ou bien par leur avancée dans le secteur considéré) »[4298].

Sur le continent américain, les travaux de l'OEA méritent une attention particulière, notamment le Guide de l'OEA, qui constitue, à notre sens, un véritable « droit savant » selon la conception du professeur Oppetit[4299], susceptible d'orienter les juges et les arbitres dans l'interprétation et l'application du droit international privé, qu'il soit de source internationale ou interne. Il convient de rappeler que certains États latino-américains, tels que le Costa Rica, le Guatemala, le Pérou et l'Uruguay, reconnaissent la doctrine et, plus largement, les principes généraux du droit comme de véritables sources du droit, bien que situées à un rang inférieur à la loi dans la hiérarchie normative. Une telle reconnaissance expresse permettrait alors d'utiliser ces sources non seulement pour interpréter les règles de droit international privé, mais également pour combler les lacunes normatives qui pourraient subsister dans ce domaine.

En vérité, comme l'a souligné à juste titre le professeur Bruno Oppetit, le droit international privé, mieux que d'autres secteurs du droit où le « légicentrisme » et la prolifération des textes masquent ou dénaturent l'essence de la juridicité, révèle la vanité de la distinction entre science et technique, entre droit et science du droit : « le droit ne se réduit pas aux normes, ni la science juridique à la seule analyse des normes, comme le veut le kelsénisme ; le droit opère une structuration juridique de l'expérience, à laquelle participent, étroitement imbriquées et complémentaires, science et technique […] et l'étude du droit international privé démontre, au rebours des postulats du positivisme, que le droit et la science du droit sont une seule et même chose »[4300]. On admet ainsi, pour reprendre les termes du professeur Dominique Bureau, l'idée d'un « pluralisme de sources », l'État n'étant « nullement investi d'un monopole d'édition des normes juridiques ». Dotées d'une « juridicité originaire », et non dérivée d'une délégation de l'État, les sources informelles ont ainsi vocation à être « tenues pour juridiques au même titre que les sources formelles »[4301].

724. Le contexte latino-américain. En suivant les orientations des principes interprétatifs du droit international et en les appliquant au contexte latino-américain, il est essentiel de promouvoir d'abord une interprétation *textuelle* des instruments régionaux. Ainsi, les tribunaux doivent examiner ces traités avec impartialité (de bonne foi), en tenant compte de la définition usuelle des termes, afin d'établir une compréhension globale

[4298] V. *Ibidem.*

[4299] B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *op. cit.*, p. 401-402.

[4300] B. Oppetit, « Le droit international privé, droit savant », *op. cit.*, p. 432-433.

[4301] D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, *op. cit.*, n° 654. Le professeur souligne cependant que « refuser aux organes de l'État le monopole d'édition des normes juridiques n'imposerait aucunement de récuser la primauté du droit étatique sur les autres sources du droit ».

prenant en compte non seulement le libellé, mais aussi l'objet et l'intention des conventions.

Dans la première partie de cette étude, nous avons procédé à l'application de ces principes d'interprétation aux traités actuellement en vigueur dans la région. S'agissant par exemple de l'acceptation de l'autonomie de la volonté, cette analyse a permis de mettre en évidence que, lorsqu'on s'en tient au texte et au sens ordinaire des termes employés, seule la Convention de Mexico se distingue des autres instruments régionaux. En effet, s'agissant des Traités de Montevideo et du Code Bustamante, il demeure malaisé d'y déceler une consécration explicite du principe de l'autonomie de la volonté tel que nous l'entendons aujourd'hui, à savoir comme une véritable faculté reconnue aux parties de déterminer librement la loi applicable à leurs relations contractuelles[4302].

Si des doutes persistent — comme est le cas dans le contexte latino-américain —, la Convention de Vienne offre des moyens complémentaires d'interprétation. Ainsi, les juges peuvent se servir des travaux préparatoires et des circonstances entourant la conclusion des traités pour clarifier et renforcer l'intention des parties contractantes. Sur ce sujet, nous avons également procédé à une longue analyse des travaux préparatoires des différentes conventions, notamment des Traités de Montevideo et du Code Bustamante, ce qui nous a conduits à la même conclusion concernant l'autonomie de la volonté[4303].

B. Interprétation évolutive

725. L'intégration systémique visée à l'article 31, paragraphe 3, alinéa c, de la Convention de Vienne exige que le juge tienne compte de toutes les règles pertinentes en vigueur au moment de l'application et de l'interprétation d'un traité. Cela signifie que chaque disposition d'un traité doit être lue non seulement dans son propre contexte, mais aussi dans le contexte plus large du droit international général. Toutefois, une question qui demeure sans réponse précise est de savoir si le texte du traité doit être interprété à la lumière des circonstances au moment de sa conclusion, c'est-à-dire à la volonté originelle, ou selon le sens contemporain des termes.

Dans son avis consultatif sur la Namibie en 1970, la CIJ a déclaré que « l'interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue […] »[4304]. L'interprétation évolutive semble également prévaloir dans la jurisprudence de la CEDH, et a aussi été utilisée par la CJUE, la CIDH, le Tribunal international du droit de la mer et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, entre autres juridictions et organes

[4302] V. *supra* n° 154.

[4303] V. *supra* n° 91 et s. et n° 154.

[4304] CIJ, Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, CIJ, Recueil 1971, p. 16, para. 53 (original sans italiques).

internationaux[4305]. Toutefois, l'application de cette doctrine peut être critiquée si le sens donné aux termes du traité s'éloigne de l'intention réelle des parties telle qu'elle est déterminée par l'application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne.

726. Le lien entre l'interprétation et le temps. Si une interprétation textuelle devrait être privilégiée, il est néanmoins logique qu'avec le temps, la société évolue et que, par conséquent, le droit et les concepts juridiques évoluent également. Cette question de la « linguistique intertemporelle »[4306] traite de la relation entre l'interprétation et le temps. Elle se concentre sur la situation où un juge est tenu d'interpréter un terme figurant dans un instrument et où le sens de ce terme a changé depuis la création de celui-ci[4307]. Comme l'affirment les professeurs Andrea Bianchi et Fuad Zarbiyev, les traités figent les prescriptions normatives établies par écrit au moment de leur conclusion, et pourtant, ils prennent une vie propre, et peuvent devenir anciens et parfois obsolescents[4308].

Cela est particulièrement le cas de la plupart des traités latino-américain concernant la loi applicable aux contrats internationaux, et particulièrement en ce qui concerne les règles sur l'autonomie de la volonté et de la définition même de ce principe, qui a évolué dans le temps. Comme nous l'avons vu[4309], cela a été reflété dans les récents changements des législations nationales dans la région, bien comme dans le droit souple, notamment par le Guide de l'OEA et les Principes de La Haye. Face à ces évolutions, les tribunaux peuvent-ils s'appuyer sur ces transformations juridiques pour « ajuster » l'interprétation des notions anciennes de l'autonomie de la volonté à la nouvelle réalité ?

Divers outils peuvent être employés pour gérer ce « vieillissement » des conventions afin de garantir que certaines de ses dispositions reflètent plus adéquatement les besoins actuels et les évolutions sociétales. Un de ces outils est appelé « interprétation évolutive », ou encore réinterprétation, interprétation évolutionnaire, progressive ou encore interprétation dynamique. L'interprétation évolutive est utilisée lorsque le sens attribué à une partie du texte d'un traité change avec le temps[4310]. Cela veut dire que les mots du traité restent les mêmes, mais leur sens est modifié. Elle s'oppose à l'interprétation statique, doctrine qui a ses origines sur le principe de contemporanéité, et qui a prédominé dans la doctrine

[4305] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 263.

[4306] Pour une analyse historique de cette problématique, v. J. Wyatt, *Intertemporal linguistics in International Law : Beyond Contemporaneous Treaty Interpretation*, Oxford, New York, Hart Publishing, Studies in International Law, 2020, vol. 74, p. 17 et s.

[4307] *Ibidem*.

[4308] A. Bianchi, F. Zarbiyev, *op. cit.*, p. 228.

[4309] V. *supra* n° 266 et s.

[4310] Pour analyse de la notion d'interprétation évolutive, v. C. Djeffal, *op. cit.*, p. 18 et s. ; v. aussi, A. Bianchi, F. Zarbiyev, *op. cit.*, p. 202-203.

internationaliste jusqu'à la fin des années 1970[4311]. Cette interprétation statique appelle à des résultats d'interprétation qui ne modifient pas le sens du texte, même lorsqu'un tel changement était en cause. En d'autres termes, cela signifie que l'interprétation serait faite d'après le sens qu'un terme du traité avait au moment de la conclusion de celui-ci[4312].

La Convention de Vienne est restée expressément silencieuse sur la question de l'interprétation des termes dans le temps, la version définitive adoptée écartant la proposition d'article qui incluait une référence explicite à l'adoption de l'interprétation statique[4313]. Ce silence fut, par la suite, perçu par une partie de la doctrine comme une acceptation du principe de l'interprétation évolutive, bien que des contradictions existent quant à ses contours et limitations.

727. L'émergence du principe de l'interprétation évolutive dans la jurisprudence internationale. L'interprétation évolutive a été reconnue par la jurisprudence internationale, principalement en matière de droits de l'homme[4314]. En principe focalisée et restreinte à une interprétation intertemporel des termes des traités en favorisant une interprétation actuelle, cette doctrine a pris par la suite des caractéristiques plus progressives afin d'intégrer des aspects mêmes externes au traité.

C'est la CIJ qui a essentiellement écarté le principe de contemporanéité en ouvrant les portes à l'adoption du principe de l'interprétation évolutive. Dans son avis consultatif sur la Namibie de 1970, déjà cité, elle n'a pas mentionné le principe de la contemporanéité et n'a accordé qu'un intérêt de pure forme à l'approche statique, en semant les graines d'une contre-doctrine qui favoriserait le sens émergent des termes d'un traité, postérieurement à sa conclusion[4315]. Dans l'avis, la Cour affirma que : « Sans oublier la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion, la Cour doit tenir compte de ce que les notions consacrées par l'article 22 du Pacte […] *n'étaient pas statiques, mais par définition évolutives* […] »[4316].

[4311] Sur le principe de la contemporanéité et son déclin, v. J. Wyatt, *op. cit.,* p. 23 et s. L'auteur mentionne deux événements principaux qui ont entraîné le déclin et la chute du principe de contemporanéité : la décision de la CDI de ne pas l'inclure dans les projets d'articles qui allaient devenir la Convention de Vienne sur le droit des traités ; et l'apparente indifférence de la CIJ à l'égard du principe et son désir manifeste de dépasser l'approche statique dans son avis consultatif sur la Namibie de 1971.

[4312] C. Djeffal, *op. cit.,* p. 19 et 22.

[4313] V. J. Wyatt, *op. cit.*, p. 23 et s.

[4314] Pour une analyse de la jurisprudence en dehors de la matière de droit de l'homme, comme, par exemple, en droit de l'OMC et dans l'arbitrage d'investissement, v. G. Abi-Saab et al. (dir.), *Evolutionary interpretation and international law*, Hart, 2021, spéc. partie IV e V.

[4315] V. J. Wyatt, *op. cit.* et p. 53-61.

[4316] CIJ, Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, CIJ, Recueil 1971, p. 16, para. 53 (original sans italiques).

La CIJ a consolidé cette approche dynamique dans l'affaire du plateau continental de la mer Égée (*Grèce c. Turquie*) de 1978[4317]. Elle l'a ensuite adoptée à plusieurs reprises, renforçant ainsi l'adoption de la nouvelle doctrine. Par exemple, en 1997, dans l'affaire Projet Gabčíkovo-Nagymaros (*Hongrie c. Slovaquie*), elle a déclaré : « En insérant dans le traité ces dispositions évolutives, les parties ont reconnu la nécessité d'adapter éventuellement le projet. En conséquence, le traité n'est pas un instrument figé et est susceptible de s'adapter à de nouvelles normes du droit international »[4318].

728. La doctrine de l'instrument vivant en matière de droit de l'homme. La jurisprudence de la CEDH a également adopté une approche évolutive. En effet, la Cour de Strasbourg a développé une doctrine interprétative fondée sur la notion que la Convention européenne des droits de l'homme doit être interprétée comme un « instrument vivant »[4319], et donc, adapté à la réalité actuelle. Lorsqu'elle a mentionné pour la première fois cette doctrine dans l'affaire Tyrer en 1978, la Cour a affirmé que « la Convention est un instrument vivant à interpréter […] à la lumière des conditions de vie actuelles »[4320].

Dans un premier temps, la CEDH a adopté une approche prudente concernant l'utilisation de l'interprétation évolutive et de la doctrine du caractère vivant, afin d'éviter de créer des tensions avec les parties contractantes de la Convention européenne[4321]. Dans l'affaire *Feldbrugge c. Pays-Bas* (1986), la Cour a conclu qu'« une interprétation évolutive permet d'examiner à la lumière des conditions de vie actuelles […] des notions variables et changeantes déjà contenues dans la Convention ; *en revanche, elle n'autorise pas à introduire dans la Convention des notions ou matières entièrement nouvelles,* car il s'agit là d'une fonction législative qui appartient aux États membres du Conseil de l'Europe »[4322]. Et, dans l'affaire *Johnston c. Irlande* de la même année, la même Cour a déclaré que « la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui […], *mais la Cour ne saurait en dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ* »[4323]. En outre, la Cour a également concilié ses techniques interprétatives avec les règles traditionnelles de la Convention de Vienne sur le droit des traités en matière d'interprétation des traités. Par exemple, dans

---

[4317] CIJ, l'affaire du Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie), 19 décembre 1978, para. 77, selon lequel : « Une fois admis que l'expression "le statut territorial de la Grèce" a été employée dans l'instrument d'adhésion grec comme une formule générique englobant toutes les questions qui relèvent de la notion de statut territorial en droit international général, *il faut nécessairement présumer que son sens était censé évoluer avec le droit* et revêtir à tout moment la signification que pourraient lui donner les règles en vigueur. » (Original sans italiques).

[4318] CIJ, Affaire relative au projet *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, p. 67-68.

[4319] La doctrine de « l'instrument vivant » a été considérée comme synonyme de la doctrine de « l'interprétation évolutive » issue de l'avis consultatif de la CIJ concernant la Namibie en matière de droit international général. Sur ce sujet, v. J. Wyatt, *op. cit.*, p. 41-42 et p. 68 et s.

[4320] CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978.

[4321] V. A. Bianchi, F. Zarbiyev, *op. cit.*, p. 208.

[4322] CEDH, *Feldbrugge c. Pays-Bas,* 25 mai 1986, para. 24 (original sans italiques).

[4323] CEDH, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, para. 53 (original sans italiques).

l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie* de 2008[4324], elle a rappelé d'abord les principes interprétatifs de la Convention de Vienne et a fait ensuite appel à la doctrine de l'instrument vivant[4325].

Cependant, l'évolution plus récente de la jurisprudence de la CEDH l'a amenée à s'écarter de sa compréhension initiale de l'interprétation évolutive, qui utilisait des développements postérieurs pour éclairer le sens des termes du traité, ceci afin d'adopter une approche plus progressiste. La Cour a en effet élargi l'application de cette doctrine pour inclure les normes et principes apparus ultérieurement et en dehors du traité, intégrant des développements externes et modifiant *de facto* les termes exprès d'un traité[4326].

Par exemple, dans l'affaire *Scoppola c. Italie (n° 2)* de 2009[4327], la CEDH a invoqué ce qu'elle a appelé une « approche dynamique et évolutive », l'utilisant de façon novatrice pour prendre en compte les développements reflétés dans des instruments extérieurs et postérieurs au traité. Cela s'explique parce qu'« Il est d'une importance cruciale » que la Convention de droit de l'homme soit interprétée et appliquée d'une manière « qui en rende les garanties *concrètes et effectives*, et non pas *théoriques et illusoires* »[4328]. Et la Cour a ajouté que, sans cette approche dynamique et évolutive, la Cour « risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration »[4329]. De même, dans l'arrêt *Colas c. France* de 2002[4330], la CEDH est allée encore plus loin, utilisant cette doctrine pour élargir le champ d'application de la Convention au-delà de ses termes clairs et explicites[4331]. Plus précisément, la Cour a admis que, dans certaines hypothèses, la protection garantie par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relative au respect de la vie privée et familiale s'étend également aux personnes morales, notamment en ce qui concerne leur siège social ou leurs locaux professionnels[4332].

[4324] CEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008.

[4325] Dans cette affaire, la Cour a souligné que, dès lors que la Convention est un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour doit l'interpréter et l'appliquer « d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoires ». De plus, la Cour ajoute que la Convention doit être lue « comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions ». Pour fin, la Cour affirme que la Convention n'est pas considérée comme « l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient », mais au contraire, « elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes ». Enfin, la Cour rappelle « qu'elle s'est toujours référée au caractère "vivant" de la Convention à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et qu'elle a tenu compte de l'évolution des normes de droit national et international dans son interprétation des dispositions de la Convention ». CEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008.

[4326] J. Wyatt, *op. cit.*, p. 76.

[4327] CEDH (Grande Chambre), *Scoppola c. Italie* (n° 2), 17 septembre 2009.

[4328] *Ibid*, para. 104.

[4329] *Ibidem.*

[4330] CEDH, *Société Colas est et autres c. France*, 16 avril 2002.

[4331] V. J. Wyatt, *op. cit.*, p. 72-76.

[4332] La discussion portait sur l'application de la protection de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et familiale) aux personnes morales. Les requérants, des sociétés françaises, invoquaient la violation de leur « domicile » par des interventions des enquêteurs de l'administration

En commentant ces décisions, le professeur Julian Wyatt a fait ressortir que la doctrine adoptée par la CEDH ne se limite plus à adopter une position dynamique sur le problème des linguistiques intertemporelles, mais « constitue plutôt une doctrine vaste et puissante permettant aux juges chargés de l'interprétation et de l'application d'un traité de développer progressivement le droit international ; une doctrine qu'il définit de « pratique judiciaire progressiste » (*progressive adjudication*)[4333].

Dans les Amériques, la CIDH a suivi la même voie, en considérant la doctrine de l'instrument vivant et l'interprétation évolutive d'un traité relatif aux droits de l'homme comme synonymes[4334]. Dans la première décision où l'aspect temporel de l'interprétation fut explicitement abordé, à savoir l'avis consultatif sur l'interprétation de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1989[4335], la Cour ne mentionna pas la doctrine de l'instrument vivant, mais cita plutôt le célèbre motif de l'avis consultatif sur la Namibie concernant l'interprétation évolutive. La Cour fit valoir que « pour déterminer le statut juridique de la Déclaration américaine, il convient d'examiner le système interaméricain d'aujourd'hui à la lumière de l'évolution qu'il a connue depuis l'adoption de la Déclaration, plutôt que d'examiner la valeur normative et la signification que l'on prêtait à cet instrument en 1948 »[4336].

Par la suite, l'avis consultatif de 1999 sur le droit à l'information et l'assistance consulaire cita à la fois les doctrines de l'instrument vivant de la CEDH et celle de l'interprétation évolutive de la CIJ. Il jugea que « Cette interprétation évolutive est conforme aux règles générales d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne de 1969. Tant cette Cour […] que la Cour européenne […] ont indiqué que les traités relatifs aux droits de l'homme sont des *instruments vivants*, dont l'interprétation doit évoluer au fil du temps en fonction des circonstances existantes »[4337]. Les décisions suivantes de la CIDH

publique. La Cour rappela que la « Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » et « Dans le prolongement de l'interprétation dynamique de la Convention », la Cour reconnaît que « dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels ». Cf. CEDH, Société Colas est et autres c. France, 16 avril 2002.

[4333] *Ibid.*, p. 76 (traduction libre de l'anglais).

[4334] *Ibid.*, p. 70.

[4335] Cour interaméricaine des droits de l'homme, Avis Consultatif n° 10/89, 14 juillet 1989, para. 37 (traduction libre de l'anglais).

[4336] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[4337] Cour interaméricaine des droits de l'homme, Avis Consultatif n° 16/99, 1er octobre 1999, para. 114 (traduction libre de l'anglais ; original sans italiques).

trouvèrent un appui à leur décision dans ces deux doctrines, et les associèrent expressément, comme cela put être observé dans les affaires *Villagrán*[4338] et *Mayagna*[4339].

729. La position doctrinale. Tout d'abord, il est important de distinguer les deux approches de la théorie de l'interprétation évolutive, que le professeur Julian Wyatt qualifie de « étroite » et de « large »[4340], qui sont souvent confondues et mélangées dans la doctrine[4341]. Selon l'auteur, la première forme, la notion « étroite » de l'interprétation évolutive, se concentre sur la détermination du sens des termes du traité, se focalisant sur le *texte* du traité. Elle vérifie, ainsi, le sens du terme traité à la lumière de la manière dont il a été compris après la conclusion du traité. La deuxième approche de l'interprétation dynamique des accords, appelée « large », se concentre nettement moins sur le sens des termes de ces derniers. Selon l'auteur, elle ne devient interprétative que si l'on adopte une conception élargie de la finalité de l'interprétation. Celle-ci permet aux interprètes, suivant l'auteur, de développer eux-mêmes des objectifs et des finalités générales qu'ils tirent d'une disposition du traité. De ce fait, « elle est plus manifestement progressiste que temporelle, cherchant clairement à améliorer le système en appliquant des lois et des valeurs non *ultérieures*, mais *meilleures* »[4342]. En bref, comme le professeur Wyatt le met en évidence, les deux formes sont fonctionnellement distinctes, car « tandis que la notion étroite implique un acte qui attribue une signification à un terme spécifique du traité, la notion large implique un acte qui cherche à améliorer le régime du traité ou à résoudre le cas de manière appropriée, indépendamment de ce que dit le traité »[4343].

La doctrine est divisée quant à la dimension temporelle. Aucun consensus n'existe sur la place accordée à l'interprétation évolutive des traités ni sur ses justifications et ses limites. Bien qu'il ait été soutenu que le processus d'interprétation de la Convention de Vienne est ouvert aux évolutions temporelles[4344], il a également été mis en avant que la Convention n'a pas de solution explicite, restant neutre sur cette question[4345]. En outre, l'interprétation évolutive était parfois justifiée par l'intention des parties et la bonne foi[4346], par l'objet et

---

[4338] Cour interaméricaine des droits de l'homme, Affaire des « enfants des rues » (Villagran-Morales et al.) c. Guatemala, Arrêt du 19 novembre 1999. Dans cette affaire, la Cour a statué que « l'interprétation d'un instrument international de protection doit "accompagner l'évolution des temps et des conditions de vie actuelles", et que cette interprétation évolutive, conformément aux règles générales d'interprétation des traités, a contribué de manière décisive aux progrès du droit international des droits de l'homme » (para. 5) (traduction libre de l'anglais).

[4339] Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire de la communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, Arrêt du 31 août 2001. Selon cet arrêt « ces traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants dont l'interprétation doit s'adapter à l'évolution de l'époque et, en particulier, aux conditions de vie actuelles » (para. 146) (traduction libre de l'anglais).

[4340] J. Wyatt, *op. cit.,* p. 87 et s.

[4341] Pour une analyse de la doctrine en ce sens, v. *Ibid*, p. 88 et s.

[4342] *Ibid*, p. 87 (traduction libre de l'anglais).

[4343] *Ibid*, p. 88 (traduction libre de l'anglais).

[4344] V., en particulier, I. Mctaggart Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 2e éd., 1984.

[4345] V., en particulier, J. Wyatt, *op. cit.*, p. 143 et C. Djeffal, *op. cit.*, p. 29 et s.

[4346] V., en particulier, E. Bjorge, *op. cit.*

par le but des traités, ou encore, par le principe d'effectivité[4347]. Quant aux caractéristiques des situations susceptibles de donner lieu à une interprétation évolutive, certains auteurs[4348] ont cherché à la circonscrire à certains types de termes (comme les termes génériques[4349], qui ont entendu poser une règle[4350], ou des concepts juridiques[4351]), à certains types spéciaux de traités (comme ceux de droit de l'homme ou de droit de l'environnement) ou encore à certains types spécifiques de changements (comme ceux produits par un changement sémantique pertinent qui causent une ambiguïté et non uniquement de l'imprécision, entendue dans un sens strict[4352]). Une partie de la doctrine a également mis en évidence le lien existant entre l'interprétation évolutive et les caractéristiques structurelles des traités — notamment leur nature, leur classification ou leur champ d'application[4353] — bien que cette analyse ait fait l'objet de critiques[4354].

En observant ces caractéristiques, le professeur Julian Wyatt propose une solution intéressante. Établissant une analogie avec la recherche de la loi tacitement choisie par les parties en droit international privé, il répartit les caractéristiques des traités entre trois catégories différentes, qui peuvent indiquer si un traité doit être interprété de manière dynamique ou statique. Tout d'abord, il considère que le contexte textuel et les définitions du terme à interpréter, fournies par le traité lui-même, constituent une catégorie à part. Ces éléments sont considérés comme les meilleurs et les principales indications de l'aspect temporel.

En dehors de ces éléments, il distingue deux autres catégories. La première est composée de « présomptions », qui sont des indicateurs plus forts et indépendants qu'on doit utiliser en priorité pour définir l'interprétation temporelle d'un terme. La seconde est formée par de simples « indices ». Ces derniers, pris ensemble, peuvent impliquer une intention de sens fixe ou mobile[4355]. Selon l'auteur, les termes qui étaient des concepts juridiques connus dans un régime extérieur à l'époque de la conclusion du traité font partie de la première catégorie, celle des présomptions, et, par conséquent, indiquent nécessairement

---

[4347] V. l'analyse de la doctrine fait par C. Djeffal, *op. cit.*, p. 32.

[4348] Pour une analyse des doctrines sur la place de l'interprétation évolutive, v. *Ibid*, p. 29 et s. ; v. aussi, E. Bjorge, *op. cit.*, p. 23 et s. ; et J. Wyatt, *op. cit.*, p. 220-250.

[4349] Cette position a été également adoptée par la CIJ dans le d*ifférend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), Jugement rendu le 13 juillet 2009 ; et aussi, CIJ, *Plateau continental de la mer Égée* (Grèce c. Turquie), Jugement rendu le 19 décembre 1978.

[4350] En référence aux traités-lois, par rapport aux traités qui ont entendu constituer une situation (en référence aux traités-contrats). V. S. Cassella, « Rééquilibrer les effets inéquitables d'une délimitation territoriale : l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 13 juillet 2009 dans l'affaire Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua) », *Annuaire français de droit international* 253, 2009, cité par J. Wyatt, *op. cit.*, p. 246-248.

[4351] V. J. Wyatt, *op. cit.*, p. 183 et s.

[4352] *Ibid*, p. 229.

[4353] V., en particulier, A.D. Mcnair, *The Functions and Differing Legal Character of Treaties*, 1930, cité par E. Bjorge, *op. cit.*, p. 23 et s.

[4354] Contraire à cette division, v. E. Bjorge, *op. cit.,* p. 23 et s.

[4355] J. Wyatt, *op. cit.,* p. 268 (traduction libre de l'anglais).

une interprétation évolutive. Au contraire, la conscience que le terme sur lequel elles se sont entendues pourrait subir un changement sémantique après la signature du traité, de même que l'utilisation d'un terme dans une clause du traité établissant une règle juridique, est considérée comme un simple indice d'une interprétation évolutive. Par opposition, ceux qui créent des situations juridiques sont des indices d'une interprétation statique[4356]. Enfin, si aucune présomption n'existe ou que la balance des indices n'est toujours pas concluante, l'auteur suggère de prendre en considération le nombre des parties à un traité. Ainsi, des traités multilatéraux devraient recevoir, selon lui, une interprétation évolutive[4357].

730. Application dans le domaine du droit international privé. Comme nous l'avons vu, la doctrine de l'instrument vivant ou de l'interprétation évolutive a pris son essor en matière de droits de l'homme. Les cours internationales dans ce domaine ont progressivement développé le traité qu'elles étaient chargées d'interpréter et d'appliquer[4358]. Cependant, cette approche peut-elle être appliquée à d'autres types de traités, en particulier ceux relevant du droit international privé ? Cette question revêt un intérêt particulier au regard de l'évolution jurisprudentielle et doctrinale de l'autonomie de la volonté, principe que certains auteurs n'hésitent plus à qualifier de véritable droit fondamental[4359].

Selon le professeur Julian Wyatt, l'aspect téléologique et progressiste de la doctrine de l'interprétation évolutive pourrait être utilisé beaucoup plus largement, même en dehors du champ du droit de l'homme[4360]. Toutefois, la doctrine internationaliste-privatiste a accordé peu d'attention à cette question. Pendant son cours à l'Académie de droit international de La Haye, le professeur Beaumont a abordé la question de l'utilisation du droit international public pour l'élaboration des traités de droit international privé. Il a plaidé pour une interprétation prudente de l'interprétation évolutive dans ce domaine et uniquement dans les cas où les rédacteurs du traité l'ont expressément autorisée dans le texte du traité[4361]. Selon lui, il est à espérer que les tribunaux nationaux et internationaux ne donneront une interprétation évolutive à un traité que « lorsque le but exprès du traité ou les preuves claires des travaux préparatoires justifient une telle interprétation »[4362]. En examinant des Conventions de La Haye, telles que la Convention sur les accords d'élection de for, le professeur Beaumont soutient qu'il n'y a aucune raison de privilégier une

[4356] *Ibid*, p. 262-269.

[4357] *Ibidem.*

[4358] V. *Ibid*, p. 79.

[4359] V., em particulier, E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.*, p. 147-148. À ce propos, v. *supra* n° 522.

[4360] Pour une analyse de la jurisprudence appliquant la doctrine de l'interprétation évolutive en dehors des droits de l'homme et notamment en droit général international, et principalement dans l'affaire *Iron Rhine* de la Cour permanente d'arbitrage, v. J. Wyatt, *op. cit.*, p. 80-87.

[4361] V. de manière similaire, mais plus généralement en droit des traités, la doctrine du professeur E. Bjorge, *op. cit.*

[4362] P.R. Beaumont, « Reflections on the Relevance of Public International Law to Private International Law Treaty, Making Opening Lecture », *op. cit.*, p. 32 (traduction libre de l'anglais).

interprétation évolutive de ces instruments. Il met en évidence que l'objectif global de la Conférence de La Haye, qui est l'unification progressive du droit international privé, devrait guider le choix de la signification des termes des conventions qui peuvent avoir plusieurs sens. Cependant, cela, selon lui, « ne justifie pas l'ignorance ou l'ajout de mots dans un traité pour atteindre une unification plus poussée du droit international privé que celle que les rédacteurs du traité ont réussi à réaliser »[4363].

731. Interprétation évolutive dans le contexte latino-américain. Malgré l'opinion du professeur Paul Reid Beaumont à propos des conventions de La Haye, nous croyons que l'interprétation évolutive, et notamment l'approche du professeur Wyatt, peut s'appliquer aux traités latino-américains objet de la présente étude. Une interprétation évolutive de ces traités latino-américains anciens et souvent obsolètes pourrait les adapter à la réalité actuelle et aux attentes sociales. Cependant, cette méthode exigerait une approche prudente respectant les intentions originales des parties contractantes. Elle ne permettrait pas non plus d'ignorer ou d'ajouter des mots au traité.

Dans le cas du Code Bustamante, nous sommes d'avis qu'une interprétation étroitement évolutive pourrait être pertinente. Comme déjà affirmé, le Code accepte l'autonomie de la volonté, tout en lui donnant un rôle secondaire et un sens divers de celui adopté par les instruments les plus modernes[4364]. De ce fait, une interprétation évolutive permettrait d'adapter la notion d'autonomie de la volonté au contexte actuel, en autorisant une liberté de choix de la loi applicable prise dans son ensemble et limitée uniquement par les normes d'ordre public internationales et les lois de police. Même si le Code ne l'a pas prévu, nous sommes d'avis qu'une telle interprétation évolutive du Code Bustamante ne serait pas une interprétation *contra legem* et resterait toujours compatible avec le but et l'objectif de ce traité, en respectant ainsi, les principes interprétatifs complémentaires établis par la Convention de Vienne de 1969. En outre, selon la solution proposée par le professeur Julian Wyatt, l'autonomie de la volonté, en tant que concept juridique connu dans un régime extérieur à l'époque de la conclusion du traité, constituerait une présomption de l'intention de sens mobile. Elle pourrait aussi constituer une règle juridique, selon l'auteur, qui est encore un indice à considérer pour l'adoption de cette interprétation.

En outre, en analogie à la jurisprudence de la CIJ et des cours de droit de l'homme, nous pouvons justifier une telle interprétation évolutive de l'autonomie de la volonté. En effet, le Code Bustamante peut s'entendre comme un instrument vivant, qui, pour être effectif, doit nécessairement s'adapter à la nouvelle conception contemporaine de ce principe. Or, dans le cas particulier du Code Bustamante, il semble opportun d'adapter son interprétation, afin qu'il demeure efficace et pertinent. Il faut ainsi pouvoir rendre compte des évolutions survenues depuis sa rédaction originale, en 1928, en proposant une compréhension progressive et adéquate de la notion d'autonomie de la volonté. Cette

[4363] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[4364] L'autonomie de la volonté dans le système de Bustamante était vue comme un principe général de résolution des conflits de « lois volontaires ». V. *supra* n° 129.

interprétation s'appuie également sur l'évolution de la société de droit ainsi que sur les développements jurisprudentiels et doctrinaux latino-américains concernant la compréhension même de ce principe. Par conséquent, les principes généraux, tels que ceux énoncés dans le Guide de l'OEA ou dans les Principes de La Haye, pourraient servir de base pour cette interprétation révisée de l'autonomie de la volonté et son régime.

En revanche, une telle interprétation des Traités de Montevideo semble plus audacieuse, car elle serait en totale contradiction avec l'intention initiale des rédacteurs, qui étaient fermement opposés à l'autonomie de la volonté et qui n'ont pas inclus de manière explicite cette notion dans les traités[4365]. Cependant, si l'on suit l'approche progressive adoptée par les cours de droit de l'homme, nous pourrions accepter une telle liberté en nous inspirant du contexte actuel et extérieur au traité de l'acceptation globale de l'autonomie de la volonté. Toutefois, nous partageons l'opinion du professeur Wyatt selon laquelle une telle interprétation pourrait évoluer vers une véritable « doctrine de la pratique judiciaire progressiste »[4366]. Et, à la différence des droits de l'homme qui nécessitent une protection accrue, il serait difficile de soutenir sous des bases légales une telle interprétation aussi libérale en droit privé, vu la claire contradiction avec le texte même des instruments. De ce fait, une interprétation évolutive large resterait difficile à admettre dans le cas des Traités de Montevideo, car elle contredirait le propre texte et le contexte de ces instruments, et en dernier essor, équivaudrait à une véritable création du droit par les juges et s'éloignerait complètement du texte des traités concernés.

C. Accord ultérieur et pratique ultérieure

732. Un autre moyen de dépasser la question de l'ancienneté des traités consiste à soutenir que la pratique ultérieure des États parties dans l'application du traité peut constituer la preuve d'un accord tacite sur une interprétation spécifique du texte[4367].

Selon les professeurs Andrea Bianchi et Fuad Zarbiyev, des instruments de droit souple, qu'ils soient élaborés par des acteurs étatiques ou non étatiques, peuvent être pertinents dans l'interprétation d'un traité. Ils peuvent également servir de moyens auxiliaires d'interprétation ou encore contribuer à l'émergence d'une nouvelle interprétation de certaines dispositions du traité. Ces auteurs affirment que « la pratique ultérieure, entendue de manière large et bien au-delà des limites étroites de l'article 31.3, b, de la Convention de Vienne, a l'avantage indéniable de combiner flexibilité et légitimité sociale si l'on peut démontrer qu'elle reflète le consensus social contemporain sur l'interprétation de la loi »[4368]. Il serait, en effet, « extrêmement difficile de réfuter une interprétation fondée sur

[4365] V. *supra* n° 98 et s.

[4366] J. Wyatt, *op. cit,* p. 76 (traduction libre de l'anglais).

[4367] A. Bianchi, F. Zarbiyev, *op. cit.*, p. 228.

[4368] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

une pratique ultérieure si les agents sociaux, les États et d'autres acteurs approuvent ou acquiescent à une revendication interprétative donnée »[4369].

En matière de droit de l'homme, la CEDH a jugé, dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, que, pour interpréter la Convention européenne de droit de l'homme, la Cour doit prendre en compte, entre autres, « la pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes »[4370]. Elle doit aussi considérer « le consensus émergeant d'instruments internationaux spécialisés et de la pratique des États contractants », à condition que cette évolution montre « qu'il existe des bases communes dans les sociétés modernes »[4371]. Dans un certain nombre d'arrêts, la Cour de Strasbourg a utilisé, pour interpréter la Convention, des instruments intrinsèquement non contraignants, en particulier des recommandations et résolutions d'autres organes[4372].

Les professeurs mentionnés citent aussi un exemple dans la matière voisine de droit humanitaire qui peut intéresser la présente étude[4373]. Ils mentionnent les Conventions de Genève de 1949 qui ont établi les règles du droit international humanitaire après la fin de la Seconde Guerre mondiale. Comme ils l'expliquent, ces Conventions sont devenues anciennes et ont nécessité une interprétation adaptée aux nouvelles circonstances ; certaines de ses dispositions sont soit insuffisamment claires, soit inadéquates pour être appliquées aux formes contemporaines de conflits. De ce fait, en 2009, le Comité international de la Croix-Rouge a produit une *orientation interprétative* sur la notion de participation directe aux hostilités, laquelle propose des recommandations avec des commentaires pour fournir une définition viable des notions pertinentes et des conséquences juridiques de certaines actions. Selon les auteurs, si cette orientation ne respecte pas les paramètres juridiques pertinents pour être utilisée à des fins interprétatives (n'étant ni un instrument juridiquement contraignant ni une réaffirmation ou codification du droit international humanitaire coutumier par les États ; n'exprimant pas l'accord des parties quant à l'interprétation des Conventions de Genève ; n'étant pas une pratique ultérieure au sens de l'article 31.3, b, de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; et n'étant pas la déclaration d'un organe d'experts créé par les traités pour l'interpréter), elle peut être vue comme une sorte de *pratique ultérieure au sens large*, s'appuyant sur l'expertise et l'autorité du Comité international de la Croix-Rouge dans le domaine du droit international humanitaire[4374].

Enfin, comme l'affirment les professeurs Andrea Bianchi et Fuad Zarbiyev :

[4369] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[4370] CEDH, *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008, para. 85 (traduction libre de l'anglais).

[4371] *Ibid*, para. 86 (traduction libre de l'anglais).

[4372] V., parmi d'autres références, *Öneryıldız c. Turquie* (GC), 30 novembre 2004, paras. 59, 71, 90 et 93.

[4373] A. Bianchi, F. Zarbiyev, *op. cit.*, p. 231.

[4374] *Ibidem.*

> « La pratique ultérieure peut être un dispositif d'auto-régulation sociojuridique permettant au droit de s'ajuster aux besoins sociétaux changeants au fil du temps. Sa nature flexible et son potentiel d'utilisation dans différents contextes et sous divers noms permettent d'atteindre un changement juridique sous couvert d'interprétation et de modification, les deux processus étant parfois indissociables. Il ne fait aucun doute qu'en plus de la pertinence de la pratique ultérieure pour les processus interprétatifs, "Le processus dynamique de modification par pratique ultérieure est valide, vital et bien vivant". »[4375]

Dans ce contexte, il est légitime de se demander si le récent Guide de l'OEA peut être considéré comme une pratique ultérieure au sens large. Cela permettrait d'adapter les traités latino-américains aux besoins changeants de la société juridique latino-américaine. Dans certains cas, il pourrait éclaircir certaines normes, en ajustant leur application aux contextes modernes, tout en respectant les valeurs et réalités du droit latino-américain contemporain.

Nous croyons qu'une telle utilisation est pertinente dans le contexte latino-américain et peut constituer un outil intéressant pour l'harmonisation du droit des contrats internationaux, qui est, en même temps, flexible et d'application aisée évitant le processus rigide et complexe du changement de la loi. Cependant, une telle interprétation devrait être réalisée avec prudence, notamment en ce qui concerne le principe de l'autonomie de la volonté. Or, à notre avis, l'interprétation textuelle et historique des Traités de Montevideo démontre le rejet du principe[4376]. De ce fait, interpréter ces traités à travers la pratique ultérieure peut être difficile à admettre, car cela serait considéré comme contraire à la volonté de parties exprimée dans le texte. Cependant, une telle interprétation n'est pas à condamner, vu l'absence de hiérarchie entre les moyens d'interprétation. En particulier, l'interprétation proposée se défend si l'on adopte une vision plus libérale, justifiée par exemple dans la pratique ultérieure des parties, le but du traité et le principe d'efficacité, ou encore sur une vision progressive de l'instrument vivant adopté par les cours de droit de l'homme.

Nous pouvons mentionner en ce sens le célèbre arrêt *Méndez Valles c. Pescio* de la Cour suprême argentine du 26 décembre 1995[4377], qui porte sur l'application de la loi applicable aux contrats dans le cadre du Traité de Montevideo de 1940. Dans cet arrêt, la Cour a interprété les rattachements objectifs du Traité de Montevideo de 1940 désignant la loi applicable « conformément aux principes généralement acceptés de droit international privé, fondés sur le critère du raisonnable [*criterio de razonabilidad*] »[4378], en faisant, d'ailleurs, une analogie avec la Convention de Rome de 1980.

[4375] *Ibid*, p. 232.

[4376] V. *supra* n° 98 et s.

[4377] Argentine, CSJN, *Méndez Valles c. Pescio*, 26 décembre 1995, précité n° 174.

[4378] Lorsque l'arrêt mentionne le « critère du raisonnable » (*criterio de razonabilidad*), il fait un renvoi à son paragraphe 15 : « Il existe une contradiction apparente à l'article 36 du Traité concernant la loi applicable à la forme

Pour le Code Bustamante et pour la Convention de Mexico, le mécanisme de la pratique ultérieure nous paraît encore plus approprié, dès lors que ces deux instruments sont favorables au principe de l'autonomie de la volonté[4379]. Cela a d'ailleurs été l'approche adoptée par la jurisprudence la plus récente des tribunaux nationaux en la région latino-américaine[4380]. Cette approche se justifie également par les origines de ces instruments, issus des travaux de l'OEA. Cela renforce la pertinence d'utiliser le Guide sur la loi applicable aux contrats internationaux, également élaboré par l'OEA.

Il est également important de noter que, dans certains domaines du droit international, on observe l'émergence d'une « autorité interprétative partagée »[4381], c'est-à-dire une répartition entre différents acteurs de l'autorité d'interpréter un traité. Ces acteurs peuvent être des organisations internationales, des groupes d'experts, ou encore des juges ou des arbitres. L'OEA, par exemple, pourrait être considérée comme une autorité interprétative des traités conclus entre États américains, et notamment du Code Bustamante et de la Convention de Mexico, qui ont été conclus sous ses auspices. Cependant, si une telle théorie peut grandement simplifier un paysage complexe de revendications d'autorité concurrentes, elle ne semble pas, en tout état de cause, avoir reçu beaucoup de soutien dans la pratique. En effet, les États restent réticents à partager leur autorité interprétative et n'hésitent pas à rejeter les prétentions à l'autorité d'interprètes alternatifs[4382].

D. L'autonomie de la volonté comme une règle de droit international coutumier ou un principe général du droit international ?

733. Afin de surmonter la rigidité et l'ancienneté des traités, on peut encore soutenir qu'une règle de droit international coutumier a émergé qui en a modifié leur contenu. Dans le contexte latino-américain, et notamment sur l'acceptation du principe de l'autonomie de la volonté, on pourrait envisager que ce principe soit devenu un droit fondamental ou une véritable règle de droit international coutumier, et qu'elle soit, de ce fait, capable de modifier le contenu des traités qui n'acceptent pas ce principe, principalement les Traités de Montevideo. En outre, il convient de déterminer si les principes énoncés par les sources latino-américaines informelles, notamment dans le Guide de l'OEA, tels que l'autonomie de la volonté, peuvent être qualifiés de « principes généraux du commerce international »

---

des actes juridiques. D'une part, il renvoie à la loi qui régit le fond de la question […] c'est-à-dire la loi du lieu où le contrat doit être exécuté (cf. art. 37 cité). Mais, ensuite, il fait référence à la loi du lieu de conclusion […] Il ne semble pas raisonnable que le rédacteur de la norme ait voulu diviser le droit applicable aux actes juridiques, établissant une loi pour la forme et une autre différente pour les autres aspects. Cf. Argentine, CSJN, Méndez Valles c. Pescio », 26 décembre 1995, précité n° 174 (traduction libre de l'espagnol).

[4379] V. *supra* n° 129 et n° 155.

[4380] V. *supra* n° 142.

[4381] Sur ce sujet, v. A. Bianchi, F. Zarbiyev, *op. cit.*, p. 248-251.

[4382] *Ibidem*.

et, partant, s'appliquer en présence de lacunes du droit contraignant applicable ou même prévaloir face à une solution divergente de celui-ci.

L'idée que l'autonomie de la volonté fût fondée sur le principe fondamental de la liberté individuelle était déjà présente chez les travaux de Bustamante[4383]. Le professeur allemand Erik Jayme, qui a beaucoup influencé la doctrine contemporaine latino-américaine, a également soutenu cette idée, en affirmant que :

> « Il faut constater, d'abord, que la liberté de choisir la loi applicable aux affaires de droit privé est dérivée du principe général de la liberté individuelle reconnue par plusieurs conventions et par diverses résolutions des Nations Unies, comme le précise la résolution de Bâle de l'Institut de droit international sur "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées". »[4384]

Cette idée de l'autonomie de la volonté comme un droit de l'homme soulève la question de sa suprématie par rapport à d'autres sources juridiques[4385]. La reconnaissance de l'autonomie de la volonté comme un droit fondamental pourrait signifier qu'elle prime d'autres principes et normes. Si nous poussons cette théorie encore plus loin, nous pouvons penser qu'en tant que principe du droit de l'homme, elle pourrait devenir une coutume ou un *jus cogens*, c'est-à-dire une norme impérative du droit international, acceptée et reconnue par l'ensemble de la communauté internationale des États à laquelle aucune dérogation n'est permise[4386].

Nous avons déjà traité de la notion de coutume dans l'analyse de l'articulation entre les diverses sources[4387]. Pour mémoire, nous avons noté que la coutume, comme source de droit international, se définit comme « une pratique générale acceptée comme étant le droit » (art. 38.1, alinéa b, du Statut de la CIJ). En outre, nous avons mentionné l'opinion de la doctrine brésilienne[4388] et de la jurisprudence argentine[4389], qui reconnaît l'autonomie de la volonté comme une coutume *interne* solidement établie.

[4383] A. Sánchez de Bustamante y Sirvén*, Manual de Derecho Internacional Privado*, La Habana, Carasa y Cia., 1939, p. 277.

[4384] E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.*, p. 54-55 (traduction libre de l'anglais).

[4385] Pour une analyse critique, v. aussi. J. Basedow, « The law of open societies: private ordering and public regulation in the conflict of laws », *op. cit.*, p. 200 et s.

[4386] V. la définition donnée par l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

[4387] V. *supra* n° 697.

[4388] V. de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 62 (traduction libre du portugais).

[4389] V. *supra* n° 277 et en particulier l'arrêt Argentina, CNCiv. y Com. Fed., sala III, Buenos aires, 27 octobre 2006, *Banco Europeo para América Latina c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.,* précité n° 277.

De plus, la conception de *jus cogens* a émergé à la fin des années soixante, sous la pression des pays socialistes en développement, pour imposer l'idée que certaines règles essentielles, formées par la coutume, devaient occuper une position hiérarchiquement supérieure aux règles des traités. Parmi ces règles, ces pays mettaient en avant celles concernant l'autodétermination des peuples, l'interdiction de l'agression, l'interdiction du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, et, en particulier, de l'agression raciale[4390]. Depuis, la doctrine a élargi ce concept pour inclure d'autres normes de droit international général, comme, les principes contenus dans la Charte des Nations Unies, tels que la liberté contractuelle et l'inviolabilité des traités (p. ex., le principe *pacta sunt servanda* et la bonne foi)[4391]. En bref, il a été souligné qu'« il existe une relation intrinsèque entre le *jus cogens* et les normes protégeant les droits de l'homme, considérées comme l'exemple le plus courant de ce type de norme impérative du droit international public »[4392]. Par conséquent, si nous considérons l'autonomie de la volonté comme un droit de l'homme lié à la liberté de choix, nous pouvons soutenir que ce principe est maintenant une norme de *jus cogens*.

La conséquence d'une qualification en tant que *jus cogens* serait que les traités contraires à ce principe deviendraient nuls et prendraient fin. Il aussi couramment affirmé que le traité tombe alors en désuétude, car il n'est plus respecté ou ne répond plus aux besoins actuels. C'est la solution de l'article 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général, qui dispose : « Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin »[4393]. Néanmoins, cela ne signifie pas que l'exercice de l'autonomie de la volonté ne peut être limité par d'autres principes fondamentaux, tels que ceux de l'ordre public, les lois de police ou la protection des parties faibles. Une interprétation contraire conduirait à l'absurde en considérant que toutes les conventions internationales limitant l'exercice de l'autonomie de la volonté, comme le Règlement Rome I, par exemple, seraient illégales sur ce point précis.

En outre, comme le signale la doctrine[4394], contrairement au cas de conflit entre un traité international et une norme antérieure de *jus cogens*, en cas de conflit entre un traité et une norme postérieure de ce type, la Convention de Vienne permet la séparabilité du traité. Cela peut être déduit de l'interprétation *a contrario* de l'article 44, alinéa 5, qui dispose : « Dans les cas visés aux articles 51, 52 et 53, aucune séparation des dispositions du traité

[4390] Cf. V. de Oliveira Mazzuoli, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, *op. cit.*, p. 307.

[4391] *Ibid*, p. 311.

[4392] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[4393] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[4394] V. *Ibid*, p. 316.

n'est permise »[4395]. Ainsi, en cas de conflit entre un traité international et une norme postérieure de *jus cogens*, seules les dispositions en conflit avec la norme impérative du droit international général seront annulées (et non l'ensemble du traité). Dans le contexte latino-américain, cela permettrait de ne pas déclarer nuls les Traités de Montevideo en leur totalité, qui sont hostiles à l'autonomie de la volonté. Il s'agirait plutôt de reconnaître l'acceptation de ce principe au sein du système de ces traités (en notant qu'aucune disposition ne l'interdit explicitement).

Nous trouvons excessive et difficile de justifier une qualification générale de l'autonomie de la volonté en tant que droit de l'homme et, par conséquent, de *jus cogens*. Comme l'a fait valoir le professeur Mario J.A. Oyarzábal, « fonder trop vaguement l'autonomie des parties sur un "droit humain" à la liberté personnelle préexistant à l'État est exagéré »[4396]. Cependant, cela serait justifié dans certains cas. Comme il l'explique : « choisir un tribunal ou une loi étroitement liés (de la nationalité de la personne, du lieu de résidence ou du lieu de naissance), par exemple pour demander la reconnaissance, l'enregistrement ou le changement du nom d'une personne afin qu'il corresponde à son identité propre pour des raisons de langue, d'ethnicité ou d'identité de genre auto-perçue, peut être revendiqué comme étant mandaté par les droits de l'homme à l'identité personnelle et à la vie privée si les circonstances appropriées sont présentes »[4397]. Un autre exemple peut être la revendication de l'autonomie de la volonté pour protéger les intérêts des parties faibles d'un contrat. En suivant cette approche, bien qu'elle puisse être légitime dans certains contextes spécifiques pour la protection des droits fondamentaux, il serait excessif, à notre avis, de fonder l'autonomie de la volonté en matière de contrats commerciaux sur un droit humain à la liberté personnelle[4398].

Par ailleurs, la jurisprudence de plusieurs pays latino-américains a reconnu l'autonomie de la volonté comme *principe général de droit international*, susceptible d'application même en l'absence de consécration législative expresse. Les tribunaux argentins ont ainsi fondé l'autonomie conflictuelle sur la coutume et les principes généraux dégagés de diverses conventions internationales, y compris lorsque celles-ci n'étaient pas applicables au litige. Cette démarche prétorienne apparaît dès 1969 dans l'affaire *Estudios Espíndola c. Bollati*[4399], puis se confirme en 2006 avec l'arrêt *Banco Europeo*[4400], où les juridictions ont

[4395] Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

[4396] M.J.A. Oyarzábal, « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *op. cit.*, p. 333 (traduction libre de l'anglais).

[4397] *Ibidem* (traduction libre de l'anglais).

[4398] Malgré cela, il nous paraît logique d'apercevoir l'autonomie de la volonté comme un *principe général du droit international*, influençant les juges dans l'interprétation des normes nationales et internationales, notamment en matière commerciale. Ce principe est, comme déjà affirmé, reconnu globalement, notamment par les Principes de La Haye et le Guide de l'OEA, des instruments de *soft law* codifiant des principes acceptés régionalement et mondialement.

[4399] Argentine, Juz. Nac. Paz, 46, *Estudios Espíndola c. Bollati, Cristóbal J.* , Buenos Aires, 7 octobre 1969, *op. cit.*

[4400] Argentine, CNCiv. y Com. Fed., sala III, *Banco Europeo para América Latina c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.*, Buenos aires, 27 octobre 2006, *op. cit.*

eu recours à ce principe pour combler les lacunes du droit international privé positif. De même, le Tribunal supérieur de justice brésilien a validé en 2016 le choix de loi effectué par les parties dans l'affaire *Mendes Júnior*[4401], en s'appuyant sur les usages du commerce international, de la *lex mercatoria* et de conventions internationales non ratifiées par le Brésil.

E. Le « dialogue » des sources

734. Le droit international privé contemporain se trouve confronté à une réalité incontournable : la multiplication des sources normatives applicables aux relations juridiques internationales. Cette pluralité, qui caractérise les systèmes juridiques modernes, engendre inévitablement des tensions et des contradictions potentielles entre les différentes normes en présence. Face à cette complexité croissante, la doctrine s'interroge sur la méthode la plus appropriée pour résoudre ces conflits de sources. Faut-il privilégier une approche hiérarchique traditionnelle, établissant une pyramide normative stricte, ou opter pour une méthode plus souple de coordination entre les sources ? C'est dans ce contexte que le professeur Erik Jayme formule une proposition méthodologique particulièrement pertinente pour le droit international privé postmoderne, en affirmant que : « L'existence de plusieurs sources, caractéristique des systèmes juridiques actuels, nécessite la recherche de solution des conflits qui peuvent naître entre elles. […] À mon avis, une méthode qui tend à coordonner les sources est préférable à une solution hiérarchique »[4402]. Cette théorie et ses développements dans la doctrine et la jurisprudence latino-américaines, particulièrement au Brésil, ont fait l'objet d'une analyse précédente concernant les conflits entre sources internationales et internes[4403].

De ce fait, lors de l'application des règles, les juges peuvent recourir à la théorie du « dialogue » des sources, afin de faire « dialoguer » non seulement les sources formelles du droit, mais également les principes généraux et d'autres sources non contraignantes du droit. Pour mémoire, cette théorie, soutenue par le professeur allemand Erik Jayme, a été largement accueillie dans certains pays latino-américains. Il s'agit ainsi de coordonner, c'est-à-dire de faire « dialoguer » les sources, plutôt que de les hiérarchiser. Grâce à cette approche, le juge examine au cas par cas quelle norme est applicable, sans nécessairement écarter d'autres sources, s'adaptant à la réalité du cas concret[4404]. Il s'agit de rechercher la « restauration de la cohérence » en atteignant des alternatives capables de viser une efficacité non seulement hiérarchique, mais fonctionnelle. Cela implique de dépasser

[4401] Brésil, STJ, REsp n° 1 280 218/MG, Terceira Turma, *Mendes Júnior*, 21 juin 2016, DJe du 12 août 2016, précité *supra* n° 339.

[4402] V. E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.,* p. 60-61.

[4403] V. *supra* n° 644.

[4404] V. E. Jayme, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *op. cit.,* p. 258. Ces deux approches ont déjà été examinées lors de l'étude de la résolution des conflits des sources. V. *supra* n° 644 et s.

l'intransigeance (application « d'une *ou* d'autre » norme) pour faire place au « dialogue » des diverses sources juridiques (application « d'une *et* d'autre norme)[4405].

Cette méthode est particulièrement intéressante dans le contexte des contrats conclus avec des parties faibles, comme les contrats de consommation, car elle permet d'appliquer la norme la plus favorable à ces parties vulnérables. En adoptant une telle approche, les juges peuvent choisir efficacement entre les différentes sédimentations de règles, garantissant ainsi une meilleure protection des droits individuels et un respect plus rigoureux des objectifs internationaux, tout en tenant compte des particularités spécifiques à chaque cas. Cette approche présente un intérêt particulier en Amérique latine, où ces contrats demeurent faiblement encadrés par les normes régionales et internes, la protection des parties faibles reposant essentiellement sur des dispositions d'ordre public.

Par ailleurs, en commentant la nouvelle loi uruguayenne de droit international privé, la professeure Fresnedo de Aguirre signale que les juges doivent préserver la justice matérielle dans les contrats internationaux en garantissant un équilibre raisonnable et la bonne foi, en utilisant tous les instruments juridiques disponibles (*hard law*, *soft law*, droits de l'homme), particulièrement face aux contrats d'adhésion où existe un abus de position dominante. L'auteure note également que la Convention américaine des Droits de l'homme interdit la discrimination basée sur la « position économique », critère pertinent lorsqu'il existe une différence de pouvoir entre les parties contractantes, même si toutes deux sont commerçantes[4406]. En d'autres termes, ces sources doivent s'appliquer de manière complémentaire et coordonnée afin de garantir la justice matérielle et de protéger la partie lésée par un contrat d'adhésion, plutôt que de s'exclure mutuellement, s'assimilant, ainsi, à la théorie du professeur Jayme de la coordination des sources[4407].

Il est encore possible de combiner cette méthode du « dialogue » avec l'idée d'un alignement par la finalité, visant à résoudre les conflits entre différents normes ou traités en se concentrant sur leurs objectifs fondamentaux. Par exemple, lorsque le juge analyse la validité d'un contrat, et qu'il existe un potentiel conflit de normes, le juge pourra, en suivant cette approche, privilégier l'application de la norme la plus favorable à la validité des contrats. L'idée centrale est que l'objectif sous-jacent des instruments est de favoriser la validité des contrats. Ainsi, en pratique, la norme qui facilite le plus cette validité devrait prévaloir. Cela permet non seulement d'éviter des conflits juridiques, mais aussi d'assurer une plus grande efficacité et une plus grande cohérence dans l'application des règles au niveau international.

[4405] V. de Oliveira Mazzuoli, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo, SP, Editora Saraiva, 2010, p. 148.

[4406] C. Fresnedo de Aguirre, « La autonomía de la voluntad en la Contratación internacional y los principios Fundamentales en juego: Las novedades de la ley 19 920 », *op. cit.*, p. 226-228.

[4407] V. *supra* n° 644 et s.

D'ailleurs, comme le professeur Ruben Santos Belandro l'avait déjà remarqué, la hiérarchie des sources peut ne pas être la meilleure solution en présence d'une pluralité d'ordres juridiques de nature différente. Selon cet auteur, l'actuel scénario international est loin du modèle hiérarchique clair de contrôle social qui prévalait au XXI[e] siècle lors de l'approbation des premiers Traités de Montevideo. Au contraire, le paysage juridique contemporain est composé de différentes sources émanant de différentes organisations, parfois même non structurées. Selon lui, « il s'agit de concevoir des lignes directrices pour établir un « dialogue » continu entre les méthodes, les sources et les normes de différentes hiérarchies, dans le but de viser non seulement la coexistence, mais surtout une collaboration satisfaisant les objectifs spécifiques de notre discipline »[4408].

Le droit international privé contemporain devrait ainsi évoluer pour répondre aux défis actuels, car la simple mathématique froide des règles indirectes et neutres du système classique de résolution des conflits de lois n'est plus suffisante. L'élément humain devient central, soulignant la nécessité de prendre en compte les besoins et vulnérabilités des individus dans les litiges transnationaux, spécialement dans le cas des contrats conclus avec des parties vulnérables, comme les consommateurs ou travailleurs. Les approches classiques, souvent perçues comme rigides et déconnectées des contextes humains, ne garantissent plus une justice équitable. Il est donc essentiel de développer des « dialogues » entre les différentes sources de droit, qu'elles soient nationales ou internationales, pour parvenir à des solutions harmonisées et adaptées aux réalités modernes. Cela implique une réévaluation des méthodes traditionnelles par les juges et l'adoption de perspectives plus flexibles et inclusives, afin d'assurer la justice dans chaque cas concret.

§2 — Renforcement de la coopération judiciaire

735. Coopération horizontale au travail de l'harmonisation ? La coopération internationale entre autorités juridictionnelles constitue, selon l'expression du professeur Louis d'Avout, « dans la vie pratique des institutions, ce que la coordination est dans le monde des normes »[4409]. Cette dimension horizontale de l'harmonisation du droit international privé, comprise dans son acception large[4410], transcende les mécanismes traditionnels de coordination pour s'inscrire dans une dynamique relationnelle fondée sur le dialogue et l'enrichissement mutuel. Au-delà des mécanismes formels de coopération,

[4408] R.B. Santos Belandro, « Pasado y presente de la codificación del derecho internacional privado en américa latina », *op. cit.*, p. 222 (traduction libre de l'espagnol).

[4409] L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 169.

[4410] Selon les termes de la professeure Carmen Tiburcio : « En termes simples, coopérer signifie travailler de concert en vue d'un objectif déterminé. Coopérer sur la scène *internationale* implique que cet effort commun se déroule entre des acteurs situés dans différents États ou que ses effets se fassent sentir au-delà des frontières nationales. Cela peut avoir lieu entre des États souverains, entre un État et une organisation internationale ou un tribunal international, entre un État et une partie privée, ou encore entre des parties privées ». Cf. C. Tiburcio, « The Current Pratice of International Co-operation in Civil Matters », *RCADI*, 2018, vol. 393, p. 46 (traduction libre de l'anglais).

comme l'entraide judiciaire et d'autres instruments analogues[4411], cette coopération *lato sensu* peut englober un dialogue, direct ou indirect, entre les juges et leurs homologues étrangers autour de principes juridiques communs, afin de rechercher une plus grande convergence et cohérence interprétatives. Cette dynamique collaborative, bien que nous ne l'envisagions pas ici au sens strict d'« *un droit d'actes juridiques* (formels) ou de *mesures concrètes* »[4412], peut néanmoins contribuer à une interprétation harmonieuse et cohérente des normes et des solutions[4413].

Dans le cas spécifique de l'Amérique latine et de la réglementation des contrats internationaux, où aucune autorité supra-étatique ou verticale n'existe pour assurer l'interprétation cohérente des conventions, la spontanéité et les échanges horizontaux peuvent s'avérer utiles dans la recherche de cette harmonisation. Les juges pourraient ainsi, lors de l'application d'instruments conventionnels, s'affranchir d'une approche strictement ancrée dans leur ordre juridique national et les conceptions qui leur sont propres pour s'ouvrir à une démarche comparative et dialogique vers la cohérence. Cette posture intellectuelle les conduirait à rechercher activement la convergence des interprétations jurisprudentielles, dans le but d'éviter que des divergences d'appréciation ne compromettent la prévisibilité du droit applicable aux relations contractuelles internationales et des solutions divergentes.

En outre, une telle initiative ne semble pas exclue dans le cadre de l'application du droit international privé de source interne. En effet, comme nous l'avons constaté, la recherche de solutions cohérentes en Amérique latine s'est, à l'heure actuelle, principalement orientée vers l'harmonisation des sources internes du droit international privé par la voie de réformes législatives nationales. Sans remettre en cause la souveraineté étatique, une

---

[4411] Différents études ont porté sur la coopération formel entre juridictions, en particulier : L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 169 et s. ; K. Methiyeva, *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, 2020 ; C. Tiburcio, « The Current Pratice of International Co-operation in Civil Matters », *RCADI*, 2018, vol. 393 ; M.B. Noodt Taquela, « Applying the Most Favourable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Co-Operation », *RCADI*, 2016, vol. 377 ; A. V.M. Struycken, « Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement », General Course on Private International Law, *RCADI*, 2004, vol. 311 ; P. Schlosser, « Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation », *RCADI*, 2000, vol. 284 ; et O. Capatina, « L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale », *RCADI*, 1983, vol. 179.

[4412] Selon la définition de la coopération internationale au sens strict donnée par le professeur Louis d'Avout. Cf. L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 170.

[4413] Le professeur Antoon Struycken note que le manque d'« harmonise décisionnelle » due à l'existence des règles de conflit de lois différentes « pourrait être corrigée par un accord, à négocier entre les États, sur la règle de conflit de lois applicable ». Comme il l'explique, l'objectif premier serait de trouver la loi appropriée au contrat (« *proper law* »), l'harmonie de décisions, le découragement du *forum shopping* et la facilitation de la reconnaissance d'un jugement sont, pour lui, seraient ainsi des effets secondaires de la détermination de la loi applicable du contrat. Selon lui : « Il peut sembler évident de considérer que l'objectif premier, dans l'élaboration des règles de conflit de lois, est de parvenir à une "harmonie décisionnelle". Toutefois, lorsqu'on y regarde de plus près, il apparaît clairement qu'il ne peut en être ainsi. Un choix artificiel d'un facteur de rattachement, accepté par de nombreux États, suffirait à produire une harmonie décisionnelle, mais une harmonie obtenue de cette manière ne peut constituer l'objectif principal et primordial. Dès lors que la détermination de la loi applicable sur laquelle s'entendre ne saurait être arbitraire, l'harmonie décisionnelle n'en est qu'un effet secondaire. L'harmonie des décisions, quel que soit l'État où elles sont rendues, n'est pas, en l'espèce, le but premier ; elle est l'heureux effet collatéral de l'application de la loi appropriée au contrat (*proprer law*) ». Cf. A. V.M. Struycken, « Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement », *op. cit.*, n° 208 (traduction libre de l'anglais).

démarche d'application convergente et d'ouverture réciproque entre les systèmes juridiques apparaît nécessaire dans ce contexte spécifique afin d'assurer une plus grande cohérence des solutions relatives à la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux.

Certes, ce mouvement spontané vers la convergence ne constitue pas une solution susceptible de garantir, à lui seul, l'harmonisation des solutions juridiques. La coopération horizontale, tant formelle qu'informelle, révèle des limites intrinsèques : si elle est actuellement « indépassable » et « demeure le principe méthodologique d'un droit international forgé par des États souverains »[4414], elle ne suffit pas à garantir l'effectivité et la cohérence nécessaires à l'application des conventions internationales, faute de mécanismes contraignants de coordination et de verticalisation institutionnelle. Toutefois, ce constat n'en diminue nullement son importance. Une collaboration renforcée entre les juges, accompagnée de l'établissement de canaux de communication dédiés, pourrait en effet contribuer de manière significative à une application et à une interprétation uniformes — ou, à tout le moins, convergentes — des normes dans l'espace latino-américain. Une telle démarche favoriserait ainsi l'émergence d'une *synergie par l'interprétation*. En favorisant un dialogue constant et structuré, les juges peuvent partager leurs expériences, échanger des points de vue et développer une compréhension commune des principes sous-jacents aux instruments juridiques internationaux, améliorant ainsi la convergence dans l'application des normes et la prévisible des solutions.

Dans cette perspective, la création d'une base de données centralisée, et accessible aux magistrats ainsi qu'aux parties intéressées, pourrait s'avérer particulièrement utile. Des modèles probants existent déjà dans le monde. Tel est le cas notamment du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, un exemple réussi de système de collecte et de diffusion d'informations mieux connu sous le nom de « système CLOUT »[4415]. Ce dispositif favorise la cohérence des décisions judiciaires et des sentences arbitrales en droit commercial international en publiant, dans les six langues officielles de l'ONU, des résumés de jurisprudence, relatifs à l'application des instruments de la CNUDCI, parmi lesquels figure la CVIM. Ces sommaires, accessibles gratuitement via une base de données en ligne, sont élaborés par un réseau international de correspondants nationaux, de partenaires institutionnels et de contributeurs volontaires. L'UNILEX, base de données de jurisprudence et de bibliographie internationales est un autre exemple significatif[4416]. Cette base de données spécialisée offre également des résumés détaillés des principales décisions rendues dans le monde sur la CVIM et les Principes d'Unidroit, ainsi que, lorsqu'ils sont disponibles, les textes intégraux de ces décisions, et une bibliographie exhaustive à leur sujet. Elle permet aussi de rechercher les décisions et arrêts par pays, numéro d'article et questions spécifiques, ainsi que par type de contrat, nationalité des

[4414] Pour reprendre les termes du professeur L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 222.

[4415] CNUDCI, Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, *CLOUT*, en ligne https://www.uncitral.org/clout/?lf=899&lng=fr (accès le 1er février 2026).

[4416] UNILEX on UNIDROIT Principles & CISG, en ligne https://www.unilex.info/ (accès le 1er février 2026).

parties, droit interne ou droit international concerné. On peut enfin mentionner un projet plus récent, le *Choice of Law Dataverse* (CoLD)[4417], une base de données collaborative en ligne spécialisée sur la détermination de la loi applicable aux transactions et litiges internationaux. Cette plateforme centralise et diffuse des informations relatives aux règles de conflit de lois dans le monde, afin de faciliter la recherche et d'actualiser les connaissances des praticiens et des chercheurs.

S'inspirant des modèles déjà existants, un tel outil latino-américain pourrait réunir de manière systématique les législations nationales pertinentes, la jurisprudence en matière de contrats internationaux — qu'elle applique des sources internes ou conventionnelles — ainsi que les analyses doctrinales relatives à l'application des conventions internationales dans les différents ordres juridiques. Cette plateforme permettrait non seulement aux magistrats, mais également aux praticiens du droit de consulter rapidement les solutions retenues par leurs homologues étrangers face à des questions similaires, facilitant ainsi l'identification des tendances interprétatives dominantes et des éventuelles divergences nécessitant un réexamen. L'architecture de cette base pourrait privilégier une indexation thématique, permettant des recherches croisées par convention, par problématique juridique ou par juridiction. L'intégration de fonctionnalités de traduction et d'annotations comparatives enrichirait considérablement l'utilité de l'outil, en rendant accessible aux juristes latino-américains la production jurisprudentielle et doctrinale élaborée dans d'autres aires linguistiques. Une telle infrastructure informationnelle constituerait un support indispensable au développement d'une culture juridique véritablement transnationale et latino-américaine, condition *sine qua non* de l'harmonisation progressive du droit international privé dans l'espace latino-américain et à la sécurité juridique.

À cette fin, l'OEA et son Comité juridique interaméricain pourraient jouer un rôle de premier plan dans la mise en œuvre d'une telle infrastructure informationnelle. Cette vocation s'inscrit pleinement dans le cadre normatif établi par la Charte de l'OEA, dont l'article 103 confère expressément au Comité juridique la mission d'établir « des relations de coopération avec les universités, instituts et autres centres d'éducation, de même qu'avec les commissions et organismes nationaux et internationaux consacrés à l'étude, la recherche, l'enseignement ou la diffusion des questions juridiques d'intérêt international »[4418]. Cette disposition revêt une portée particulièrement significative dans le contexte de l'harmonisation du droit applicable aux contrats internationaux, en ce qu'elle habilite le Comité à tisser des liens organiques avec l'ensemble des acteurs susceptibles de contribuer à l'alimentation et à l'enrichissement continu d'une base de données régionale. L'expertise accumulée par le Comité juridique interaméricain dans l'élaboration et le suivi des conventions interaméricaines de droit international privé, conjuguée à sa position institutionnelle au sein de l'architecture juridique interaméricaine, en fait un coordinateur

[4417] Choice of Law Dataverse (CoLD), en ligne https://www.cold.global/ (accès le 1er février 2026).

[4418] OEA, Charte de l'Organisation des États Américains, version reformée en vigueur conforme dernier Protocole d'amendements, « Protocole de Managua », adopté à Managua, Nicaragua, le 10 juin 1993, lors de la dix-neuvième Session Extraordinaire de l'Assemblée Générale.

idéal pour orchestrer la collecte systématique des informations émanant des différents ordres juridiques nationaux. La légitimité institutionnelle de l'OEA faciliterait en outre l'obtention de l'adhésion des États membres et garantirait la pérennité du projet au-delà des fluctuations politiques nationales.

Il convient toutefois de reconnaître l'importance des travaux déjà entrepris en vue de l'harmonisation de la loi applicable aux contrats internationaux dans le cadre de l'OEA, dont font partie le Guide de l'OEA et les travaux relatifs à sa mise en œuvre. Ces efforts peuvent collaborer à offrir une perspective uniforme sur des questions juridiques transnationales et fournir des directives pour les tribunaux nationaux, bien qu'elles ne revêtent pas de caractère contraignant, notamment en favorisant les échanges entre différents réseaux. Un rôle plus actif de l'OEA en ce sens pourrait renforcer la cohérence du droit international interaméricain et réduire les écarts dans l'application des diverses normes en vigueur. L'OEA constitue d'ores et déjà une plateforme privilégiée pour intensifier les échanges et la communication entre les magistrats des différents pays du continent américain, et pourrait encore consolider cette fonction à l'avenir.

*
* *

736. L'interprétation et l'application des traités par les juges jouent un rôle central dans l'harmonisation du droit des contrats en Amérique latine. D'une part, les principes généraux d'interprétation privilégient une interprétation textuelle et contextuelle, liée à la volonté des États parties. D'autre part, en accueillant des approches dynamiques, comme l'interprétation évolutive, la pratique ultérieure et le « dialogue » de sources, les juges peuvent naviguer entre différentes normes pour promouvoir un cadre juridique plus cohérent et intégré.

Toutefois, bien que ces approches puissent offrir une certaine souplesse aux juges pour appliquer les principes cristallisés dans les normes les plus récentes du droit mou, en particulier celles du Guide de l'OEA et des Principes de La Haye, elles peuvent exposer les parties à un risque d'insécurité juridique. Cette situation soulève des questionnements quant à l'équilibre entre la flexibilité nécessaire pour adapter le droit aux circonstances changeantes et la nécessité d'une certitude juridique pour assurer la prévisibilité et la justice dans le traitement des litiges internationaux.

Ces démarches soulèvent des défis, notamment celui de trouver le juste équilibre entre l'innovation et le respect des intentions initiales des parties signataires de l'accord. Les juges devraient ainsi éviter les pièges du « légalisme judiciaire » en maintenant la sécurité juridique et en utilisant les outils disponibles de manière réfléchie. De plus, il est crucial de mettre l'accent sur la coopération judiciaire et sur le « dialogue » continu entre les systèmes juridiques pour assurer une application cohérente et efficace des conventions internationales et du droit de source interne, ce qui renforcera la confiance des acteurs du

commerce international. À cet égard, l'OEA pourrait jouer un rôle déterminant au sein de l'espace interaméricain.

Conclusion du Chapitre

737. Ce chapitre a exploré les défis ainsi que les possibilités d'harmonisation du régime juridique applicable aux contrats internationaux en Amérique latine. Deux approches distinctes ont été examinées : celles accessibles aux États et celles accessibles aux juges. L'analyse a permis de mettre en lumière les avantages et les obstacles spécifiques de chacune des voies envisagées.

Pour les *États*, l'harmonisation offre l'opportunité de créer un cadre réglementaire clair, facilitant les échanges transfrontaliers et réduisant l'incertitude juridique. Une variété de mécanismes a été examinée, allant des réformes législatives internes à l'adoption de nouveaux traités, chacun présentant ses propres avantages et limitations. Nous avons montré que l'harmonisation des législations internes présente certes l'avantage d'une plus grande souplesse, mais elle comporte également des limites importantes. Outre qu'elle ne garantit pas un rapprochement effectif des droits nationaux, elle exige une coordination constante entre les États afin d'adopter et de maintenir des règles convergentes, mais aussi de prévenir les divergences interprétatives fondées sur des conceptions de droit interne, susceptibles de compromettre la cohérence de l'ensemble régional.

La méthode conventionnelle, quant à elle, suppose un consensus politique parfois difficile à obtenir. Elle offre néanmoins un cadre normatif plus structuré et une sécurité juridique renforcée sur le long terme. Nous avons analysé plusieurs options qui pourraient être intéressantes dans le contexte latino-américain, telles que la rédaction d'un nouveau traité, la révision des traités existants, l'adoption d'un protocole d'interprétation ou encore la résiliation des traités dans certains cas. Cependant, cette voie se heurte elle aussi à la difficulté d'uniformité : en l'absence d'une instance supranationale habilitée à en assurer l'interprétation uniforme, comme c'est le cas de l'Amérique latine, rien ne garantit que les dispositions conventionnelles ne soient appliquées de manière homogène par les juridictions nationales, ce qui risque d'affaiblir la portée pratique de l'instrument adopté.

Les *juges* étatiques, quant à eux, jouent un rôle crucial en interprétant et appliquant les lois et conventions, notamment en l'absence de tribunaux supranationaux, contribuant ainsi à la prévisibilité des résultats juridiques et à une idée de synergie par l'interprétation. Si une approche à la fois respectueuse de la lettre et du contexte doit être privilégiée lors de l'interprétation des traités, nous avons aussi examiné la possibilité d'adopter une interprétation évolutive, notamment en ce qui concerne l'adaptation du sens du principe de l'autonomie de la volonté lors de l'interprétation des instruments législatifs anciens qui sont toujours en vigueur en Amérique latine. De plus, nous avons examiné diverses options souples permettant aux magistrats d'accepter ce principe en Amérique latine, notamment lorsque le droit positif est lacunaire. Nous avons notamment envisagé de considérer cette interprétation comme un accord entre les États parties, une pratique subséquente, un droit

fondamental, une règle juridique internationale coutumière ou encore comme un principe général du droit international privé. Bien que ces méthodes offrent plus de flexibilité aux juges pour adapter le droit aux réalités économiques et culturelles changeantes, elles sont également susceptibles d'introduire une certaine insécurité juridique. Enfin, nous avons souligné que la coopération judiciaire et le « dialogue » entre les systèmes juridiques peuvent constituer des mécanismes essentiels pour réduire les divergences et renforcer l'intégration juridique, notamment à travers la création d'une plateforme d'échange et de publication de jurisprudences relatives à divers aspects de la loi applicable aux contrats internationaux.

Conclusions du Titre

738. La mise en œuvre des solutions proposées dans le cadre de l'harmonisation du droit international privé des contrats en Amérique latine se heurte à la complexité intrinsèque de l'architecture juridique régionale, due à la superposition de sources juridiques et la diversité des approches nationales.

Dans un *premier chapitre*, l'analyse a souligné le défi que posent les interactions entre les règles conflictuelles de source interne et conventionnelle et l'absence de hiérarchie claire entre les sources formelles et informelles du droit. Cette situation complexifie l'application du droit et suscite des préoccupations quant à la prévisibilité et la sécurité juridique, cruciales pour les acteurs économiques. Ainsi, la première partie de ce titre a essayé de répondre à ces questions et de résoudre les éventuels conflits entre les différentes sources applicables. En substance, il ressort de notre analyse qu'une tendance générale se dessine en Amérique latine vers la reconnaissance, du moins sur le plan théorique, de la primauté des traités internationaux sur le droit interne. Toutefois, cette orientation demeure nuancée par l'absence de clarté normative observée dans certains systèmes juridiques nationaux. Cette ambiguïté se traduit, dans la pratique jurisprudentielle, par une préférence de la part des tribunaux pour l'application du droit interne, souvent sans justification explicite ou approfondie, révélant ainsi un décalage entre les principes affirmés et leur mise en œuvre effective. En outre, si l'application *inter partes* des conventions est généralement admise, les interprétations varient sensiblement, sans qu'une véritable cohérence d'ensemble ne se dégage. Certaines conventions — au premier rang desquelles le Code Bustamante — sont d'ailleurs fréquemment appliquées comme des instruments à caractère universel. Par ailleurs, nous avons constaté que les normes écrites sont souvent préférées aux normes informelles, bien que la coutume et les principes généraux puissent être invoqués pour renforcer certains principes en cas de lacunes ou imprécisions législatives, notamment pour protéger les parties faibles.

Ainsi qu'un avocat brésilien nous l'a fait remarquer :

> « Nos juges ne savent pas comment fonctionne le Code Bustamante, et le Brésil est lié par un empilement de textes, que nos juges ne savent pas comment concilier. Ils suivent le texte, proprement brésilien ou conventionnel, qui leur semble le plus approprié en

> l'espèce (jamais le Code Bustamante), et ensuite seulement, s'il leur reste du temps, ils jettent un regard furtif sur le Code Bustamante. Si la solution de celui-ci (d'après ce qu'en comprennent nos juges) va dans le même sens que la conclusion à laquelle ils étaient arrivés, ils le signalent, davantage comme un *obiter dictum* que comme une règle qu'ils appliqueraient. Sinon, ils ne le citent pas ».

Cette observation, formulée par un praticien brésilien, qui peut également être étendue à d'autres pays d'Amérique latine, illustre de manière saisissante le fossé qui peut exister entre l'architecture normative théorique et la réalité judiciaire quotidienne en Amérique latine, corroborant ainsi notre hypothèse selon laquelle la multiplication des sources du droit international privé en Amérique latine, loin de renforcer la sécurité juridique, engendre parfois une application sélective et opportuniste des instruments conventionnels. Cela est l'exemple du Code Bustamante, qui pourtant formellement en vigueur, se trouve relégué au rang de simple caution *a posteriori* d'une décision déjà prise sur d'autres fondements — très souvent le droit international privé de source interne.

Dans ce contexte, et avec une meilleure compréhension de la source de droit pertinente, le *seconde chapitre* a exploré les diverses voies d'harmonisation possibles, centrées sur les perspectives des législateurs, juges, et parties contractantes. Pour les États et législateurs, l'enjeu est de créer un cadre harmonisé à travers des réformes législatives ou par l'adoption de nouveaux traités, bien que chaque approche présente ses défis respectifs en matière de consensus, de flexibilité et d'uniformité. D'autres voies ont été également explorées, comme l'adoption d'un protocole interprétatif et la nécessité, dans certains cas, de mettre fin aux traités existants. Nous avons ainsi défendu la combinaison de ces approches plutôt que l'adoption exclusive de l'une d'entre elles. Si l'adoption d'un nouvel instrument contraignant et universel demeure la solution la plus sûre en termes de sécurité juridique pour atteindre l'objectif d'harmonisation, le rapprochement des législations nationales conserve néanmoins toute son importance, notamment en l'absence d'organe supranational garantissant l'application uniforme des normes.

Les juges, quant à eux, doivent naviguer entre une interprétation rigide et une approche plus évolutive des traités, essentielles pour s'adapter aux réalités du commerce international tout en évitant l'insécurité juridique. À notre avis, face aux lacunes existantes et aux difficultés d'articulation des sources en vigueur en Amérique latine, les sources informelles du droit peuvent s'avérer un outil important pour interpréter et suppléer les lacunes du droit positif en vigueur. L'articulation entre les sources formelles et informelles apparaît dans ce scénario comme une condition essentielle pour la convergence du régime de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'ensemble de l'espace juridique latino-américain.

Conclusions de la Seconde Partie

> « […] dans le contexte d'une économie toujours plus ouverte, mondiale et compétitive, il constitue un impératif incontournable d'établir des normes organisant les relations relevant du trafic

> privé international à partir des courants régulateurs en vigueur dans le monde ; ces normes fourniront un niveau plus élevé de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, renforçant ainsi l'État de droit. »[4419]

739. Ainsi est rédigé le deuxième considérant de la Loi de droit international privé de la République dominicaine du 5 décembre 2014. La convergence des normes de droit international privé y est présentée, de manière unique, comme un « impératif incontournable », condition donc indispensable à l'établissement d'une confiance mutuelle entre les États et à la construction de la sécurité juridique nécessaire aux opérateurs économiques dans leurs relations transfrontalières.

Si l'on admet, que l'ancien idéal d'harmonisation du droit international privé latino-américain demeure encore inachevé, force est de constater que les États latino-américains partagent néanmoins certaines valeurs communes et poursuivent des objectifs similaires. L'élaboration du Guide de l'OEA témoigne précisément de cette volonté de convergence et d'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux. Certes, si l'existence d'une « solidarité latino-américaine » auparavant affirmée, voire d'une « identité latino-américaine », peut être discutée, il serait inexact de nier l'aspiration constante, manifestée depuis plusieurs décennies, à un rapprochement et à une harmonisation du droit international privé dans la région latino-américaine, particulièrement en matière de la loi applicable aux contrats internationaux.

À défaut d'une *concordance* ultime — entendue comme « l'accord ou la similitude que l'on constate entre deux ou plusieurs faits, phénomènes, notions »[4420] —, la présente étude a mis en évidence une tendance nette vers la *convergence*, malgré la persistance de certaines divergences. Il existe en effet une dynamique de rapprochement et une volonté des États latino-américains, en ce qui concerne le régime de la loi applicable aux contrats internationaux, de « se diriger vers un même point »[4421]. Cette évolution témoigne d'une recherche de cohérence juridique qui, selon les termes du professeur d'Avout, constitue « une construction sociale qui garantirait aux acteurs transnationaux, non pas l'uniformité des règles applicables », mais bien « l'état d'un système dans lequel les coordinations entre systèmes juridiques partiels seraient généralisées et dont les effets seraient garantis, au bénéfice de la prévisibilité et de la sécurité attendues par chaque sujet ou usager du droit »[4422].

Dans cette perspective, cette seconde partie a analysé les solutions offertes par le droit souple, notamment le Guide de l'OEA et les Principes de La Haye pour l'harmonisation du droit international privé des contrats en Amérique latine. L'étude a démontré que les

---

[4419] Cf. République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

[4420] Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd.

[4421] *Ibidem.*

[4422] L. d'Avout, « La cohérence mondiale du droit », *op. cit.*, n° 8.

Principes de La Haye et le Guide de l'OEA constituent des instruments précieux pour l'harmonisation du droit international privé des contrats en Amérique latine, offrant des solutions concrètes aux lacunes normatives actuelles. L'analyse des solutions proposées par ces instruments a révélé que la consolidation d'un cadre juridique cohérent dans la région nécessite la reconnaissance formelle de l'autonomie de la volonté, l'adoption de critères de rattachement objectifs tempérés par une clause d'exception afin d'appliquer la loi ayant les liens les plus étroits, la clarification du champ d'application de la loi du contrat, et l'établissement de règles précises concernant l'application de lois de police, la protection des parties vulnérables et le rôle du droit non étatique. Si certaines propositions du Guide de l'OEA, notamment l'application des liens les plus étroits en tant que principe directeur en l'absence de choix, soulèvent des interrogations quant à leur compatibilité avec les exigences de sécurité juridique et de prévisibilité, l'approche intermédiaire suggérée, combinant règles objectives et flexibilité contrôlée, apparaît comme la voie la plus prometteuse pour concilier harmonisation régionale et justice contractuelle dans la région latino-américaine.

Néanmoins, l'intégration effective de ces solutions dans l'architecture juridique existante soulève des difficultés considérables, notamment en raison de leur articulation avec les sources conventionnelles préexistantes dans la région et des modalités pratiques d'application dans des systèmes juridiques aux traditions diverses.

En effet, bien que l'on observe une tendance générale à reconnaître la primauté des instruments conventionnels sur le droit interne, force est de constater que l'attitude des juridictions latino-américaines demeure parfois équivoque à cet égard. L'analyse jurisprudentielle révèle que les tribunaux de la région éprouvent des difficultés manifestes à établir une coordination cohérente entre les différents instruments internationaux applicables, ainsi qu'à déterminer leurs rapports avec les dispositions de droit national. Par ailleurs, si la préférence accordée aux normes écrites constitue une constante dans la pratique juridictionnelle latino-américaine, cette orientation n'exclut nullement le recours aux sources non écrites du droit. Au contraire, les principes généraux du droit continuent d'exercer une fonction normative substantielle, particulièrement lorsqu'il s'agit de pallier les insuffisances ou les silences des textes positifs. Ces sources supplétives s'avèrent d'autant plus pertinentes dans un contexte régional caractérisé par l'hétérogénéité des systèmes juridiques nationaux et par l'absence d'un cadre unifié de règles de conflit de lois en matière contractuelle. Leur mobilisation par les juges témoigne ainsi de la nécessité pragmatique de compléter un arsenal normatif fragmentaire.

En face de ces difficultés, divers chemins ont été proposés pour surmonter la complexité résultant de la superposition des sources juridiques et des approches divergentes des États en matière de loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine. Nous avons identifié les différentes voies qui s'offrent aux *législateurs* pour parvenir à cette harmonisation, qu'il s'agisse de réformes au niveau régional ou interne, en examinant les avantages et les inconvénients propres à chacune de ces approches.

Cette analyse nous a conduits à conclure que l'harmonisation juridique en Amérique latine requiert une articulation cohérente entre les initiatives conventionnelles et les réformes internes, adaptée aux spécificités du régionalisme latino-américain. La voie idéale, à notre avis, serait l'élaboration d'une convention d'application universelle dans la région, englobant les solutions de droit international privé qui ont été élaborées lors de la présente étude, dotée de force obligatoire et accompagnée d'une instance supranationale garantissant son interprétation uniforme. Cette solution se justifie par un double impératif de sécurité juridique et de prévisibilité, qu'il s'agisse de litiges purement latino-américains ou de différends amenant à l'application d'une loi étrangère à la région, c'est-à-dire d'un pays en dehors de l'Amérique latine (européen, par exemple). Cette harmonisation pourrait s'effectuer par l'élaboration d'un nouveau traité ou par la modification des instruments existants, sous réserve d'éviter — comme nous l'avons souligné — d'ajouter une strate supplémentaire de complexité au système actuel déjà caractérisé par une superposition de sources. De ce fait, l'articulation des sources, et notamment d'un nouveau traité, devrait être soigneusement définie. Dans l'immédiat, à notre avis, l'adoption de protocoles interprétatifs pourrait s'avérer une voie intéressante pour résoudre les divergences d'interprétation des conventions en vigueur, notamment concernant le principe d'autonomie de la volonté et ses modalités d'application. À défaut d'instrument conventionnel, le rapprochement des législations nationales constitue une alternative permettant d'atteindre une convergence de solutions, même si cette voie présente des limites quant à l'uniformité de leur application. Ces deux approches ne s'opposent pas ; elles peuvent au contraire se compléter et se renforcer mutuellement.

Les instruments dont disposent les *juges* pour contribuer à cette harmonisation ont également fait l'objet d'une analyse approfondie, au cours de laquelle nous avons mis en évidence le rôle déterminant de l'interprétation judiciaire et de la coopération informelle entre juridictions dans ce processus de coordination vers l'harmonisation. Nous avons conclu à cet égard que, si les juges peuvent adopter une approche interprétative visant la cohérence, en recourant à des mécanismes tels que les principes généraux, l'interprétation évolutive ou le « dialogue » des sources, cette démarche devrait être menée avec prudence pour éviter toute création spontanée de normes juridiques dissimulée sous couvert d'interprétation. Par ailleurs, la coopération informelle entre magistrats pourrait contribuer à l'établissement d'un espace commun de partage d'expériences ou d'une base de données centralisée et accessible aux juges et aux parties intéressées. Une telle initiative permettrait de favoriser une meilleure compréhension des approches adoptées par leurs homologues, participant ainsi à l'émergence d'une culture juridique latino-américaine orientée vers la cohérence et l'interprétation harmonieuse des normes en vigueur, qu'elles soient conventionnelles — ce qui revêt une importance particulière — ou nationales, lorsque l'harmonisation est recherchée par le rapprochement des législations internes.

Si différents chemins ont été identifiés et exposés dans la présente étude, il convient de souligner qu'ils ne s'excluent pas mutuellement. La cohérence et l'harmonisation du droit international des contrats en Amérique latine gagneraient à s'appuyer sur une approche plurielle et collaborative articulant les diverses voies et mécanismes disponibles.

CONCLUSION GÉNÉRALE

740. Au moment d'entamer ce travail, nous nous étions fixés pour objectif de mener une réflexion renouvelée sur le régime de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine. Cette analyse qui s'est portée sur l'autonomie de la volonté, sur les règles de rattachement subsidiaires et sur les questions transversales aux deux hypothèses, nous a amenés à identifier des convergences et des divergences entre les différentes sources et les divers ordres juridiques existants. Cette réflexion a mis en lumière la nécessité d'assurer la cohérence du système conflictuel en matière de contrats internationaux et de moderniser des règles devenues, pour une large part, obsolètes. Elle a également révélé l'importance de formuler des propositions concrètes susceptibles de favoriser une harmonisation effective du régime applicable aux contrats internationaux dans l'espace latino-américain. Les résultats auxquels nous sommes parvenus sont de plusieurs ordres.

741. Confirmation de la non-harmonisation. S'agissant du régime actuel de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine, nous avons confirmé que l'ancien idéal d'harmonisation demeure largement inachevé. Le cadre juridique actuel régissant la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dans cette région est en effet marqué par un profond manque d'harmonie et de cohérence, accentué par des lacunes et ambiguïtés juridiques importantes, que les solutions jurisprudentielles n'ont pas réussi à combler. Cette incohérence s'est manifestée avec une intensité divergente selon les éléments examinés : elle demeure relativement faible en matière d'autonomie de la volonté (*première conclusion*), mais s'avère particulièrement marquée en ce qui concerne la détermination de la loi applicable à défaut de choix (*deuxième conclusion*) ainsi que sur les questions transversales communes aux deux situations (*troisième conclusion*).

Premièrement, nous avons constaté que cette incohérence juridique résulte, pour une part, de la difficulté à reconnaître expressément le principe de l'*autonomie de la volonté* dans ses manifestations contemporaines et, pour une autre part, à en circonscrire précisément les contours. S'agissant des sources conventionnelles, les résultats des efforts régionaux d'harmonisation ont, certes, débouché sur l'adoption de divers instruments. Pour autant, il en ressort que les solutions très diverses et contradictoires demeurent en vigueur. Parmi les instruments d'harmonisation en vigueur, la Convention de Mexico, adoptée en 1996, est la seule à reconnaître explicitement le principe de l'autonomie de la volonté dans une conception contemporaine et à en définir clairement les contours, bien que des doutes subsistent quant à son application pratique. Les Traités de Montevideo de 1889 et de 1940, quant à eux, établissent des règles objectives, sans mentionner explicitement ce principe. Enfin, le Code Bustamante, ne parait pas reconnaître l'autonomie de la volonté en tant que règle de conflit. Avec une rédaction confuse, fondée sur une vision néo-statutiste du droit international privé, il opère une auto-classification des lois, reconnaissant une autonomie restreinte aux lois facultatives ou d'ordre privé, telles qu'il les définit. Toutefois, malgré ces lacunes et ambiguïtés, l'analyse de la jurisprudence relative à l'interprétation et à

l'application de ces instruments révèle une tendance convergente. À l'exception notable de l'Uruguay dans son interprétation du Traité de Montevideo de 1889, les juridictions appliquant ces conventions admettent le choix de loi par les parties, et cela dans une perspective conflictualiste, c'est-à-dire le choix de loi étant reconnu comme une véritable règle de conflit.

Face à l'inefficacité des instruments conventionnels et à leur incapacité à répondre aux exigences du droit international privé contemporain, les États latino-américains ont entrepris, de manière unilatérale, mais souvent convergente, une modernisation substantielle de leurs législations nationales en matière de conflits de lois. Un nombre croissant de pays de la région a en effet adopté des approches plus modernes, acceptant expressément le principe d'autonomie, et ce, inspirées par la Convention de Mexico, le modèle européen et des sources de droit souple, comme les Principes de La Haye. Cela a confirmé en pratique un dépassement des sources conventionnelles par des sources étatiques, plus récentes et plus adaptées au commerce international globalisé. Pour ceux qui ne l'ont pas encore admis de forme expresse, le principe d'autonomie est généralement bien accueilli, tant par la doctrine que par la jurisprudence. De manière générale, cette étude nous a permis de conclure qu'il existe à ce jour une *convergence* vers l'acceptation du principe de l'autonomie de la volonté au niveau interne, dans une conception dualiste de droit international privé.

Toutefois, tant les sources conventionnelles qu'étatiques présentent d'importantes lacunes concernant le régime de l'autonomie de la volonté. L'absence généralisée de dispositions législatives et de jurisprudence en la matière ne permet pas de dégager des lignes de convergence ou de divergence significatives. Néanmoins, l'analyse des sources nationales révèle certaines tendances communes en Amérique latine : l'admission du choix tacite de la loi applicable, la possibilité d'effectuer ce choix postérieurement à la conclusion du contrat, l'absence d'exigence de liens entre la loi choisie et le rapport juridique, ainsi que l'acceptation du dépeçage. S'agissant des sources conventionnelles, ce constat ne saurait être transposé. Seule la Convention de Mexico aborde ces questions, en s'alignant sur la tendance précédemment décrite. Les Traités de Montevideo, quant à eux, ne consacrent pas expressément l'autonomie de la volonté et demeurent, logiquement, silencieux sur son régime. L'interprétation du Code Bustamante, pour sa part, reste lacunaire faute de disposition expresse et d'un développement jurisprudentiel approfondi sur ces aspects.

Deuxièmement, cette étude a permis de mettre en évidence une *divergence* notable entre les systèmes juridiques étudiés quant à la détermination du *droit applicable en l'absence de choix des parties*, les approches étant variées, tant au niveau conventionnel qu'au niveau interne. En effet, si la plupart des États adoptent le lieu d'exécution comme solution de principe, s'inspirant ainsi des solutions des Traités de Montevideo, certains suivent la solution du Code Bustamante, en indiquant la loi commune des parties et la loi du lieu de conclusion du contrat, comme celle régissant le contrat. De plus, certains États ont récemment révisé leurs lois en se référant à la Convention de Mexico, en intégrant le principe de proximité comme solution de principe en l'absence de sélection de la

législation applicable. En outre, l'examen de l'interprétation doctrinale et de l'application jurisprudentielle de ces dispositions a confirmé cette divergence. En effet, l'identification concrète de ces rattachements demeure problématique et la jurisprudence n'est pas parvenue à dissiper ces incertitudes.

Troisièmement, s'agissant des *questions communes* à l'hypothèse du choix de la loi applicable et à l'absence de choix, l'analyse comparative des sources conventionnelles et étatiques révèle à la fois quelques convergences et des divergences persistantes, que l'insuffisance du droit positif en la matière rend d'autant plus difficiles à résoudre.

Sur le plan des *convergences*, nous avons observé une orientation commune vers une qualification juridique de l'*internationalité* fondée sur des critères objectifs de rattachement excluant la possibilité d'une internationalisation par un simple choix de loi. De même, l'*ordre public* demeure universellement reconnu comme une limitation à l'application de la loi étrangère, tandis que le *droit non étatique* peine à s'imposer comme *lex contractus* autonome, tant dans les instruments conventionnels que dans les législations nationales, malgré quelques initiatives libérales à sa faveur.

Toutefois, des *divergences* substantielles subsistent. Le traitement du *renvoi* fait divergence, la plupart des systèmes nationaux et la Convention de Mexico opérant une exclusion générale de ce mécanisme, même si des divergences interprétatives peuvent exister. La Convention de Mexico se distingue des autres instruments conventionnels par une approche plus moderne et systématique des *lois de police*, qu'elle différencie clairement de l'exception d'ordre public. Cette distinction contraste avec l'hétérogénéité des droits internes latino-américains qui, pour la plupart, emploient des notions telles que les bonnes mœurs ou la souveraineté sans définir précisément le concept de lois de police. Cette absence de définition entraîne une double conséquence : non seulement ces législations nationales ne prévoient pas de régime spécifique pour les lois de police, mais elles demeurent également silencieuses quant à la prise en compte ou l'application des lois de police étrangères. Le *domaine de la loi applicable* demeure insuffisamment défini dans la majorité des législations nationales, contrairement aux instruments conventionnels qui offrent des énumérations plus précises et plus ou moins larges, à l'exception du Code Bustamante et sa classification tripartite des lois, qui rend le domaine de la loi applicable difficile à cerner. Enfin, la *protection des parties faibles* reste largement absente des sources conventionnelles et n'est consacrée que dans un nombre restreint de législations nationales, révélant ainsi une lacune majeure commune aux deux systèmes normatifs.

En raison de cette réalité complexe et non homogène, confirmée par la présente étude, il nous est apparu essentiel de promouvoir un cadre juridique clair et cohérent, afin de limiter l'insécurité juridique des opérateurs économiques, renforcer la confiance entre les parties contractantes et assurer une meilleure protection de leurs intérêts.

742. Les règles de conflit proposées. L'absence d'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine nous a conduits à rechercher les

moyens de remédier à cette situation et de parvenir à une harmonisation effective dans ce domaine. À cet égard, il nous est apparu pertinent d'examiner les orientations du droit souple, en particulier celles des Principes de La Haye et du Guide de l'OEA plus récemment adopté dans le continent. L'analyse de ces solutions nous a conduits à en approuver certaines tout en en critiquant d'autres. Cette démarche nous a permis d'identifier et de formuler plusieurs propositions qui nous paraissent mieux répondre aux exigences d'harmonisation et de sécurité juridique propres au contexte latino-américain. Ces propositions peuvent être regroupées autour de trois conclusions principales.

Premièrement, il nous paraît que l'adoption généralisée de l'*autonomie de la volonté*, soutenue par le Guide de l'OEA et les Principes de La Haye, est une solution essentielle pour l'harmonisation du régime des contrats internationaux en Amérique latine. Au-delà des avantages bien connus en matière de prévisibilité et de sécurité juridique mis en évidence par cette étude, cette approche présente l'intérêt d'être compatible avec le contexte juridique actuel des États latino-américains. En effet, ces systèmes juridiques convergent désormais vers la reconnaissance de ce principe, que celle-ci résulte de dispositions codifiées ou qu'elle procède de l'évolution jurisprudentielle et doctrinale. De plus, ces normes souples offrent des solutions utiles et adaptées concernant la portée de ce principe, comblant ainsi les nombreuses lacunes des législations en vigueur.

De ce fait, nous avons soutenu que la liberté contractuelle des parties dans le choix de la loi applicable à leur contrat devrait être pleinement intégrée au cadre juridique latino-américain. Nous partageons l'idée des recommandations du droit souple, tant des Principes de La Haye que du Guide de l'OEA : ce choix peut être exprès ou *tacite*, cette dernière modalité devant cependant ressortir de manière claire du contrat ou des circonstances. Nous soutenons également qu'*aucun lien spécifique* ne devrait être exigé entre la loi choisie et les parties ou leur transaction. Et nous avons aussi fait valoir que les solutions du droit souple relatives à la *validité formelle* du choix, à la *définition de la loi applicable à l'accord de choix*, ainsi qu'à la *séparabilité* de la clause de choix, sont indispensables, dans la mesure où ces questions demeurent largement insuffisamment traitées en Amérique latine.

Concernant le *moment du choix* et la possibilité de *dépeçage*, nous avons conclu que, malgré l'intérêt des solutions du droit souple, il est nécessaire d'encadrer plus strictement le moment où les parties peuvent exercer ou modifier ce choix. Nous avons ainsi suggéré que toute modification ou tout nouveau choix produise un effet rétroactif à la date de conclusion du contrat, sous réserve des exigences de validité formelle et des droits des tiers. Enfin, s'agissant du dépeçage, nous avons proposé d'autoriser la sélection de lois différentes pour des parties distinctes d'un même contrat, à condition que ces parties soient clairement identifiées afin d'éviter toute contradiction ou incohérence.

Deuxièmement, s'agissant de la *loi applicable en l'absence de choix*, la proposition du Guide de l'OEA sur la loi applicable, a nécessité une réflexion plus approfondie. S'agissant de la *forme* du contrat, nous avons soutenu une règle flexible inspirée des Principes de La

Haye, permettant la validation du contrat par des lois alternatives, tout en garantissant le respect des lois de police de l'État de situation pour les droits réels immobiliers. Quant au *fond*, face aux inconvénients soulevés de l'approche flexible du Guide de l'OEA et au silence des Principes de La Haye, nous avons proposé une solution intermédiaire combinant un critère général objectif et prédéterminé — à savoir la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique — complété par des règles déterminées *ab initio* pour différents types de contrat, le tout tempéré par une clause d'exception et un principe subsidiaire des liens les plus étroits. Cette méthode hybride nous paraît être la mieux à même de concilier les impératifs de localisation et de prévisibilité, essentiels aux relations contractuelles internationales, avec la nécessité d'une certaine flexibilité. Elle favorise ainsi l'harmonisation juridique régionale, tout en évitant les écueils d'une discrétion excessive susceptible de compromettre la cohérence des solutions.

Troisièmement, s'agissant des *questions communes à l'hypothèse de choix et à l'absence de choix*, la modernisation substantielle du cadre juridique latino-américain en matière de loi applicable aux contrats internationaux devrait s'articuler autour de plusieurs axes fondamentaux : la précision de l'*internationalité* des contrats, reposant sur une conception juridique large qui exige néanmoins la présence de liens objectifs et pertinents avec plusieurs ordres juridiques, écartant ainsi, tant l'internationalisation artificielle par la seule volonté des parties, que la qualification internationale de contrats dépourvus de rattachements significatifs ; la clarification du *champ d'application* de la loi du contrat englobant tous ses aspects depuis les obligations précontractuelles jusqu'aux conséquences de l'invalidité ; l'exclusion du *renvoi* en cas de choix des parties (sauf si celles-ci prévoient le contraire) tout en maintenant cette interdiction en l'absence de choix pour garantir la sécurité juridique ; des précisions quant aux *limites* à l'application des lois étrangères, notamment en permettant l'application des lois de police étrangères qui souffrent actuellement d'un déficit de réglementation dans la région ; l'établissement d'une réglementation spécifique pour les contrats *conclus avec des parties faibles* et les *contrats asymétriques* afin d'assurer une protection adéquate de ces parties en état de vulnérabilité ; et, enfin, la reconnaissance explicite du *droit non étatique* comme *lex contractus*, limitée par les dispositions internationalement impératives ou lois de police des États auxquels le contrat se rattache, conformément aux recommandations du Guide de l'OEA, permettant ainsi une convergence avec le régime arbitral et offrant la flexibilité nécessaire aux parties dans leurs transactions commerciales internationales.

743. La résorption des conflits de sources et des divergences. Une fois les solutions proposées, il nous est apparu nécessaire de savoir quels sont les chemins pour les mettre en œuvre dans le système latino-américain, et dans quelle mesure les orientations du droit souple peuvent contribuer à ce rôle. Lors de cette recherche, une difficulté majeure a été mise en évidence : l'interaction complexe entre les diverses sources de droit international privé existantes et possibles d'être applicables par un juge latino-américain. En effet, l'intégration et la coordination entre les différentes normes conventionnelles se sont révélées une source de difficulté, certains États ayant ratifié plusieurs instruments sans en clarifier leur articulation. La coordination entre les normes internes et conventionnelles

s'est également démontrée problématique, d'autant que les instruments manquent de clarté tandis que les sources internes offrent des solutions mieux adaptées aux réalités nationales. Les conflits potentiels entre normes contraignantes et sources informelles viennent compliquer davantage cette situation. Il s'est donc avéré nécessaire d'examiner les moyens disponibles pour les pays latino-américains pour résoudre les conflits entre ces différentes sources, avant de se pencher sur les voies de concrétisation de l'harmonisation. De cette analyse, nous sommes arrivés à trois conclusions principales :

Premièrement, les résultats de cette recherche montrent une tendance législative des pays latino-américains à accepter la primauté les traités sur le droit interne, bien que les décisions judiciaires puissent rester très ambigües et superficielles. Parfois, le droit international privé interne est appliqué à des contrats internationaux couverts par des traités en vigueur, sans qu'une telle exclusion soit clairement justifiée. De plus, la question des réserves générales aux traités présente un défi important, notamment en ce qui concerne le Code Bustamante, nécessitant une gestion prudente de leur validité pour y garantir l'harmonisation et la cohérence des décisions juridiques.

Deuxièmement, l'analyse des conflits entre les conventions latino-américaines relatives au choix de la loi applicable aux contrats internationaux révèle que, malgré les divergences substantielles entre ces instruments et l'absence de clauses de coordination adéquates, leur nature classique permet de résoudre la plupart des difficultés pratiques par l'application des principes du droit des traités. Cette approche, fondée sur les principes de *lex posterior* et de *lex specialis*, limite l'application de chaque traité aux relations entre ses États parties, évitant ainsi les conflits formels les plus problématiques. Néanmoins, les juges peuvent se heurter à des difficultés importantes lors de leur application, notamment lorsqu'il s'agit d'identifier les critères de rattachement pertinents permettant d'établir l'existence d'un lien entre le contrat considéré et les États parties concernés. La jurisprudence latino-américaine, par sa diversité et ses contradictions, illustre parfaitement cette réalité. L'approche retenue demeure cependant compatible avec d'autres méthodes propres au droit international privé susceptibles de mieux répondre à certaines situations spécifiques. Ainsi, lorsqu'il s'agit de protéger les droits fondamentaux ou les parties contractuelles vulnérables, le recours à la méthode fonctionnelle, au principe de l'efficacité maximale ou à celui du respect des valeurs essentielles pourrait s'imposer en raison de la nature des intérêts en présence. La jurisprudence brésilienne relative aux contrats internationaux de travail illustre particulièrement bien cette démarche, dans la mesure où elle intègre des considérations tirées du droit international des droits de l'homme dans le processus de résolution des conflits de lois.

Troisièmement, nous avons pu observer de l'analyse du droit positif des États latino-américains, que les normes écrites sont généralement préférées par les tribunaux, bien que la coutume et les principes généraux jouent un rôle crucial pour combler les lacunes législatives. Par ailleurs, la doctrine occupe une place particulièrement importante, étant même considérée comme source de droit par certaines législations et contribue directement

à l'élaboration de la motivation judiciaire, les juges y faisant fréquemment référence et la citant textuellement.

Ainsi, et en raison de la superposition actuelle des sources juridiques et des approches divergentes des États latino-américains, il nous paraît que la priorité, avant de proposer de nouvelles réglementations en la région, devrait être de clarifier l'interaction entre ces sources pour offrir une meilleure sécurité juridique. À notre sens, les coutumes et les principes généraux du droit peuvent être davantage mobilisés pour interpréter les ambiguïtés et combler les lacunes du cadre normatif actuel. Ils offrent en réalité une possibilité d'accommoder les exigences contemporaines du commerce international avec des solutions devenues obsolètes, tout en demeurant attentifs à l'objectif de sécurité juridique, indispensable dans ce domaine. En ce sens, le Guide de l'OEA, instrument de droit souple élaboré avec la participation de juristes latino-américains de diverses nationalités, représente, selon l'expression du professeur Bruno Oppetit, un authentique « droit savant », et peut s'avérer un outil important d'orientation dans l'interprétation et l'application des règles de droit international privé latino-américaines, qu'elles soient d'origines conventionnelles ou nationales.

744. Les voies futures de l'harmonisation. Dans le contexte actuel du droit latino-américain, le défi que constituent le manque d'harmonisation et l'articulation des sources du droit international privé des contrats peut être surmonté de différentes manières. Cette étude a analysé ces approches de deux perspectives distinctes : celle des États et celle des juges. De cette analyse, deux conclusions se sont dégagées :

Premièrement, pour les *États*, deux pistes principales ont été examinées : la réforme des législations internes et la réforme au niveau régional. Face à la diversité actuelle des sources applicables par les États latino-américains et aux divergences de leurs solutions, il apparaît nécessaire d'éviter toute disparité par le développement parallèle et coordonné des normes nationales et de la codification internationale. Ce constat conduit à écarter l'harmonisation, travers les organisations régionales d'intégration économique existantes comme solution privilégiée pour l'ensemble des pays latino-américains. Cette conclusion s'impose au regard de l'absence de ce type d'organisation couvrant la totalité de cet espace géographique et de l'inexistence d'un organe supranational doté de moyens efficaces pour assurer l'application et l'interprétation uniformes de ces normes. Une telle approche risquerait d'accentuer la superposition normative actuelle et d'aggraver la dichotomie entre les règles applicables au sein des multiples organisations d'intégration et celles régissant les relations liées à des États tiers.

La sécurité juridique serait mieux assurée par l'adoption d'un instrument conventionnel à vocation universelle, inspiré du modèle européen, qui s'appliquerait à l'ensemble du territoire latino-américain et revêtirait un caractère contraignant. Cette solution, certes, plus ambitieuse, permettrait d'harmoniser le traitement des relations juridiques tant intrarégionales qu'extrarégionales. Idéalement, cet instrument serait complété par une autorité supranationale chargée de veiller à l'application et à l'interprétation uniformes de

ses normes. En l'absence d'un tel système conventionnel, la modification des instruments existants ou l'élaboration de protocoles interprétatifs constitueraient également des voies envisageables pour parvenir à l'harmonisation. Toutefois, cette approche présenterait l'inconvénient de maintenir la superposition de sources normatives.

En définitive, prenant en compte le contexte latino-américain actuel, il nous paraît illusoire de viser une uniformisation comparable à celle réalisée en Europe, c'est-à-dire menée par une organisation d'intégration économique dotée d'un organe supranational chargé d'interpréter et d'assurer l'application uniforme des normes régionales. L'absence d'une telle institution en Amérique latine et les caractéristiques propres au régionalisme latino-américain révèlent les limites d'une telle démarche. En outre, l'absence de volonté politique pour établir un instrument conventionnel, démontré depuis l'adoption de la Convention de Mexico, compromet également cette voie — du moins à court terme. L'absence de mécanismes supranationaux, tant pour l'élaboration d'instruments uniformes que pour assurer leur interprétation cohérente, révèle les limites pratiques de cette démarche d'harmonisation, malgré tous les bénéfices qu'elle pourrait avoir en termes de sécurité et durabilité.

Cela nous a conduits à considérer une autre voie, plus pragmatique : l'harmonisation de droits internes. Les États pourraient également rapprocher leurs droits internes par des réformes législatives convergentes. Bien que cette voie ne soit pas la plus favorable à l'harmonisation effective des normes, notamment en raison des différentes interprétations que chaque système peut en faire, elle permet, au minimum, d'atteindre une cohérence de solutions. À dire vrai, les deux démarches ne s'excluent pas mutuellement, mais se complètent et se renforcent. Ces initiatives devraient ainsi faire l'objet d'une coordination afin d'atteindre un degré supérieur d'harmonisation et de rapprochement législatif. L'élaboration d'un nouveau traité devrait ainsi s'accompagner de l'extinction des instruments existants et d'une réforme corrélative sur le plan interne.

Cela nous amène à notre *deuxième conclusion* : le rôle des *juges* dans ce processus d'harmonisation. Si les méthodes classiques d'interprétation textuelle et contextuelle demeurent fondamentales, l'adoption d'approches plus dynamiques — telles que l'interprétation évolutive, la prise en compte de la pratique ultérieure et le « dialogue » des sources — peuvent permettre aux juridictions de construire un cadre juridique latino-américain plus cohérent et harmonisé. Cette flexibilité interprétative faciliterait notamment l'incorporation des principes contenus dans les instruments de droit souple récents, comme le Guide de l'OEA et les Principes de La Haye. Néanmoins, cette souplesse ne devrait pas compromettre la sécurité juridique ni la prévisibilité indispensables aux opérateurs économiques. Le défi consiste donc à préserver l'équilibre entre l'adaptation nécessaire du droit aux évolutions contemporaines et le respect des intentions originelles des instruments en vigueur. Pour y parvenir, il conviendrait de privilégier une démarche prudente qui évite tout excès d'activisme judiciaire, tout en renforçant la coopération judiciaire et le « dialogue » entre les systèmes juridiques. Cette orientation pourrait être facilitée par l'établissement de canaux informels de communication entre juridictions, permettant la

diffusion des décisions judiciaires et l'échange d'interprétations jurisprudentielles. À titre d'exemple, la création d'une base de données collaborative, accessible à toute juridiction, intégrant les décisions et interprétations judiciaires et doctrinales issues des différents pays d'Amérique latine, constituerait un outil particulièrement utile. Dans cette perspective, l'OEA pourrait jouer un rôle déterminant dans la consolidation de ce rapprochement juridique.

745. Une harmonisation par la convergence. Cette étude a démontré que l'harmonisation du régime de la loi applicable aux contrats internationaux en Amérique latine, bien qu'inachevée, demeure un objectif réalisable. Si les divergences quant aux solutions propres au régime de la loi applicable aux contrats internationaux continuent, la convergence se construit progressivement, et cet idéal ne paraît pas oublié des États latino-américains, comme démontre la récente élaboration du Guide de l'OEA sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux.

Bien que le Guide propose des orientations intéressantes permettant de combler les lacunes et surmonter les incohérences actuelles du système conflictuel latino-américain, constituant ainsi un outil précieux de « droit savant » pour les juges et législateurs, certaines solutions qu'il préconise appellent néanmoins à la prudence. Tel est notamment le cas du régime applicable en l'absence de choix des parties, qui ne saurait reposer, comme le suggère le Guide, sur un critère entièrement fondé sur la flexibilité. L'harmonisation du régime de la loi applicable en Amérique latine gagnerait à consacrer pleinement l'autonomie de la volonté et à retenir, à titre subsidiaire, un rattachement objectif fondé, de manière générale, sur la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, et complété par des règles spécifiques relatives aux différents types contractuels. Une clause d'exception ainsi qu'une règle subsidiaire fondée sur les liens les plus étroits permettraient d'assouplir ces critères rigides et d'assurer la flexibilité nécessaire pour corriger les résultats incohérents auxquels conduirait l'application mécanique de la règle objective. Cette architecture normative répondrait aux impératifs de neutralité des règles de conflit de lois et de sécurité juridique inhérents au développement du commerce international dans cette zone géographique. L'intégration de règles de protection spéciales en faveur des parties structurellement vulnérables — consommateurs, travailleurs et autres contractants en situation d'asymétrie — viendrait compléter ce dispositif en conciliant prévisibilité et justice conflictuelle.

Dans le contexte latino-américain actuel tel que nous l'avons décrit, la méthode conventionnelle, bien qu'utile et nécessaire à l'harmonisation, ne saurait constituer une panacée. L'avenir du droit international privé des contrats dans la région dépend moins, à court terme, d'une uniformisation formelle imposée de manière verticale que de la capacité des États à construire progressivement un cadre cohérent, soit par la modernisation de leurs lois internes, soit par une interprétation et une application convergentes des normes par les juridictions nationales.

Les analyses et les réflexions développées tout au long de cette recherche devraient pouvoir contribuer aux travaux poursuivis par les États d'Amérique latine en vue d'harmoniser leurs règles de conflit de lois applicables aux contrats internationaux.

Bibliographie

OUVRAGES JURIDIQUES

- OUVRAGES GENERAUX

ALFONSÍN Q., *Escritos jurídicos*, t. 2, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1979.

ALFONSÍN Q., *Teoria del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, IDEA, 1982.

ALLAND D., *Manuel de droit international public*, 12e éd, Puf, 2025.

ANCEL B., *Éléments d'histoire du droit international privé*, Éditions Panthéon-Assas, 2017.

ANCEL B., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé,* 5e. éd., Dalloz, 2006.

ARAUJO N. de, *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira,* 5e éd., Rio de Janeiro, Renovar, 2011.

ARGÚAS M., LAZCANO C.A., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, El Ateneo, 1926.

ARIAS NÚÑEZ L., *Manual de Derecho Internacional Privado*, 5e éd., Santo Domingo, Editora Centenario, 2010.

AUDIT B., AVOUT L. d', *Droit international privé*, LGDJ, 9e éd., 2022.

AVOUT L. d', « La cohérence mondiale du droit », Cours général de droit international privé, *RCADI*, 2024, vol. 443.

BALESTRA R.R., *Derecho internacional privado*, Parte especial, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

BAR K.L. von, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechsts*, 2 Band, Hannover, Hahn'sche Buchhandlung, 1889.

BAR K.L. von, *The theory and practice of private international law*, 2e éd., Stockstadt, Allemagne, Keip, 1892, Traduction de l'allemand par Gödan, Jürgen Christoph, 2007.

BASADRE AYULO J., *Derecho internacional privado*, 4e éd., Lima, Ediciones Legales, 2010.

BASEDOW J., « The law of open societies: private ordering and public regulation in the conflict of laws », General Course on Private International Law, *RCADI*, 2015, vol. 360.

BASSO M., *Curso de Direito Internacional Privado,* 4e éd., São Paulo, Atlas, 2014.

BATIFFOL H., LAGARDE P., *Droit international privé*, t. II, 7e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983.

BEVILÁQUA C., *Direito Internacional Privado,* Campinas, Red Livros, 2002.

BOGGIANO A., *Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las relaciones privadas internacionales*, 2e éd., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

BOGGIANO A., *Derecho internacional privado: en la estructura jurídica del mundo actual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 6e éd, 2011.

BOGGIANO A., *Tratado de derecho internacional privado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 6e éd. act., 2017.

BOGGIANO A., *Tratado de derecho internacional privado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 6e éd. act., 2017.

BOUTIN G.I., *Derecho Internacional Privado*, 4e éd., Maître Boutin, Panamá, 2018.

BOUTIN G.I., *Derecho Internacional Privado*, 5e éd., Maître Boutin, Panamá, à paraître.

BROCHER C., *Cours de droit international privé : Suivant les principes consacrés par le droit positif français*, Genève, Librairie H. Georg, 1883, t. 2.

BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé : Partie générale*, t. 1, 5e éd., Thémis droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2021.

BUREAU D., MUIR WATT H., *Droit international privé : Partie spéciale*, t. 2, 5e éd., Thémis droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2021.

CASTRO A. de, *Direito Internacional Privado,* 5e éd., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

CASTRO A. de, *Lições de direito processual civil e direito internacional privado*, São Paulo, Editora do Brasil, 2000.

DELGADO BARRETO C., DELGADO MENENDEZ M.A., CANDELA SÁNCHEZ C.L., *Introducción al derecho internacional privado*, Conflicto de leyes, Parte general, Lima, Pontificia Univ. Católica del Perú, Dir. Acad. de Investigación, 2002.

DELGADO BARRETO C., DELGADO MENENDEZ M.A., CANDELA SÁNCHEZ C.L., *Introducción al Derecho internacional privado*, Conflicto de leyes, Parte especial, 1re éd., Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2007.

DOLINGER J., *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, Rio de Janeiro, Renovar, 5e éd., 1977.

DOLINGER J., TIBURCIO C., *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 14e éd., 2018.

DREYZIN de KLOR A., *Private international law in Argentina*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law Internat, 2011.

DUNCKER BIGGS F., *Derecho internacional privado*, 3e éd., Santiago, Ed. Jur. de Chile, 1967.

DUPUY P.-M., KERBRAT Y., *Droit international public*, 16e éd. remaniée et enrichie, Paris, Dalloz, 2022.

FELDSTEIN de CÁRDENAS S.L., *Derecho internacional privado: parte especial*, Ed. Univ, 2000.

FERNÁNDEZ ROZAS J.C., SÁNCHEZ LORENZO S., CONCEPCIÓN N., *Derecho internacional privado de la República Dominicana*, Santo Domingo, Editorial Funglode, 2017.

FIORE P., *Droit international privé, ou Principes pour résoudre les conflits entre les législations diverses en matière de droit civil et commercial*, Traduit de l'italien, annoté par P. Pradier-Fodéré, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875.

FOELIX J.-J. G., *Traité du droit international privé ou du conflit de lois des différentes nations,* 2e éd., Paris, Joubert, 1847.

FRESNEDO de AGUIRRE C., *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

FRESNEDO de AGUIRRE C., *Derecho Internacional Privado*, t. III, 1re éd., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2022.

FRISCH PHILIPP W., GONZÁLEZ QUINTANILLA J.A., GONZÁLEZ ELIZONDO J.A., *Derecho Interancional privado y derecho procesal internacional*, 3e éd., Mexico, Porrúa, 2005.

GARCÍA CALDERÓN M.K., *Derecho Internacional Privado*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, 1969.

GARCÍA MORENO V.C., *Derecho conflictual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1re éd., 1991.

GAUDEMET-TALLON H., « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », Cours général, *RCADI*, 2005, vol. 312.

GOLDSCHMIDT W., *Derecho Internacional Privado: Derecho de la tolerancia basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 8e éd., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995.

HAYEK F.A., *Droit, législation et liberté*, vol. 1, Règles et ordre, Presses Universitaires de France, traduit de l'anglais par Raouil Audouin, 1973.

JENNINGS R.Y., « General Course on Principles of International Law », *RCADI*, 1967, vol. 121.

JUENGER F.K., « General Course on Private International Law », *RCADI*, 1983, vol. 193.

LAINÉ A., *Introduction au Droit International Privé : Contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, Glashhütten im Taunus, Verlag Delev Auvermann KG, 1970, t. 1.

LALIVE P., « Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général) », *RCADI*, 1977, vol. 155.

LARIOS OCHAITA C., *Derecho internacional privado*, 6e éd, Guatemala, F & G Ed., 2001.

LARREA-HOLGUÍN J.I., *Manual de derecho internacional privado ecuatoriano*, 6e éd. actual., Quito, Corporación de Estudios y Publ., 1998.

LAURENT F., *Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant-Chirstophe & Ce Éditeurs, 1880, t. 2.

LAURENT F., *Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant-Chirstophe & Ce Éditeurs, 1881, t. 7.

LEQUETTE Y., « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », Cours général de droit international privé, *RCADI*, 2017, vol. 387.

MANCINI, P.S., *Della nazionalità come fondamento del dritto delle genti*: *prelezione al corso di dritto internazionale e marittimo pronunziata nella R. Università di Torino*, ([Reprod.]) / dal professore Pasquale Stanislao Mancini, Torino, Tipografia Eredi Botta, 1851.

MAYER P., « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », Cours général de droit international privé, *RCADI*, 2003, vol. 327.

MAYER P., HEUZÉ V., REMY B., *Droit international privé*, 12e éd., LGDJ, 2019.

MONROY CABRA M.G., *Tratado de derecho internacional privado*, 8e éd. corregida y puesta al día, Bogotá, Editorial Temis, 2016.

MONSÁLVEZ MÜLLER A., *Derecho internación privado*, 3e éd., Jurisprudencia Execma, Corte Suprema 2006-2007, Santiago, Universidad Internacional Sek, 2007.

OLIVEIRA MAZZUOLI V. de, *Curso de Direito Internacional Privado*, 6e éd., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2023.

OLIVEIRA MAZZUOLI V. de, *The law of treaties: a comprehensive study of the 1969 Vienna convention and beyond*, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

OLIVEIRA MAZZUOLI V. de, *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*, São Paulo, SP, Editora Saraiva, 2010.

ORTIZ MARTÍN G., *El derecho internacional privado de Costa Rica*, San José, Edición del Colegio de Abogados de Costa Rica, 1969.

OVALLE MARTÍNEZ E.O., *Manual de derecho internacional privado*, Parte general y especial: con énfasis en el ordenamiento jurídico Guatemalteco, Praxis, 2000.

PARRA-ARANGUREN G., « General Course of Private International Law: Selected Problems », *RCADI,* 1988, vol. 210.

PARRA-ARANGUREN G., *Curso General de Derecho Internacional Privado: Problemas selectos y otros estúdios,* 3e éd. rev., Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1998.

PEREZNIETO CASTRO L., *Derecho internacional privado*, Parte general, 10e éd., México, D.F., Oxford University Press México, 2015.

PEREZNIETO CASTRO L., SILVA SILVA J.A., *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, Mexico, Oxford University Press, 2000.

PICAND ALBÓNICO E., *Derecho internacional privado chileno: leyes, tratados y jurisprudencia*, Santiago, Legal Publising Chile, 2018.

PICONE P., « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », Cours général de droit international privé, *RCADI*, 1999, vol. 276.

PILLET A., *Principes de droit international privé*, Paris, Pedone Éditeur, 1903.

POZO URBINA R.F., *Compendio de Derecho Internacional Privado*, 2e éd., Managua, Nica Ediciones, 2000.

RAMÍREZ NECOCHEA M., *Derecho Internacional Privado*, 1re éd., Santiago, Legal Publishing Chile, 2013.

RIGAUX F., *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, t. I, *Théorie générale*, 2e éd., 1987.

ROLIN A., *Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil (Code Napoléon)*, 3 t., Paris, Gand, Maresq Aîné, Van Doosselaere, 1897.

RUBIO CORREA M., *Estudio de la Constitucion Politica de 1993*, 1re éd., Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

SALAZAR PAREDES F., *Derecho internacional privado boliviano*, La Paz, CERID, 2004.

SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y SIRVÉN A., *Derecho internacional privado*, La Habana, Carasa y Cia, 1931, vol. 1, 2, et 3.

SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y SIRVÉN A., *Manual de Derecho Internacional Privado*, La Habana, Carasa y Cia., 1939.

SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y SIRVÉN A., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, La Habana, Impr. y Papelaria La Universal, 1896, t. 1.

SAVIGNY F.C. de, *Traité de droit romain,* traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux, 2e éd., Paris, Firmin Didot Frères, 1860, vol. 8.

SILVA ALONSO R., *Derecho Internacional Privado,* Teoría General y Parte Especial, 11e éd., ampliée et revisée, Asunción, Intercontinental Editora, 2014.

SOUZA CAMPOS BATALHA W. de, *Tratado de direito internacional privado,* 2e éd., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

STORY J., *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments,* 1re éd., Boston, Hilliard, Gray and Company, 1834.

STRENGER I., *Direito Internacional Privado*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

SURVILLE F., *Cours élémentaire de droit international privé*, Droit civil — Procédure — Droit Commercial, 7e éd., Paris, Rousseau & Cie, 1925.

TENÓRIO O., *Direito Internacional Privado*, 2e éd., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1949.

TENÓRIO O., *Direito Internacional Privado,* 7e éd., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1962.

TENÓRIO O., *Direito Internacional Privado*, 9e éd. rev. e atual., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1970, vol. 2.

VALLADÃO H., « Le droit international privé des États américains », *RCADI*, 1952, vol. 81.

VALLADÃO H., *Direito Internacional Privado,* Em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos, Introdução e Parte Geral, 3e éd., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1971, vol. 1.

VALLADÃO H., *Direito Internacional Privado*, Parte Especial, conflitos de leis civis, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1973, vol. 2.

VAREILLES-SOMMIÈRES P. de, LAVAL S., *Droit international privé*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2023.

VARGAS GUILLEMETTE A., *Codificación Nacional del Derecho Internacional Privado*, Montevideo, Casa A. Barreiro y Ramos S.A., 1943.

VICO C.M., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Dictado en las Facultades de Derecho de Buenos Aires y La Plata, 3e éd., Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1954, t. 1.

VITTA E., « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1979, vol. 162.

WEINBERG DE ROCA I.M., *Derecho internacional privado*, 4e éd. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

WEISS A., *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 2e éd., Paris, Recueil Sirey, 1912, t. 4.

- **OUVRAGES SPECIAUX**

ABI-SAAB G. et al. (dir.), *Evolutionary interpretation and international law*, Hart, 2021.

ALFONSÍN Q., *El orden público*, Montevideo, Pena y Cia, 1940.

ALFONSÍN Q., *Régimen internacional de los contratos*, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950.

AMARAL JÚNIOR A. do, *A solução de controvérsias na OMC*, São Paulo, Atlas, 2008.

ANCEL M.-É., DEUMIER P., LAAZOUZI M., *Droit des contrats internationaux*, Dalloz, 2e éd., 2020.

ANCEL M.-É., *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002.

ARAUJO N. de, *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 4e éd, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

AUDIT B., « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) », *RCADI,* 1984, vol. 186.

AUDIT B., « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, 2001, vol. 305.

BAPTISTA L.O., *Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática,* São Paulo, Saraiva, 1994.

BATIFFOL H., *Les conflits de lois en matière de contrats, Étude de droit international privé comparé*, Sirey, 1938.

BATIFFOL, H., « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1973, vol. 139.

BATTELLO CALDERÓN S.J., *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2012.

BEAUMONT P.R., « Reflections on the Relevance of Public International Law to Private International Law Treaty Making », *RCADI*, 2009, vol. 103.

BELLO A., *Código Civil de la República de Chile: Introducción y Notas de Pedro Lira Urquieta*, Obras completas de Andrés Bello, XIV, Caracas, La Casa de Bello, 1981.

BIANCHI A., ZARBIYEV F., *Demystifying treaty interpretation*, Cambridge University Press, 2024.

BJORGE E., *The Evolucionary Intepretation of Treaties*, Oxford University Press, 2014.

BOER, Th. M. de, « Facultative Choice of Law the Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law », *RCADI*, 1996, vol. 257.

BOGGIANO A., « International Standard Contracts a Comparative Study », *RCADI*, 1981, vol. 170.

BOGGIANO A., « The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America Universality and genius loci », *RCADI*, 1992, vol. 233.

BOGGIANO A., *Contratos Internacionales*, 2e éd., Buenos Aires, Depalma, 1995.

BOLÍVAR S., *Doctrina del libertador*, 3e éd., Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, 2009.

BONELL M.J., « The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law », *RCADI*, 2018, vol. 388.

BOUTIN G.I., APARICIO ALBA R., FLORES VILLA F., *Panamá, Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá*, Panamá, Jurídica Pujol, 2022.

BOUTIN G.I., *Código de Bustamante y Normas Internas de Derecho Internacional Privado: Comentado por Gilberto Boutin I.*, 2e éd., Panamá, 1991.

BRIERE C., *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, 2001.

BUCHER A., « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993, vol. 239.

BUSTAMANTE I. RIVERO J.L., *El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940: Gestación - Glosas - Interpretación*, Motevideo, 1942.

CALDERA R. (ed.), *Obras completas de Andrés Bello*, Caracas, La Casa de Bello, 1981, vol. XIV.

CALEB M., *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Recueil Sirey, 1927.

CALOGERO P., *Derecho y integración regional: Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea,* 1re éd., Buenos Aires, Ediar, 2010.

CAPATINA O., « L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale », *RCADI*, 1983, vol. 179.

CAVERS D.F., « Contemporary Conflicts Law in American Perspective », *RCADI*, 1970, vol. 131.

CHALITA G.E., NOODT TAQUELA M.B, *Unificación del derecho internacional privado*, CIDIP-I, II y III, Texto de las Convenciones, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1988.

CIURO CALDANI M.A., *El Derecho Internacional Privado ante los Procesos de Integración: con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur,* Rosario, Argentine, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1998.

CURTI GIALDINO A., « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI*, 1972, vol. 137.

DÁVALOS FERNÁNDEZ R., *Fronteras y Contratos: Derecho aplicable al Contrato Internacional,* La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2005.

DAVÌ A., « Le renvoi en droit international privé contemporain », *RCADI*, 2012, vol. 352.

DEVAUX C., *La fabrique du droit du commerce international*, 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 2019.

DINIZ M.H., *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada*, 18e éd., São Paulo, Saraiva, 2013.

DJEFFAL C., *Static and evolutive treaty interpretation: a functional reconstruction*, Cambridge University Press, 2016.

DOLINGER J., « Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts », *RCADI*, 2000, vol. 283.

DOLINGER J., *A evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado,* Rio de Janeiro, Luna, 1979.

DOLINGER J., *Contratos e obrigações no direito internacional privado: Direito civil internacional,* Rio de Janeiro, Renovar, 2007, vol. 2.

ESPÍNOLA E., ESPÍNOLA FILHO E., *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Dec.-lei n. 4 657, de 4 de setembro de 1942),* comentada na ordem dos seus artigos, Livraria Freitas Bastos, 1944, vol. 2.

ESPÍNOLA E., ESPÍNOLA FILHO E., *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada na ordem de seus artigos,* 2e éd., Rio de Janeiro, Renovar, 1995.

ESPLUGUES MOTA C., HARGAIN D., PALAO MORENO G. (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid, Edisofer [u.a.], Serie Europa - América, 2008.

FELDSTEIN de CÁRDENAS S.L., *Contratos internacionales: Contratos celebrados por ordenador; Autonomia de la voluntad; Lex mercatoria,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de les Estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay,* Buenos Aires, Zavalia, 2003.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P., « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *RCADI*, 2006, vol. 323.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P., *Derecho internacional privado interamericano: evolución y perspectivas*, México, Universidad Anáhuac del Sur, 2003.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P., DREYZIN de KLOR A. (dir.), *Contratos internacionales*, Asunción, CEDEP, 2008.

FOHRER-DEDEURWAERDER E., *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008.

FORSYTH A.A., *International contracts and party autonomy in the new Peruvian rules of private international law*, Cambridge, Mass., Harvard Law School, 1984-1985.

FRANCESCAKIS P., *La théorie du renvoi, et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958.

FRESNEDO de AGUIRRE C., « Public Policy: Common Principles in the American States », *RCADI*, 2016, vol. 379.

FRESNEDO de AGUIRRE C., IDIARTE G.L., *Texto y contexto de la ley general de derecho internacional privado n° 19 920*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2021.

FRESNEDO de AGUIRRE C., *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional,* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.

GAMA L., « Les principes d'UNIDROIT et la loi régissant les contrats de commerce », *RCADI*, 2019, vol. 406.

GAMA L., *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004*, Soft Law, Arbitragem e Jurisdição, Rio de Janeiro, 2006.

GANNAGÉ L., *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé (Étude de droit international privé de la famille)*, LGDJ, 2001.

GARCÍA AMADOR F.V., *El ordenamiento jurídico andino*: *Uno nuevo derecho comunitario,* Buenos Aires, Depalma, 1977.

GARRO A., MORENO RODRIGUEZ J.A. (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law nº 51, 1re éd., 2021.

GENIN-MERIC R., *La maxime « locus regit actum, » nature et fondement*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976.

GIMÉNEZ CORTE C., *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva « lex mercatoria » en América Latina: con especial referencia al Mercosur*, Buenos Aires, Depalma, 2010.

GIRAL PIMENTEL J.A., *El contrato internacional: Su régimen en el derecho internacional privado venezolano moderno basado en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela*, Caracas, Ed. Jur. Venezolana, 1999.

GIRSBERGER D., GRAZIANO T.K., NEELS J.L. (dir.), *Choice of law in international commercial contracts: global perspectives on the Hague principles*, New York, Oxford University Press, 2021.

GIULIANO M., « La loi applicable aux contrats : Problèmes choisis », *RCADI*, 1977, vol. 158.

GRIGERA NAON H.A., « Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration », *RCADI*, 2001, vol. 289.

GUANI A., « La solidarité internationale dans l'Amérique Latine », *RCADI,* 1925, vol. 8.

GUTZWILLER M., « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, 1929, vol. 29.

HARGAIN D., MIHALI G., *Circulación de bienes en el Mercosur*, Buenos Aires, Ed. B de F, 1998.

HEUZÉ V., *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, GLN éd., 1990.

IUD C., *Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1re éd., Buenos Aires, Editorial Albremática, 2019.

JAYME E., « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, 1995, vol. 251.

JAYME E., *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini:* Il diritto della civiltà internazionale. Testi e documenti raccolti da Alberto Miele, Turin, G. Giappichelli Editore, 1994.

JAYME E., *Pasquale Stanislao Mancini: Il diritto internazionale privato tra risorgimento e attività forense*, Padoue, CEDAM, Studi e pubblicazioni della Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, nº 31, 1988.

KASSIR W.J., « Le renvoi en droit international privé technique de dialogue entre les cultures juridiques », *RCADI*, 2016, vol. 377.

KASSIS A., *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993.

KLEIN VIEIRA L., *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del derecho internacional privado*, Thomson Reuters La Ley, 2017.

KOHLER C., « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, 2013, vol. 359.

LAGARDE P., « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986, vol. 196.

LANDO O., « The Conflict of Laws of Contracts General Principles », *RCADI*, 1984, vol. 189.

LARROUMET C., *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains: actes du Congrès de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains à Santiago du Chili, les 3 et 4 septembre 2014*, Éditions Panthéon-Assas, Colloques, 2016.

LECLERC F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

LEWALD H., « La théorie du renvoi », *RCADI*, 1929, vol. 29.

LEWALD H., *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Athènes, J.&P. Zacharopoulos, 1946.

LIMA MARQUES C., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 6e éd., São Paulo, RT, 2011.

LIMA MARQUES C., *Observaciones y propuestas sobre las reglas generales y el campo de aplicación del proyecto de convención interamericana de derecho internacional privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo de Brasil*, Parte I, en ligne https://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env_lima_marques.pdf (consulté le 23 septembre 2025).

LOQUIN É., « Les règles matérielles internationales », *RCADI*, 2007, vol. 322.

MAEKELT T.B. de, « General Rules of Private International Law in the Americas: New Approach », *RCADI*, 1982, vol. 177.

MAEKELT T.B. de, HERNÁNDEZ-BRETÓN E., MADRID MARTÍNEZ C. (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado : Derogatorias, concordancias y comentarios*, 8e éd. aumentada y corregida, Caracas, Academia de Ciências Políticas y Sociales, 2020.

MAJOROS F., *Les Conventions internationales en matière de droit privé*, Pedone, t. I, 1976 ; t. II, 1980.

MALAN A., *La concurrence des conventions d'unification des règles de conflit de lois*, 2002.

MCTAGGART SINCLAIR I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 2e éd., 1984.

METHIYEVA K., *La notion de coopération judiciaire*, Paris, LGDJ, 2020.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « Private (And Public) International Law In Investment Arbitration », *RCADI*, 2023, vol. 429.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., *Contratación y Arbitraje: Contribuciones recientes*, Asunción, Paraguay, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP), 2010.

NIBOYET J.-P., « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, vol. 16.

NIGH P.E., « The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort », *RCADI*, 1995, vol. 251.

NOLDE B., « Codification du Droit International Privé », *RCADI*, 1936, vol. 55.

NOODT TAQUELA M.B., « Applying the Most Favourable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Co-operation », *RCADI*, 2015, vol. 377.

NOODT TAQUELA M.B., *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*, 1re éd., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2018.

OCTAVIO R., *A Codificação do Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Francisco Alves & Ca, Porto, Magalhães & Moniz Lda, 1910.

OCTAVIO R., *Le droit international privé dans la législation brésilienne* : Cours professé à la Faculté de Droit de l'Université de Paris, Paris, Recueil Sirey, 1915.

OLIVEIRA MAZZUOLI, V. de, BOGER PRADO G., *Contratos comerciais internacionais em situações de crise: estudo comparado de direito europeu e latino-americano sobre negócios estrangeiros em crises transnacionais,* Belo Horizonte, D'Plácido, 2021.

OPERTTI BADÁN D., FRESNEDO DE AGUIRRE C.*, Contratos Comerciales Internacionales: Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997.

OPERTTI BADÁN, D., « Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain : dilemme ou convergence ? Conférence inaugurale, session de droit international privé », *RCADI*, 2012, vol. 359.

OPPETIT B., « Le droit international privé, droit savant », *RCADI*, 1992, vol. 234.

OVERBECK A.E von. (rapporteur), *Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités*, Session de Dijon, Institut de Droit International, 1981.

OYARZÁBAL M.J.A., « The Influence of Public International Law upon Private International Law in History and Theory and in the Formation and Application of the Law », *RCADI*, 2022, vol. 428.

PAMBOUKIS, C.P., « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *RCADI*, 2008, vol. 330.

PARRA-ARANGUREN G., « Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin America », *RCADI*, 1979, vol. 164.

PARRA-ARANGUREN G., « The fiflh Inter-Américan Specialized Conference on Prívate International Law », *E Pluribus Unum: Liber Amicorum Georges A.L., Droz*, 1996.

PEÑA PINON M., *La fonction juridictionnelle au service de l'intégration sud-américaine : Regards croisés sur la contribution des juges régionaux à la construction d'un espace intégré : Europe et Amérique du Sud*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Luxemburger Juristische Studien, Luxembourg Legal Studies nº 14, 1. Auflage, 2017.

PÉREZ PACHECO Y., *Aportes de la ley de derecho internacional privado venezolano a la codificación ius internacional privatista*, Ars boni et Aequi, 2014.

PEREZNIETO CASTRO L., « La tradition territoriale en droit international privé des pays de l'Amérique latine », *RCADI*, 1985, vol. 190.

POCAR F., « La protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 1984, vol. 188.

PONTES de MIRANDA F.C., « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil », *RCADI*, 1932, vol. 39.

POSENATO N., *Autonomia della volontà e scelta della legge applicabile ai contratti nei sistemi giuridici latino-americani*, Padova, Cedam, Biblioteca giuridica, Attualità nº 48, 2010.

RAMÍREZ G., *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado: su Comentario*, Buenos Aires, Félix Lajouane Editor, 1888.

RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution d'un concept*, Paris, Presses Universitaires de France, 1980.

ROMANO G.P., *Le dilemme du renvoi en droit international privé* : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse, Schulthess, Ed. Romandes, 2015.

SALAH MOHAMED MAHMOUD M., « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 2005, vol. 315.

SALAZAR PAREDES F., *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado Boliviano*, en ligne https://asadip.files.wordpress.com/2009/12/ley-dipr-2.pdf (consulté le 24 avril 2023)

SAMTLEBEN J., *Derecho Internacional Privado en América Latina:* Teoría y Práctica del Código Bustamante, Parte General, Traducido del alemán por Carlos Bueno-Guzmán, Buenos Aires, Depalma, 1983, vol. 1.

SAMTLEBEN J., *Internationales Privat- und Prozessrecht in Lateinamerika: Tradition und Reform, Band 1: Rechtsordnungen*, Düren, Shaker Verlag, Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung nº Band 56, 1, 2023.

SAMTLEBEN J., *Internationales Privatrecht in Lateinamerika: Der Código Bustamante in Theorie und Praxis*, Allgemeiner Teil, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1979, Band 1.

SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y SIRVÉN A., *El orden público: Estudio de derecho internacional privado,* La Habana, Impr. y Papelaria La Universal, 1893.

SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y SIRVÉN A., *La commission des jurisconsultes de Rio de Janeiro*, Traduit de l'espagnol par Paul Goulé, Paris, Recueil Sirey, 1929.

SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y SIRVÉN A., *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, traduit de l'espagnol par Paul Goulé, Paris, Recueil Sirey, 1929.

SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y SIRVÉN A., *Projet de Code de Droit International Privé*, traduit de l'espagnol par Paul Goulé, Paris, Recueil Sirey, 1925.

SÁNCHEZ de BUSTAMANTE y SIRVÉN, A., *La Autarquia Personal: Estudio De Derecho Internacional Privado*, La Habana, Impr. El Siglo XX de A. Miranda, 1914.

SANTOS BELANDRO R.B., *Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado y su influencia sobre el Derecho regional*, 1re éd., Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

SANTOS BELANDRO R.B., *Derecho Comercial Internacional*, 1re éd., Montevideo, Asociación des escribanos del Uruguay, 2008.

SANTOS BELANDRO R.B., *El derecho aplicable a los contratos internacionales: Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, 2e éd., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

SANTOS BELANDRO R.B., *Ley General Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay 19.920, de 17 de noviembre de 2020*, El texto y su contexto americano, Curso general, 1re éd., Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021.

SCHLOSSER P., « Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation », *RCADI*, 2000, vol. 284.

SCHNITZER A.F., « Les contrats en droit international privé suisse », *RCADI*, 1968, vol. 123.

STRENGER I., « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », *RCADI*, 1991, vol. 227.

STRENGER I., *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, Dissertação para concurso à docência livre de Direito Internacional Privado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1967.

STRENGER I., *Contratos Internacionais do Comércio*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

STRENGER I., *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional,* 2e éd., São Paulo, LTr, 2000.

STRUYCKEN A. V.M., « Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement », General Course on Private International Law, *RCADI*, 2004, vol. 311.

SYMEONIDES S.C., « The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow », *RCADI,* 2002, vol. 298.

TEIXEIRA de FREITAS A., *Código Civil: Esboço por A. Teixeira de Freitas*, República dos Estados Unidos do Brasil, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1962, vol. 1.

TEIXEIRA de FREITAS A., *Código Civil: Esboço por A. Teixeira de Freitas*, Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, vol. 2.

THORN K., « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law », *RCADI*, 2023, vol. 433.

TIBURCIO C., « The Current Pratice of International Co-operation in Civil Matters », *RCADI*, 2018, vol. 393.

TOUBIANA A., *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé* : contrats internationaux et dirigisme étatique, Dalloz, 1972.

URRUTIA F.J., « La codification du droit international en Amérique », *RCADI,* 1928, vol. 22.

VAREILLES-SOMMIÈRES P. de, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, 2015, vol. 371.

VASQUEZ PALMA M.F., *Contratación y arbitraje internacional: temas relevantes*, Bogotá, D.C, Grupo Editorial Ibañez, Colección Principios y normas de derecho global nº 3, 2017.

VERDROSS A. von, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, 1935, vol. 52.

VIEIRA M.A., « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *RCADI*, 1970, vol. 130.

VIEIRA M.A., « Le droit international privé dans le développement de l'intégration latino-américaine », *RCADI*, 1970, vol. 130.

VITTA E., « International conventions and national conflict systems, Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1979, vol. 162.

WALDOCK H., *Third Report on the law of treaties*, Yearbook of the International Law Commission, 1964.

WYATT J., *Intertemporal linguistics in International Law: Beyond Contemporaneous Treaty Interpretation*, Oxford ; New York, Hart Publishing, Studies in International Law, 2020, vol. 74.

YEPES J.M., « La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé », *RCADI*, 1930, vol. 32.

YEPES J.M., « Les accords régionaux et le droit international », *RCADI,* 1947, vol. 71.

YEPES J.M., *Del Congreso de Panamá a la Conferencia de Caracas, 1826-1954*: El Genio de Bolívar a Través de la Historia de las Relaciones Interamericanas, Caracas, 1955.

- **THESES**

ALBORNOZ M.M., *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du MERCOSUR*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 2006.

BUREAU D., *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 1992.

CHAPELLE A., *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 1970.

COHEN C., *Les normes permissives en droit international privé, Étude critique, thèse,* Université Paris-Panthéon-Assas, 2015.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P., *La codificación del Derecho internacional privado em América Latina: Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, thèse, Universidad Complutense de Madrid, 1993.

ISSA Y. El, *Les contrats internationaux de construction, Responsabilités et droit applicable*, thèse, Université Paris-Saclay, 2022.

LAGARDE P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse, Université de Paris, 1957.

LEGIER G., *La règle "locus regit actum" et les conflits de lois en matière de forme des actes*, thèse, Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille, 1976.

LEGRAND Y., *La volonté tacite en droit international privé*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 2024.

LELOUVIER A., *Le principe d'égalité en droit international privé : essai d'une approche systémique,* thèse, Université Toulouse Capitole, 2019.

MOYA D., *L'autorité des règles de conflit de lois Réflexion sur l'incidence des considérations substantielles*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2018.

RÉMY B., *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2008.

ROJAS TAMAYO D.M., *Le droit applicable au contrat en droit International privé colombien : Étude Comparée, critique et prospective*, thèse, Droit privé, Université Paris-Panthéon-Assas, 2017.

SERRA FREIRE P., *Le contrat international de consommation, comparaison franco-brésilienne*, thèse, Université Paris-Panthéon-Assas, 2015.

STARK L., *L'internationalité en droit international privé*, thèse, Université Bourgogne Franche-Comté en cotutelle avec Johannes-Gutenberg-Universität, 2020.

VIEIRA da COSTA CERQUEIRA F., *Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du MERCOSUR*, thèse dact., Université de Strasbourg, 2010.

- ARTICLES DE DOCTRINE

ABBOTT R.L., « The Caribbean Free Trade Association », *University of Miami Inter-American Law Rev*iew, 1969, p. 1-20.

AGOSTINI E., « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 545-586.

ALBORNOZ M.M., « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement 'Rome I' », *JDI*, 2012, p. 5-42.

ALL P.M., « El diseño y la progresiva construcción de un sistema de protección del consumidor a escala americana, avances y desafíos pendientes », *Protección de los consumidores en América,* Trabajos de la CIDIP VII (OEA), CEDEP, 2008, p. 273-302.

ALL P.M., RODRÍGUEZ CARRERA L.E., « El impacto de las CIDIPS en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos », *in* ALL P.M., RODRÍGUEZ CARRERA L.E. (dir.), *CIDIP-OEA: influencia y aplicación en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos*, Paula Maria All, 1re éd., 2024, p. 105-139.

ALLAND D., « De l'ordre juridique international », *Droits*, 2002, vol. 35, p. 79-102.

ANCEL B., « La loi applicable à défaut de choix », *in* CASHIN-RITAINE E., BONOMI A. (dir.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles* : actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Genève, Schulthess, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé no 62, 2008, p. 77-93.

ANCEL B., MUIR-WATT H., « Annotations sur la consultation 53 de Du Moulin traduite en français », *Le monde du droit* : *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008.

ARAUJO N. de, « A autonomia da vontade nos contratos internacionais – direito brasileiro e países do Mercosul: considerações sobre a necessidade de alterações no internacional privado obrigacional do bloco », *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 17, 1999, p. 225-234.

ARAUJO N. de, « Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro », *in* GRANDINO RODAS J. (coord.), *Contratos internacionais*, 3e éd. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 195-230.

ARAUJO N. de, CORRÊA JACQUES D., « Contratos internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., DREYZIN de KLOR A. (dir.), *Contratos internacionales*, CEDEP, 2008.

ARRUE MONTENEGRO C.A., « Les nouveaux paradigmes du Code de droit international panaméen », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 113-132.

AUDIT B., « L'accord d'arbitrage international : conflits de lois et règles matérielles », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 133-149.

AUDIT B., « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *Liber amicorum: Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 13-29.

AUDIT B., « Du bon usage des lois de police », *Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015.

AVOUT L. d', « Droit international privé de l'Union européenne (2024) », *JDI*, 2025, p. 1518-1527.

AVOUT L. d', « L'efficacité envers les tiers d'une cession de créance ne relève pas (plus ?) du règlement Rome I (à propos d'un considérant escamoté par la Cour de justice), *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 359-368.

AVOUT L. d', « L'efficacité internationale des garanties mobilières », *in* LARROUMET C., *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains: actes du Congrès de l'Association Andrés Bello des juristes franco-latino-américains à Santiago du Chili, les 3 et 4 septembre 2014*, Éditions Panthéon-Assas, Colloques, 2016, p. 111-133.

AVOUT L. d', « La "clause d'exception" et les débuts d'interprétation du droit européen des conflits lois », *Annuaire du droit de l'Union européenne*, 2013, p. 459- 464.

AVOUT L. d', « La loi applicable à la cession de créance ou de contrat après l'ordonnance du 10 février 2016, Premières analyses de droit des conflits de lois en perspective française », *Recueil Dalloz*, 2017.

AVOUT L. d', « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *Recueil Dalloz*, 2008.

AVOUT L. d', « Les lois de police » *in* AZZI T., BOSKOVIC O. (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 91-121.

AVOUT L. d', « The Protection of Small and Medium-Sized Enterprises in Private International Law, par K. Thorn, Rec. cours La Haye 2023, vol. 433, p. 99-205 », *Rev. crit. DIP*, 2024, p. 196-198.

AZZI T., « La volonté tacite en droit international privé », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2013, no 20, p. 147-177.

BASEDOW J., « Theory of Choice of Law and Party Autonomy », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 17-58.

BASEDOW J., « Uniform Private International Law and the Law of Treaties », *Revue de droit uniforme*, 2006, vol. 11.

BASEDOW J., « Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration - General Report », *Revue de droit uniforme*, 2003, p. 31-52.

BASSO M., « A autonomia da vontade nos contratos internacionais de comércio », *in* BAPTISTA L.O., HUCK H.M., BORBA CASELLA P. (org.), *Direito e comércio internacional:* tendências e perspectivas, São Paulo, LTR, 1994,

BATIFFOL H., « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, Sirey, 1960.

BATIFFOL H., « Contrats et conventions », *Répertoire de droit international Dalloz*, 1re éd., 1968, p. 564.

BENJAMIN A.H., LIMA MARQUES C., « A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme », *Revista dos Tribunais, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo*, 2018, vol. 27, no 115, p. 21-40.

BERAUDO J.-P., « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », *Le droit international privé : esprit et méthodes*, *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde,* Dalloz, 2005.

BETANZOS E., « La tradición jurídica occidental y su recepción en Latinoamérica: apuntes para una revisión », *La Familia Jurídica Iberoamericana*, México, Porrúa, 2016.

BLANCO-ALVARADO C., « Armonización legislativa en la Comunidad Andina respecto a la contratación estatal: Perspectiva desde Colombia », *Revista Científica General José María Córdova*, 2022, vol. 20, n° 37, p. 227 241.

BLANCO-ALVARADO C., « La armonización legislativa como instrumento de solución de conflictos en la Comunidad Andina », *Prolegómenos*, 2021, vol. 24, nº 47, p. 133-145.

BOELE-WOELKI K., « ¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales? », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 93-109.

BOGGIANO A., « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les principes d'UNIDROIT, *Revue de droit uniforme*, 1996, p. 219-228.

BOLLÉE S., « La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 203-225.

BONELL M.J., « El Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Roma I") – Es decir, una ocasión perdida », *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, CEDEP, 2010, p. 209-244.

BONELL M.J., « Soft Law and Party Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles », *Loyola Law Review,* 2005, vol. 51, p. 229-252.

BONOMI A., « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux contrats », *in* CASHIN-RITAINE E., BONOMI A. (dir.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles* : actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Genève, Schulthess, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé nº 62, 2008, p. 217-237.

BORBA CASELLA P., « Direito do MERCOSUL e certeza jurídica » *in* KLEINHEISTERKAMP J., LORENZO IDIARTE G.A. (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 417-435.

BOUTIN G.I., « El régimen jurídico de los contratos en el nuevo Código de Derecho Internacional Privado panameño », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 202-234.

BOUTIN G.I., « *Lex mercatoria*: fundamento y apreciación en el Derecho internacional privado panameño », *in* KLEINHEISTERKAMP J., LORENZO IDIARTE G.A. (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 287-300.

BRICEÑO BERRÚ J.E., « Reflexiones sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina », *Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padua, 1989.

BRILMAYER L., « Post-Modernism in American Choice of Law », *Liber Memorialis François Laurent*, 1810-1887, 1989, p. 695-705.

BROLMANN C., « Law-Making Treaties: Form and Function in International Law », *Nordic Journal of International Law*, 2005, vol. 74, p. 383-404.

BUREAU D., « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, Puf, Éd. du JurisClasseur, 1999.

BUREAU D., « L'interprétation par la Cour de justice des lois de police visées par le règlement Rome II », *Rev. crit. DIP*, 2025, p. 159.

BUREAU D., « Les conflits de conventions », *Droit international privé* : travaux du Comité français de droit international privé, 14e année, 1998-2000, 2001, p. 201-242.

BUREAU D., « Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle : Cour de cassation (1re civ.), 29 septembre 2021, n° 20-18.954 », *Rev. crit. DIP*, 2022, p. 410-418.

BUREAU D., MUIR WATT H., « La désignation d'une juridiction étrangère dans un contrat entre parties établies dans un même État membre relève de l'article 25 du règlement Bruxelles I bis CJUE, 1re ch., 8 févr. 2024, Inkreal s.r.o., aff. C-566/22 », *Rev. crit. DIP*, 2024, p. 348-363.

CAICEDO CASTILLA J.J., « La Conferencia de Caracas », *Revista Española de Derecho Internacional*, 1954, vol. 7, n° 1, p. 185-200.

CANÇADO TRINDADE A.A., « Projeto de decreto legislativo sobre suspensão da vigência dos atos internacionais ainda não aprovados pelo Congresso Nacional: elementos para a tomada de posição do Itamaraty », *in* CACHAPUZ DE MEDEIROS A.P. (org.), *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, Brasília, Senado Federal, vol. VIII (1985-1990), 2004.

CAPALBO M.L, IDIARTE G.L., « Las CIDIPS en el Uruguay: una simbiosis duradera », *in* ALL P.M., RODRÍGUEZ CARRERA L.E. (dir.), *CIDIP-OEA: influencia y aplicación en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos*, Santa Fe, Paula Maria All, 1re éd., 2024, p. 315-323.

CERQUEIRA G., « Un impensé de l'internationalisation volontaire du contrat par le choix de loi : du jeu des conventions de droit matériel uniforme », *JDI*, 2024, p. 391-416.

CHAGNY Y., « La détermination de la loi applicable au contrat de travail par la chambre sociale de la cour de cassation », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2011, vol. 19, no 2008, p. 199-224.

CORNELOUP S., « L'application de la loi étrangère », *Revue internationale de droit comparé*, 2014, vol. 66, no 2, p. 363-390.

CUNIBERTI G., « L'exigence d'internationalité en droit international privé des contrats », *in* PAOLA N. (dir.), *L'internationalité du litige* : de l'élément d'extranéité en droit international privé, Legitech, 2024, p. 23-32.

DEBUCHY BOSELLI E., « Extensión de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable en materia de contratos internacionales: la experiencia en el ordenamiento jurídico paraguayo », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 236-254.

DIAZ LABRANO R., « Ley aplicable a los contratos internacionales en base a los Principios de La Haya. Ley nº 5393 de fecha 15 de enero de 2015 de la República del Paraguay », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 277-305.

DOLINGER J., « The Bustamante Code and the Inter-American Conventions in the Brazilian System of Private International Law », *in* KLEINHEISTERKAMP J., LORENZO IDIARTE G.A. (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 133-149.

DREYZIN de KLOR A., SARACHO CORNET T.N., « Análisis de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V, México, 1994) », *Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI*, Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado, Rosario, AADI, 1995, vol. n. 5, p. 31- 46.

DUTOIT B., MAJOROS F., « Les lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *Rev. crit. DIP*, 1984.

ELHOUEISS J.-L., « L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé », *JDI*, 2003, p. 40-85.

ESPINOSA QUINTERO L., « ¿Cuál es la eficacia que le ha reconocido la corte constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrado en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano? », in OVIEDO ALBÁN J. (éd.), *Obligaciones y Contratos en el Derecho Contemporáneo*, Bogotá, Fundación Universidad de la Sabana, 1re éd., 2010, p. 421-517.

ESTRELLA FARIA J.A., « Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform : Stormy Seas or Prosperous Voyage ? », *Revue de droit uniforme*, 2009, p. 5-34.

FARIÑA M., « El nuevo régimen en materia de relaciones de consumo internacionales: ¿una solución suficiente para los reclamos de los cyberconsumidores? », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020*, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 367-390.

FAUVARQUE-COSSON B., « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 96.

FAUVARQUE-COSSON B., « L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion française controversée », *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 263-284.

FAUVARQUE-COSSON B., « Règles impératives et instruments de droit souple », *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 195-206.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P., « ¿Qué CIDIP para cuál América? », *in* KLEINHEISTERKAMP J., LORENZO IDIARTE G.A. (dir.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 31-54.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P., « Comentario Tít. IV, arts. 2601-2612 y 2650-2655 », *in* RIVERA J.C., MEDINA G., ARMELLA C.N. (dir.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2014.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P., « Integración y Derecho en América Latina: Doscientos años de indiferencia mutua », *in* OROPEZA GARCÍA A. (Coord.), *Latinoamérica: frente al espejo de su integración 1810-202*, México, Secretaria de Relaciones Exteriores, Dirección General de Organismos y Mecanismos Regionales Americanos, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 247-261.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P., « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 178-186.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P., « Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana », *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 1996, vol. 12, p. 93-110.

FERNÁNDEZ ARROYO D.P., « What's New in Latin American Private International Law », *Yearbook of Private International Law*, 2005, vol. 7, p. 86-117.

FERNÁNDEZ ROZAS J.C., « Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI », *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, p. 7-32.

FERNÁNDEZ ROZAS J.C., « Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina », *in* J.A. Silva (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria: una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006,

FERRARI F., « La Loi Applicable aux Contrats Conclus par les Consommateurs (Article 5 de la Convention de Rome) », *International Business Law Journal*, 2008, p. 234-262.

FERRARI F., « Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties art. 4 du règlement Rome I », *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 459-482.

FERRARI F., « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 18e année, 2006-2008, 2009, p.115-149.

FERRARI F., « Universal and Regional Sales Law: Can They Coexist ? », *Revue de droit uniforme*, 2003, p. 177-190.

FISCHER T., « Las iniciativas de integración en la segunda mitad del siglo XX », *in* BOGDANDY A. von, LANDA ARROYO C., MORALES ANTONIAZZI M. (éds.), *¿ Integración suramericana a través del Derecho ?, Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 2009, p. 3-23.

FOYER J., « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *Le droit international privé : esprit et méthodes,* Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*,* Dalloz, 2005, p. 285-302.

FRANCESCAKIS P., « Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate' et leurs rapports avec les règles de conflit », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 1-18.

FRESNEDO de AGUIRRE C., « Jurisprudencia uruguaya en materia de contratos internacionales », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., DREYZIN DE KLOR A. (dir.), *Contratos internacionales*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 238-246.

FRESNEDO de AGUIRRE C., « La autonomía de la voluntad en la Contratación internacional y los principios Fundamentales en juego: Las novedades de la ley 19 920 », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado*: No 19 920 del 17 de noviembre de 2020, Montevideo, Uruguay, Editorial Idea, 2022, p. 219-266.

FRESNEDO de AGUIRRE C., « La autonomía de la voluntad en la contratación Internacional », *Derecho Internacional, Comercio, Finanzas y Desarrollo*, Trigésimo Primer Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano, 2005.

FRESNEDO de AGUIRRE C., « Party Autonomy : A Blanc Cheque ? », *Revue de droit uniforme*, 2012, p. 655-679.

FRESNEDO de AGUIRRE C., « Private International Law in Uruguay : Present and Future », *in* BENICKE C., HUBER S., KRONKE H. (dir.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, p. 87-119.

FRESNEDO de AGUIRRE C., HERBERT R., « Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano », *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*: *liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 55-76.

FUENTES HERNÁNDEZ A., ALEGRETT SALAZAR A., « Comunidad Andina: bases jurídico-institucionales y funcionamiento de su sistema de cumplimiento de compromisos », *in* BOGDANDY A. von, LANDA ARROYO C., MORALES ANTONIAZZI M. (éds.), *¿ Integración suramericana a través del Derecho ?, Un análisis interdisciplinario y multifocal,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 2009, p. 359-396.

GALLEGOS ZÚÑIGA J., « Aplicación e influencia de las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) en el ordenamiento jurídico chileno », *in* ALL P.M., RODRÍGUEZ CARRERA L.E. (dir.), *CIDIP-OEA: influencia y aplicación en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos*, Santa Fe, Paula Maria All, 1re éd., 2024.

GALLEGOS ZÚÑIGA J., « Deficiencias en las normas internas de derecho aplicable a los contratos internacionales, en los países miembros de la alianza del pacífico », *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2018, p. 585-614.

GAMA L., « Autonomia da vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro: Uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável », *in* C. TIBURCIO, L.R. BARROSO (org.), *O direito internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

GAMA L., « General Considerations on the Interaction of the UPICC and the Brazilian Law », *in* GARRO A., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law nº 51, 1re éd., 2021, p. 70-71.

GARRO A., « Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina: Esfuerzos, Tendencias y Realidades », *Themis Revista De Derecho*, 1992, vol. 24, p. 13-40.

GAUDEMET-TALLON H., « Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional : l'exemple du droit communautaire », *in* EINHORN T., SIEHR K. (éds.), *Intercontinental Cooperation Through Private Internationa Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh,* The Hague, T.M.C Asser Press, 2004, p. 119-137.

GAUDEMET-TALLON H. « Quel Droit International Privé pour l'Union Européenne ? », *in* BORCHERS P.J., ZEKOLL J. (éds.), *International conflict of laws for the third millennium: essays in honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley, NY, Transnational Publishers, Inc., 2001, p. 317-338.

GIANNAKOPOULOS A., « Trust et clause d'élection de for au sein du règlement Bruxelles I bis (Cass. [Italie], Civ. 1re, 8 févr. 2024, n° 3566/2024) », *Rev. crit. DIP, 2024*, p. 505-515.

GIRAL PIMENTEL J.A., « La teoría de las vinculaciones. El régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 2000, nº 117, p. 15-26.

GIULIANO M., LAGARDE P., « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Journal officiel des Communautés européennes*, 1980, n° C 282/1.

GOLDMAN B., « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé,* 2e année, 1977-1980, p. 221-270.

GOLDSCHMIDT W., « Droit international privé latino-américain », *JDI*, 1973.

GONZÁLEZ PEDROUZO C., « Protección de la parte más débil en la Ley general de derecho internacional privado », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020*, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 195-217.

GORÉ M., « Un seul lit pour deux rêves : la codification du droit international privé dans les Caraïbes », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*, LGDJ Iprolex, 2018.

GRANDINO RODAS J., « Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais », *in* GRANDINO RODAS J. (coord.), *Contratos internacionais*, 3e éd. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-66.

GROB DUHALDE F.J., « La ley aplicable a los contratos internacionales en ausencia de elección por las partes », *Revista Chilena de Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2014, vol. 41, n° 1, p. 229-265.

GROTE R., « Los esfuerzos integradores en el contexto histórico suramericano », *in* BOGDANDY A. von, LANDA ARROYO C., MORALES ANTONIAZZI M. (éds.), *¿ Integración suramericana a través del Derecho ?, Un análisis interdisciplinario y multifocal,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 2009, p. 3-23.

GUZMÁN BRITO A., « La tradición jurídica occidental y su recepción en Latinoamérica: apuntes para una revisión », *La Familia Jurídica Iberoamericana*, México, Porrúa, 2016.

HAMMJE P., « L'ordre public de rattachement », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 18e année, 2006-2008, Paris, Éditions Pedone, 2009, p. 153-186.

HERNÁNDEZ-BRETÓN E., « ¡¡¡Un monstruo !!! ¿Derecho (…) quéeeee…? », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 137-148.

HERNÁNDEZ-BRETÓN E., « Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional: ensayo de derecho privado », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 1988, p. 377-420.

HERNÁNDEZ-BRETÓN E., « El régimen de las obligaciones en el proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 1988, vol. 69, p. 321-350.

HERNÁNDEZ-BRETÓN E., « La contratación mercantil internacional a la luz de la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México, 1994) », *Visión contemporánea del Derecho Mercantil venezolano*, IV Jornadas Centenarias de Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Editorial Vadell Hermanos, Valencia, 1998.

HERNÁNDEZ-BRETÓN E., « La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., DREYZIN de KLOR A. (eds.), *Contratos internacionales*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 167-189.

HERNÁNDEZ-BRETÓN E., « Personajes para una biografía del derecho internacional privado latinoamericano », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 2009, vol. 133, p. 273-280.

HERNÁNDEZ-BRETÓN E., « Venezuela », *in* ESPLUGUES MOTA C., HARGAIN D., PALAO MORENO G. (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid, Edisofer, Serie Europa - América, 2008.

HERNÁNDEZ-BRETÓN E., MADRID MARTÍNEZ C., « Use of the UPICC in Order to Interpret or Supplement National Contract Law: Venezuela », *in* GARRO A., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law no 51, 1re éd., 2021, p. 395-409.

HERNÁNDEZ-BRÉTON E., *Mestizaje cultural de los países de la América Latina,* Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007.

HEUZÉ V., « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 31-60.

ISLER SOTO E., « From *Favor Debilis* to *Favor Consumatore*: Historical Considerations », *Derecho PUCP*, n° 82, 2019, p. 35-60.

IUD C., « Una aproximación al tratamiento de las normas internacionalmente imperativas en el Código Civil y Comercial de la Nación », *Revista Jurídica de Buenos Aires,* Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2016, nº 93, p. 57-83.

JACQUET J.-M., « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, Paris, Ed. Pédone, 12e année, 1993-1995, 1996, p. 23-47.

JACQUET J.-M., « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 905-927.

JACQUET J.-M., « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 727-745.

JAULT-SESEKE F., « L'exécution du travail à l'étranger doit-elle conduire à l'application de la loi étrangère ? », *Revue du Droit du Travail*, 2017, p. 66-68.

JAULT-SESEKE F., « Loi applicable au contrat de travail, la pertinence du critère du lieu d'exécution habituelle du travail relativisée », *Revue du Droit du Travail*, 2013, p. 785-788.

JOHNSON K.L., « L'OHADA et la Modernisation du Droit des Affaires en Afrique », *Revue de droit uniforme*, 2003, p. 71-80.

JOUBERT N., « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I ? », *in* CORNELOUP S., JOUBERT N. (dir.), *Le Règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Dijon, Litec, 2011, p. 230-252.

JUENGER F.K., « Contract Choice of Law in the Americas », *The American Journal of Comparative Law*, 1997, vol. 45, p. 195-208.

JUENGER F.K., « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons », *American Journal of Comparative Law,* vol. 42, 1994, p. 381-394.

KADNER GRAZIANO T.M., « Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situations: The Hague Solution », *Yearbook of Private International Law*, 2013, vol. 14, p. 71-101.

KESSEDJIAN C., « Le principe de proximité vingt ans après », *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 507-522.

KLEIN VIEIRA L., « El consumidor "especialmente hipervulnerable" y el derecho internacional privado », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRIGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016.

KLEIN VIEIRA L., « El proyecto de acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo », *Revista de Direito do Consumidor*, 2015, p. 159-181.

KLEIN VIEIRA L., « Private International Consumer Law in MERCOSUR: The Influence of European Regulations on its Creation », *Journal of Consumer Policy*, 2022, vol. 45, p. 121-134.

KNIGHT F., PAYNE A., SUTTON P., « Charting Caribbean Development », *Journal of Latin American Studies*, Gainesville, 2001, vol. 35, n° 2, p. 413-414.

LAGARDE P., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1991.

LAGARDE P., « Examen de l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligation contractuelles et non contractuelles », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 32-34e année, 1971-1973, 1974, p. 147-201.

LAGARDE P., « Il ne peut être dérogé aux clauses impératives d'une convention internationale à laquelle un contrat est volontairement soumis, Cour de cassation (Ch. com.), 4 février 1992, Mme Karkaba c. Soc. Navale Chargeurs Delmas Vieljeux et autre », *Rev. crit. DIP,* 1992, p. 495.

LAGARDE P., « L'internationalité du point de vue de l'ordre international, *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 46, 2002.

LAGARDE P., « Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* 1975, p. 650-677.

LAGARDE P., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1991.

LAGARDE P., « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 331-360.

LAGARDE P., « Vers une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ? », *Aspects actuels du droit des Affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 571-586, p. 584.

LAGARDE P., TENENBAUM A., « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP,* 2008.

LANDO O., « Choice of lex mercatoria », *Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 747-761.

LANDO O., « Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations », *The King's College Law Journal*, 1997.

LEBEN C., « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, vol. 33, p. 19-40.

LEGENDRE C., « L'élément d'extranéité », *in* PAOLA N. (dir.), *L'internationalité du litige* : de l'élément d'extranéité en droit international privé, Legitech, 2024, p. 9-22.

LEÓN A., « Reforma del sistema chileno de Derecho Internacional Privado », *in* KLEINHEISTERKAMP J., LORENZO IDIARTE G.A. (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 179-189.

LEREBOURS-PIGEONNIERE P., « A propos du contrat international », *JDI*, 1951.

LEVEL P., « Le contrat dit sans loi », *Comité français de droit international privé,* 1967.

LIMA MARQUES C., « O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme », *in* LIMA MARQUES C. (dir.), *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2e éd., 2014.

LIMA MARQUES C., « Lei mais favorável ao consumidor e o Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017 », *Revista de Direito do Consumidor*, 2019, vol. 121, p. 419-457.

LIMA MARQUES C., « A insuficiente proteção do consumidor nas normas de DIPR da necessidade de uma convenção interamericana sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MASTRÁNGELO F. (org.), *El futuro de la codificación del derecho internacional privado en América*, De la CIDIP VI a la CIDIP VII, Alveroni Ediciones, 2005, p. 105-165.

LIMA MARQUES C., « A Proposta Brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre a Lei Aplicável a alguns Contratos com Consumidores (CIDIP VII): Temas e Discussões no Fórum de Expertos da OEA », *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* – PPGDir./UFRGS, 2014, vol. 1, no 5, en ligne https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/51112 (consulté le 24 septembre 2025), p. 75-106.

LIMA MARQUES C., « A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral », *Cursos de Derecho internacional*, Serie temática, Parte 2, El Derecho internacional privado en las Américas (1974-2000), Washington, D.C., Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA, 2002.

LIMA MARQUES C., « As lições da reunião preparatória de Porto Alegre da Conferência especializada de direito internacional privado – CIDIP VII de proteção dos consumidores e das negociações posteriores », *Protección de los consumidores en América*, Trabajos de la CIDIP VII (OEA), CEDEP, 2008, p. 179-209.

LIMA MARQUES C., « La protección del consumidor en el derecho internacional privado uruguayo: Una comparación con los proyectos brasileños », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020*, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 347-365.

LIMA MARQUES C., « Les leçons de la réunion préparatoire de Porto Alegre pour la Conférence Spécialisée de Droit International Privé — CIDIP VII — sur la protection des consommateurs et des négociations subséquentes », *Revista da Faculdade de Direito-UFRGS*, 2017, vol. 1, no 1.

LIMA MARQUES C., « Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico », *Revista da Faculdade de Direito-UFRGS*, 2017, vol. 23, nº 23, p. 47-84, en ligne https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73065 (consulté le 24 septembre 2025).

LINARES RODRÍGUEZ E., « Le droit international privé du Nicaragua et le projet de loi modèle de l'OHADAC », *in* FERNÁNDEZ ROZAS J.C. (coord.), *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe*: *Estudios y Materiales Preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado de 2014*, Madrid, Iprolex, 2015, p. 157-173.

LLANO A. de, « Relaciones de consumo en la Ley general de derecho internacional privado », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020*, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 391-399.

LOPEZ HERRERA F., « El contrato en el derecho internacional privado », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, 1954, n° 1, p. 87-100.

LORENZO IDIARTE G.A., « ¿Cuándo un contrato es internacional? - Análisis desde una perspectiva regional » *in* KLEINHEISTERKAMP J., LORENZO IDIARTE G.A. (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 105-132.

LORENZO IDIARTE G.A., « Las fuentes del derecho internacional privado », *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, vol. 10, 2018, p. 323-347.

LUNARDELLI CALDEIRA A., « El Comité Jurídico Interamericano de la OEA y sus perspectivas: La necesidad de una reforma profunda y de una correción de curso », *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y Integración*, 2019.

MADRID MARTÍNEZ C., « Características generales del sistema de DIPr venezolano », *in* FERNANDEZ ROZAS J.C. (coord.), *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe*, Estudios y Materiales Preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado de 2014, Madrid, Iprolex, 2015, p. 247-273.

MADRID MARTÍNEZ C., « Constitución y Derecho Internacional Privado », *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, nº 10, p. 227-267.

MADRID MARTÍNEZ C., « De las diversas formas de excepción de autonomía conflictual en la contratación internacional colombiana », *Anuario Español de Derecho Internacional Privado,* 2018, p. 637-659.

MADRID MARTÍNEZ C., « El Derecho internacional privado venezolano y la codificación interamericana », *Anuario de la Maestría en Derecho internacional privado y comparado*, n° 1, 2019.

MADRID MARTÍNEZ C., « La Contratación Internacional en La Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana. Una Mirada Desde Los Sistemas Latinoamericanos », *Revista de La Facultad de Derecho*, 2021, nº 74.

MADRID MARTÍNEZ C., « Los contratos internacionales en la jurisprudencia venezolana », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., DREYZIN DE KLOR A. (dir.), *Contratos internacionales*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 247-266

MADRID MARTÍNEZ C., « Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor », *in* D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, J.A. MORENO RODRÍGUEZ (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 437-456.

MADRID MARTÍNEZ C., « Una buena interpretación en el ámbito equivocado: el caso de la letra de cambio que fue contrato », *RVDM*, 2023, nº 10, p. 41-62.

MAEKELT T.B. de, « Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia », *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 2004, n° 142, p. 25-114.

MAEKELT T.B. de, « Ley de Derecho Internacional Privado venezolano: Comentarios generales », *Revista de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 2000, vol. 1, n° 117, p. 144-161.

MANKOWSKI P., « Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation », *in* CASHIN-RITAINE E., BONOMI A. (dir.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles : actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Genève, Schulthess, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé nº 62, 2008, p. 121-160.

MARCILHACY D., « !Nada de latinismos ! Amérique "latine" ou Amérique "hispanique" », *Cahiers d'études romanes*, 2015, vol. 30.

MARÍN Z., *Rol de la lex mercatoria en la contratación internacional venezolana del siglo XXI*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Tesis nº 6, 2010.

MARIÑO LÓPEZ A., « Questionnaire on the Use of the UPICC in Order to Interpret or Supplement National Contract Law: Uruguay », *in* GARRO A., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law nº 51, 1re éd., 2021, p. 353-360.

MAYER P., « HEUZÉ (V) : La réglementation française des contrats internationaux, Étude critique des méthodes », *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 852-858.

MAYER P., « La délocalisation du contrat », *La relativité du contrat : actes du colloque,* Nantes, 1999, t. IV, Paris, LGDJ, 2000.

MAYER P., « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, p. 277-345.

MAYER P., « Réflexion sur la notion de contrat international », *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, 2008.

MICHAELS R., « Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D. P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 153-188.

MONTANO M., MARTÍNEZ E.G., « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC) as Reference for the Uniform Interpretation of Guatemalan Law », *in* GARRO A.,

MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law nº 51, 1re éd., 2021, p. 183-194.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « Más allá de la Convención de México y los Principios 189 de La Haya: ¿qué sigue para las Américas? » *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 189-200.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « Autonomía contractual transfronteriza em el Paraguay: ¡ Habemus jurisprudencia ! », *in* CEDEP (éd.), *Derecho internacional privado y Derecho de la integración: Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano,*Asunción, CEDEP, 2013, p. 373-386.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « Autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado paraguayo », *Libro Homenaje a Tatiana Maekelt*, CEDEP, Asunción, 2010, p. 409-451.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « El rol pionero de los tratados de Montevideo para la codificación del derecho de la contratación internacional en el mundo », *Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889, 1re éd., 2019.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « La nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte I) », *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, vol. 73, n° 1, p. 187-206.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « Miscelánea: la nueva guía de la organización de estados americanos y el derecho aplicable a los contratos internacionales (Parte II) », *Revista Española de Derecho Internacional*, 2021, vol. 73, nº 2, p. 261-283.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro? », *in* BASEDOW J., FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (coord.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, CEDEP, La Ley, 2010, p. 245-340.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « Más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya: ¿qué sigue para las Américas? », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 189-199.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « Nueva ley paraguaya de contratos internacionales: ¿Regreso al pasado? », *in* Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario (dir.), *Temas actuales del derecho bancario y societario*, Asunción, Intercontinental Ed, 1re éd., 2015, p. 121-201.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « The new OAS Guide on International Contracts », *in* BENICKE C., HUBER S., KRONKE H. (dir.), *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag am 24. Juli 2020*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, p. 400-413.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past? », *Eppur si muove: The Age of Uniform Law*, Essays in honour of Michael

Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday, Rome, UNIDROIT, 2016, vol. 2, p. 1146-1178.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC) as Reference for the Uniform Interpretation of Paraguayan Law », *in* GARRO A., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law nº 51, 1re éd., 2021.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., ALBORNOZ M.M., « Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional », *Revista Electrónica El Dial*, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, 2011.

MORENO RODRÍGUEZ J.A., MERCEDES ALBORNOZ M.M., « Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts », *Journal of Private International Law*, 2011, vol. 7, n° 3, p. 491-526.

MUIR WATT H., « La fonction économique du droit international privé », *Revue internationale de droit économique*, 2010, p. 103-121.

NEUMAYER K.H., « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit. DIP*, 1957, p. 579-604.

NOODT TAQUELA M.B., « Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (México, 1994) », *Boletin de la Seccion Derecho Internacional Privado de la AADI*, Casa del Foro de Rosario, AADI, 1995, vol. 5.

NOODT TAQUELA M.B., « Jurisprudencia argentina sobre contratos internacionais », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., DREYZIN de KLOR A. (eds.), *Contratos internacionales*, Asunción, CEDEP, 2008, p. 203-228.

NOODT TAQUELA M.B., « La prestación característica vislumbrada como criterio para regir los contratos internacionales en el Tratado de Montevideo de 1889 » *Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889, 1re éd., 2019.

NORD N., « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *Rev. crit. DIP*, 2016, p. 309-330.

OLIVEIRA MAZZUOLI V. de, « Lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiros marítimos », *Revista LTr*, São Paulo, 2022, vol. 86, nº 2, p. 148-163.

OLIVEIRA MAZZUOLI V. de, « Valor *per se* do Anteprojeto de Lei Geral de Direito Internacional Privado », *Revista dos Tribunais*, n° 114, vol. 1079, 2025, p. 177-195.

OLIVEIRA MAZZUOLI V. de, BOGER PRADO G., « Autonomia da vontade no Anteprojeto de Lei Geral de Direito Internacional Privado »*, Lusíada Revista de Direito,* vol. 34, Lisboa, 2025, p. 77-107.

OLIVEIRA MAZZUOLI V. de, BOGER PRADO G., « L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil », *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 427- 456.

OLIVEIRA MAZZUOLI V. de, BOGER PRADO G., « Les contrats commerciaux internationaux face aux situations de crises sanitaires transnationales dans le cadre du MERCOSUR », *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, vol. 9, n° 17, 2021, p. 172-204.

OLIVEIRA MAZZUOLI, V. de, « Ainda a questão da lei aplicável aos contratos de trabalho de tripulantes de navios de cruzeiro », *Revista Venturoli Trabalhista*, vol. 1, 2026, p. 130-147.

OPERTTI BADÁN D., « Necesidad de un derecho internacional privado del MERCOSUR », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P. (coord.), *Derecho Internacional Privado de les Estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay,* Buenos Aires, Zavalia, 2003.

OPERTTI BADÁN D., « Primera lectura de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay a cargo del Profesor Emérito de Derecho Internacional Privado Dr Didier Opertti Badán en el aula 'Tatiana Maekelt', Caracas, 3 de diciembre de 2020 », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020*, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 13-35.

OREJUDO PRIETO de LOS MOZOS P., « Le droit international privé colombien et le projet de loi modèle de l'OHADAC », *in* FERNANDEZ ROZAS J.C. (dir.), *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe : Estudios y Materiales Preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado de 2014*, Madrid, 2015, p. 119-134.

PAMBOUKIS C.P., « Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions », *Revue Hellénique de Droit International,* 1994, p. 475- 486.

PAMPILLO BALIÑO J.P., « El derecho de la integración americana », *in* PAMPILLO BALIÑO J.P., DAMIÁN MARTÍN A.O., BOTERO GÓMEZ S. (coord.), *La Familia Jurídica Iberoamericana*, México, Editorial Porrúa, 2016, p. 317-335.

PARRA-ARANGUREN G., « El reenvío en el derecho internacional privado venezolano », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 1991, vol. 79, p. 139-240.

PARRA-ARANGUREN G., « La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado: CIDIP-V, México, 1994 », *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, Caracas, 1994.

PARRA-ARANGUREN G., « La revisión del Código Bustamante », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1973-1974, vol. 18, p. 9-132.

PARRA-ARANGUREN G., « Los precedentes venezolanos del Código Bustamante », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1973-1974, vol. 17, p. 9-118.

PATAUT E., note CJUE, 12 septembre 2013, Aff. C-64/12, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 159-174.

PEREZNIETO CASTRO L., « Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales », *Revista de Derecho Privado*, 1994, n° 13/14, p. 137-149.

PEREZNIETO CASTRO L., « Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *Contratación Internacional: Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998.

PEREZNIETO CASTRO L., « Nota sobre el Derecho Internacional Privado mexicano actual » *in* KLEINHEISTERKAMP J., LORENZO IDIARTE G.A. (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 153-167.

PERTEGAS M., « The Provenance of the Hague Principles », *in* GIRSBERGER D., KADNER GRAZIANO T., NEELS J.L. (dir.), *Choice of Law in International Commercial Contracts*, Oxford University Press, 1re éd., 22 mars 2021, p. 141-150.

PIRONON V., « Le(s) critère(s) de l'internationalité à l'épreuve des pratiques du commerce international », *Mélanges É. Loquin*, LexisNexis, 2018, p. 553-568.

PRADIER-FODÉRÉ P., « Chronique des faits internationaux : Amérique espagnole », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1888, p. 509-520.

PUIG HERNANDEZ C.A., « Las normas internacionales de la Ley Federal del Trabajo », *in* KURCZYN VILLALOBOS P., TENA SUCK R. (coords.), *Tema selectos de derecho laboral*, *Liber amicorum*: homenaje a Hugo Ítalo Morales Saldaña, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, p. 425-462.

QUEGUINER J.-S., « Variations sur la condition d'internationalité et l'internationalisation volontaire des contrats internes », *JDI*, 2024, p. 1491-1502.

RADICATI di BROZOLO L.G., « Règles transnationales et conflit de lois : réflexions à la lumière des principes UNIDROIT et des principes de La Haye », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet : le droit des rapports internationaux économiques et privés*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 275-298.

RAMÍREZ BRAIZ P., « La determinación del derecho aplicable al contrato internacional de consumo en Venezuela y el acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo », *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2020, vol. 2.

RIVERA J.C., « The Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Order to Interpret or Supplement Argentine Contract Law », *in* GARRO A., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Cham, Springer International Publishing, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law nº 51, 1re éd., 2021, p. 39-53.

RIVERO B.J., « El contrato de trabajo en la Ley general de derecho internacional privado ley aplicable y juez competente », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado*: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 401-414.

ROCHA VALENCIA A., « América Latina y el Caribe: la dimensión política de los procesos de integración regional y subregional », *Revista de Ciencias Sociales,* Departamento de Sociología, Uruguay, 2002, p. 23-37.

ROCHA VALENCIA A., « La dimensión político-institucional de los procesos de integración de América Latina (2000–2016) », *Anuario Latinoamericano – Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, 2019, vol. 7, p. 17-74.

RODRÍGUEZ MENDOZA, F., « Bolivia », *in* ESPLUGUES MOTA C., HARGAIN D., PALAO MORENO G. (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid, Edisofer [u.a.], Serie Europa - América, 2008.

RODRÍGUEZ SCARLATO C., « La autonomía de la voluntad en la relación del derecho aplicable a los contratos internacionales: Consagración y límites. Modalidades contractuales con soluciones especiales », *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado*: n° 19 920 del 17 de noviembre de 2020, Montevideo, Editorial Idea, 2022, p. 267-292.

ROMANO G.P., « Le choix des principes Unidroit par des contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI*, 2007.

ROMANO G.P., « Règles internationalement supplétives et règles internationalement disponibles », *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 243–252.

ROMERO F., « Autonomía de las partes » *in* MAEKELT T.B. de, ESIS VILLARROEL I., RESENDE C. (coord.), *Ley de derecho internacional privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, t. 1.

ROMERO F., « Las personas juridicas y las obligaciones en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 2000, nº 117, p. 163-183.

RUANO L., « The European Union and Regional Integration in the Americas », *in* FAWCETT L., SERRANO M. (éds.), *Regionalism and Governance in the Americas, Continental Drift*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, p. 52-67.

SAMTLEBEN J., « La relación entre Derecho internacional público y privado en Andrés Bello », *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 34, 1982, p. 399-408.

SAMTLEBEN J., « Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, CEDEP, 2010, p. 413-426.

SAMTLEBEN J., « Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P. (dir.), *Derecho internacional privado americano actual: tendencias y relaciones; (jornadas de la ASADIP 2008)*, México, Univ. Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Serie doctrina jurídica nº 552, 1re éd., 2010, p. 15-27.

SAMTLEBEN J., « Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano », *in* CHIPANI S. (dir.), *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, Padova, CEDAM, Roma e America: Collana di Studi Giuridici Latinoamericani, 1988, p. 193-211.

SANCHEZ LORENZO S.A., « Postmodernismo y Derecho Internacional Privado », *Revista Espanola de Derecho Internacional*, vol. 46, n° 2, 1994, p. 557-586.

SANTOS BELANDRO R.B., « ¿Que imagen refleja un Tratado de 1889 en el espejo del siglo XXI? », *in* FRESNEDO de AGUIRRE C., LORENZO IDIARTE G.A. (dir.), *130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889: legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual: jornadas organizadas por el Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de la República, 5 y 6 de junio 2019*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2019.

SANTOS BELANDRO R.B., « Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo », *Revista de la Facultad de Derecho*, 2005, vol. 8, p. 25-108.

SANTOS BELANDRO R.B., « Pasado y presente de la codificación del derecho internacional privado en américa latina », *in* PEREZNIETO CASTRO L., TREVES T., SEATZU F. (éds.), *Tradition and Innovation of Private International Law at the Beginning of the Third Millennium*, New York, Juris Publishing, Inc, 2006, p. 171-222.

SANTOS BELANDRO R.B., « Vigencia de los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 a la luz de las CIDIP I, II y III », *Revista de informação legislativa*, 1989, vol. 26, nº 103, p. 295-310, en ligne https://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/181986 (consulté le 17 septembre 2024).

SCHERER M., « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement ? — L'exemple du Choix Tacite Résultant des Clauses Attributives de Juridiction et d'Arbitrage », *in* CORNELOUP S., JOUBERT N. (dir.), *Le Règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Dijon, Litec, 2011, vol. 35, p. 253-283.

SCHNITZER A.F., « La loi applicable au contrat », *Rev. crit. DIP*, 1955.

SCHÖTZ G.J., « El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas », *Ars Iuris Salmanticensis*, 2013, vol. 1, n° 2, p. 115–150.

SILVA ALONSO R., « La contratación internacional en América - del Congreso Sudamericano de DIP de 1889 à la V Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado », *in* KLEINHEISTERKAMP J., LORENZO IDIARTE G.A., *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Univ, 1re éd., 2002, p. 23-30.

SILVA SILVA J.A., « Construyendo una ley de derecho internacional privado para México », *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2018, p. 721-737.

SILVA SILVA J.A., « Notas sobre el Derecho Aplicable a las relaciones de tráfico jurídico entre Entidades Federativas relacionas con los contratos », *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado,* n° 16, 2004, p. 75-94

SINDRES D., « Nouvelle trouvaille de la Cour de Justice : l'internationalisation d'une situation au moyen d'une clause attributive de compétence », *Recueil Dalloz*, 2024, p. 1563-1567.

SINDRES D., « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 787-836.

SIQUEIROS J.L., « La OEA y el derecho internacional », *Revista Mexicana de Política Exterior: la OEA hacia el siglo XXI*, juin-septembre 1998, vol. 54, p. 37-67.

SIQUEIROS J.L., « Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales »*, Contratación Internacional: Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998.

STEWART D.P., « How Private International Law Contributes to Economic Development and the Rule of Law », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., LIMA MARQUES C. (dir.), *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*, Asunción, CEDEP, 2010, p. 81-106.

SYMEONIDES S.C., « Issue-by-Issue Analysis and Depecage in Choice of Law: Cause and Effect », *University of Toledo Law Review*, 2014, vol. 45, n° 4, p. 751-772.

SYMEONIDES S.C., « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 807-842.

SYMEONIDES S.C., « The Story of Party Autonomy », *in* GIRSBERGER D., KADNER GRAZIANO T., NEELS J.L. (dir.), *Choice of Law in International Commercial Contracts*, Oxford University Press, 1re éd., 2021.

TONIOLLO J.A., « Reflexiones acerca del Derecho internacional privado latinoamericano: especial referencia al ámbito del MERCOSUR » *in* KLEINHEISTERKAMP J., LORENZO IDIARTE G.A. (coord.), *Avances del derecho internacional privado en América Latina: liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1re éd., 2002, p. 437-455.

TOVAR GIL J., TOVAR GIL M. del C., « Péru », *in* ESPLUGUES MOTA C., HARGAIN D., PALAO MORENO G. (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid, Edisofer [u.a.], Serie Europa - América, 2008.

UZAL M.E., « Los contratos internacionales en la Argentina », *in* FERNÁNDEZ ARROYO D.P., MORENO RODRÍGUEZ J.A. (dir.), *Contratos internacionales: entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos*, Buenos Aires, ASADIP, 2016, p. 307-331.

VALLADÃO H., « The Influence of Joseph Story on Latin-American Rules of Conflict of Laws », *The American Journal of Comparative Law*, 1954, vol. 3, p. 27-41.

VAREILLES-SOMMIERES P. de, « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI*, 2016, p. 410-453.

VAREILLES-SOMMIÈRES P. de, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », *Mélanges en l'honneur de Pierre Meyer*, LGDJ, 2015.

VAREILLES-SOMMIERES P. de, « L'ordre public » *in* AZZI T., BOSKOVIC O. (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, 1e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 169-188.

VAREILLES-SOMMIERES P. de, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207-290.

VIAL UNDURRAGA M.I., « La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado », *Revista Chilena de Derecho*, 2013, vol. 40, nº 3.

VILLARROEL C., VILLARROEL G., « Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos Internacionales », *Revista chilena de Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 1990, vol. 17, n° 2, p. 351-365.

WITZ C., « L'internationalité et le contrat : L'internationalité, bilan et perspectives », *Revue Lamy Droit des Affaires,* 2002, n° 49, p. 59-66.

ZÚÑIGA GALLEGOS J.R., « El derecho aplicable a las obligaciones contractuales internacionales, una temática aun no zanjada en Chile en los albores del tercer milenio », *in* PICAND ALBÓNICO E. (dir.), *Estudios de derecho internacional privado: chileno y comparado*, Santiago, Legal Publ, 1re éd., 2014.

OUVRAGES ET ARTICLES NON JURIDIQUES

BERMÚDEZ TORRES C.A., « Proyectos de integración en América Latina durante el siglo XX: el Mercosur y el sueño que continúa vigente », *Desafíos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, vol. 22, n° 2, p. 349-390.

BIRLE P., « Cooperación e integración regional en América Latina: entre la globalización y la regionalización » *in* SERBIN A. (dir.), *América Latina y el Caribe frente a un nuevo orden mundial: poder, globalización y respuestas regionales*, Barcelona, Icaria Editorial, Ediciones CRIES, 2018, p. 247-268.

BIRLE P., « El 'Triángulo Atlántico' en tiempos de Trump: Perspectivas de las relaciones birregionales entre la Unión Europea y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños », *in* A. SERBIN (dir.), *América Latina y el Caribe: una compleja transición,* Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Caribe, 14e éd., Buenos Aires, Ediciones CRIES, 2017, p. 9-32.

BRICEÑO RUIZ J., « Del regionalismo abierto al regionalismo poshegemónico en América Latina », *in* SOTO ACOSTA W. (éd.), *Política Internacional e Integración Regional Comparada en América Latina,* Universidad Nacional de Costa Rica, Una, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Flacso, 2014, p. 23-33.

DABÈNE O., « Consistency and resilience through cycles of repoliticization », *in* RIGGIROZZI P., TUSSIE D. (éds.), *The Rise of Post-hegemonic Regionalism: The Case of Latin America*, London, Springer, 2012, vol. 4, p. 41-64.

FAWCETT L., « The Origins and Development of Regional Ideas in the Americas », *in* FAWCETT L., SERRANO M. (éds.), *Regionalism and Governance in the Americas, Continental Drift*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, p. 27-67.

GIORDANO P., MICHALCZEWSKY K., *Trade Trends Estimates: Latin America and the Caribbean*, IDB, 2026, en ligne https://publications.iadb.org/en/publications/english/viewer/Trade-Trends-Estimates-Latin-America-and-the-Caribbean.-2026-Edition.pdf (accès le 19 mars 2026).

MACE G., « Regional Integration in Latin America: a long and winding road », *International Journal*, Canadian International Council, Toronto, 1988, vol. 43, n° 3, p. 404-427.

MARTINIÈRE G., « L'expédition mexicaine de Napoléon III dans l'historiographie française », *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine : L'historiographie du Second Empire*, Paris, t. 21, vol. 1, p. 142-173, 1974.

MARTINIÈRE G., « Michel Chevalier et la latinité de l'Amérique », *Revista NEIBA, Cadernos Argentina-Brasil*, vol. III, n° 1, 2014.

MCPHERSON A., *A Short History of U.S. Interventions in Latin America and the Caribbean*, Chichester, West Sussex, Wiley-Blackwell, 2016.

MINGUET C., *Alexandre de Humboldt : Historien et géographe de l'Amérique espagnole (1799-1804)*, Paris, éd. de l'IHEAL, 1969.

MODESTE D.M., *The Monroe Doctrine in a Contemporary Perspective*, New York, NY, NY Routledge Taylor & Francis Group, Routledge Studies in the History of the Americas, 1re éd., 2020, vol. 12.

MONBEIG P., *Une Amérique latine ou des Amériques latines ?,* Strasbourg, Centre Universitaire des Études Européennes, 1965.

PAZ MILET V., « Reconfiguración del escenario internacional y regional. Estados Unidos o China: ¿ Hacia dónde camina América Latina ? », *in* SERBIN A. (dir.), *América Latina y el Caribe frente a un nuevo orden mundial: poder, globalización y respuestas regionales*, Barcelona, Icaria Editorial, Ediciones CRIES, Colección Pensamiento Propio, 2018, p. 205-223.

PREBISCH R., *Raúl Prebisch: un aporte al estudio de su pensamiento*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, CEPAL, 1re éd., 1987.

QUENAN C., ROMERO A., « Crisis de la globalización y desafíos para América Latina y el Caribe », *in* SERBIN A. (dir.), *América Latina y el Caribe frente a un nuevo orden mundial: poder, globalización y respuestas regionales*, Barcelona, Icaria Editorial, Ediciones CRIES, Colección Pensamiento Propio, 2018, p. 69-95.

RIGGIROZZI P., « Reconstructing regionalism: What does development have to do with it? », *in* RIGGIROZZI P., TUSSIE D. (éds.), *The Rise of Post-hegemonic Regionalism: The Case of Latin America*, London, Springer, 2012, vol. 4, p. 17-39.

RIGGIROZZI P., TUSSIE D., « The Rise of Post-Hegemonic Regionalism in Latin America », *in* RIGGIROZZI P., TUSSIE D. (éds.), *The Rise of Post-hegemonic Regionalism: The Case of Latin America*, London, Springer, 2012, vol. 4, p. 1-16.

ROJAS MIX M., *Los cien nombres de América*, Barcelona, Lumen, 1991.

ROMERO V., « Du nominal "latin" pour l'Autre Amérique : Notes sur la naissance et le sens du nom "Amérique latine" autour des années 1850 », *Histoire Et Sociétés de l'Amérique Latine*, 1998, p. 57-86.

ROUQUIÉ A., *Amérique latine. Introduction à l'Extrême-Occident*, Paris, Le Seuil, 1987.

SANAHUJA J.A., « Regionalismo e integración en América Latina: de la fractura Atlántico-Pacífico a los retos de una globalización en crisis », *Pensamiento Propio*, 2016, vol. 21, n° 44, p. 29-76.

SUNKEL O., « Del desarrollo hacia adentro al desarrollo desde dentro », *Revista Mexicana de Sociología*, México, 1991, vol. 53, p. 3-42.

TREJOS ROSERO L.F., PELAEZ BLANDON M.J., « Alianza Bolivariana par los Pueblos de Nuestra América: Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP) un nuevo modelo de integración regional », *Justicia*, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, 2014, vol. 26, p. 26-43.

TUSSIE D., « Latin America: Contrasting Motivations for Regional Projects », *Review of International Studies,* Cambridge University Press, Globalising the Regional - Regionalising the Global, 2009, vol. 35, p. 169-188.

TUSSIE D., TRUCCO P., *Nación y región en América del Sur: los actores nacionales y la economía política de la integración sudamericana*, Editorial Teseo, 2010, p. 1-596.

VAZQUEZ C.M., « Regionalism versus Globalism: A View from the Americas », *Revue de droit uniforme*, 2003, p. 63-70.

VÉLEZ SERRANO M., « El vaivén del regionalismo latinoamericano: una perspectiva histórica », *Ámbito de Encuentros*, 2018, vol. 11, nº 2, p. 7-41.

VILLAFAÑE GOMES SANTOS L.C., *O Brasil entre a América e a Europa: o Império e o Interamericanismo (do Congresso do Panamá à Conferência de Washington)*, São Paulo, Editora UNESP, 2003.

WIONCZEK M.S., « The rise and decline of Latin American economic integration », *Journal of Common Market Studies*, Oxford, England, 1970, vol. 9, n° 1, p. 49-66.

DOCUMENTS ET INSTRUMENTS JURIDIQUES

Actas de las Sesiones del Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado instalado en Montevideo el 25 de Agosto de 1888 y Clausurado el 18 de febrero de 1889, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, México, 1889.

ARGENTINE, Ministerio de relaciones exteriores y Culto, División de Asuntos Jurídicos, *Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo*, Buenos Aires, 1940.

CEPAL, *Cuadernos de la Cepal : Políticas de ajuste y renegociación de la deuda externa en América Latina*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, décembre 1984, vol. 48.

CEPAL, *El regionalismo abierto en América Latina y el Caribe* : *la integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad,* Naciones Unidas, Santiago de Chile, septembre 1994.

CEPAL, *Informe del grupo de trabajo sobre los aspectos sociales del desarrollo economico en America Latina. Boletín Económico de América Latina*, mars 1961, vol. 6, n° 1.

CEPAL, *Una década de luces y sombras* : América latina y el caribe en los años noventa, Economía de América Latina, Bogotá D.C., Alfaomega S.A, 2001.

CEPAL, *Anuario Estadístico de América Latina y el Caribe*, 2025 (LC/PUB.2025/25-P/Rev.1), 2026, en ligne https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/b2476d6d-34cd-4e70-a7b7-d39e244a9070/content (accès le 19 mars 2026).

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Livre Vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, COM (2002) 654 final, Bruxelles, 2003

HCCH, *Conclusions and Recommendations*, Council on General Affairs and Policy, 5-8 mars 2019, p. 8, en ligne https://assets.hcch.net/docs/c4af61a8-d8bf-400e-9deb-afcd87ab4a56.pdf (consulté le 6 janvier 2025).

OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado*: Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940, Actas y Documentos Seleccionados, Rio de Janeiro, août 1974.

OEA, Comité Jurídico Interamericano, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones*, Informe y recomendaciones de buenas prácticas, CJI/doc. 683/23 rev.3. Washington, 12 décembre 2023.

OEA, Comité Jurídico Interamericano, *Textos de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado (1889, 1939 y 1940),* Washington, D.C., Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, mars 1973.

OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the law applicable to international commercial contracts in the Americas,* 2019.

OEA, Inter-American Juridical Committee, *Guide on the Law Applicable to International Investment Arbitration*, Panama City, 2024.

OEA/SG, DDI/doc. 3/16, *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas : Paper prepared by the Department of International Law*, Secretariat for Legal Affairs

Organization of American States (Original : English), 15 mars, 2016, Annexe B : Réconciliation entre les textes espagnol, anglais et français (Partie B - Français).

JURISPRUDENCE

- **ARGENTINE**

CCiv. y Com., sala G, *Smulevich, Alberto c. Disi, Roberto*, Buenos Aires, 9 août 1989

CCiv. y Com., sala Tercera, Rosario, *Editorial Diario La Capital S.A.*, 7 décembre 2006

CNCiv. y Com. Fed., sala Tercera, *Banco Europeo para América Latina c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.*, 27 octobre 2006

CNCom., sala A, *Caterpillar Financial Services Corporation c. Guidobono*, José, 1er novembre 2007

CNCom., sala A, *Compañía Manufacturera Manisol c. Menini Hermanos*, 5 septembre 2018

CNCom., sala A, *Estudio GF S.A. c. ATEC S.A. s. ordinario. 2° instancia*, 18 juin 2018

CNCom., sala A, *Golub Gustavo c. International Vendome Rome – IVR S.A. 2*, 28 décembre 2012

CNCom., sala A, *Murex Argentina c. Abbott Laboratories e International Murex Technologies Corporation c. Murex Argentina*, 1er avril 2014

CNCom., sala B, *SGZ Bank Südwestdeutsche Genossenschafts Zentralbank AG. c. Productos e Insumos de Fitness S.A.*, 9 mai 2000

CNCom., sala B, *Standard Bank London Ltd. y otros c. Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland y otro*, 7 août 2007

CNCom., sala D, Buenos Aires, *Giumarra International Berry LLC c. Fresh Gardens SA s. ejecutivo*, 28 avril 2022

CNCom., sala D, *Pramac Ibérica c. Sincrolamp,* 19 novembre 2008

CNCom., sala E, *Arrebillaga c. Banco de la Provincia de Santa Cruz*, 1er mars 1984

CNCom., sala E, Buenos Aires, *Cervecería y Maltería Paysandú*, 7 novembre 2002

CNCom., sala E, I*.A.B. Compañía de Seguros S.A por Arnaldo Hector y Outro*, Buenos Aires, 14 mars 2019

CNCom., sala E, *Ogden Entertainment Services Inc. c. Eijo, Néstor E. y otro*, 20 septembre 2004

CNCom., sala F, Buenos Aires, *Ecotune (India) Private Ltd. c. Cencosud S.A.*, 7 octobre 2010

CNCom., sala F, Buenos Aires, *Industrias Rotor Pump S.A. c. Franklin Electric Sales Inc. y otros s. medida precautoria*, 7 septembre 2017

CNTrab., sala I, A.*V.Y.M. c. Embajada de la República del Paraguay*, 27 juin 2016

CNTrab., sala II, *Benítez, María del Carmen c. Editorial Atlántida s. despido*, 6 novembre 2002

CNTrab., sala II, *Galvan, Nestor y otro c. Altamiranda, Nelson y Asociados S.A.*, 31 mai 1999

CNTrab., sala II, *Krautmann de Portaro, Berta c. Instituto Goethe Buenos Aires*, 20 juin 2001

CNTrab., sala II, *Sánchez, Raúl c. Lichtenstein, Mario*, 17 août 2000

CNTrab., sala III, *Adano, Juan O. c. Dresser Atlas Argentina SA.*, 21 février 1983

CNTrab., sala V, *Sarmiento, César Manuel c. Editorial Perfil S.A.*, 27 juillet 1988

CNTrab., sala VII, *Cernadas de Bohtlingk, María Rocío c. Homero S.A. s. despido*, 23 septembre 2008

CNTrab., sala VII, *De Pablos Suoza, Tomás Manuel c. Hope Funds S.A. y otros s. despido*, 24 avril 2019

CNTrab., sala VIII, *Dupont Bertrand, Yves Louis Marcel c. Constantin Associes*, 30 novembre 2009

CNTrab., sala VIII, *Savignon Belgrano, Carlos H. c. Editorial Abril S.A.*, 18 avril 1991

CSJN, *Avaluar SGR c. Luvama*, 11 juillet 2007

CSJN, *Gobierno de la República del Perú c. SIFAR Sociedad Industrial Financiera Argentina s. incumplimiento de contrato*, 10 décembre 1956

CSJN, Lamas, *Emilio Luis c. Banco Mercantil del Río de la Plata Montevideo*, 15 mars 1968

CSJN, *Méndez Valles c. Pescio*, 26 décembre 1995

CSJN, *Picapau s. concurso s. incidente por Buettner SA*, 17 mars 2009

CSJN, *Willard, Michael c. Banco de la Nación Argentina*, 13 septembre 2011

Juz. Nac. Civ. 73, *Nunnari Juan Ignacio c. Club Atlético Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, 23 février 2016

Juz. Nac. Com. 13, *Cistern S.R.L. c. José Piccardo S.A.I.C.*, Buenos Aires, 7 octobre 1976

Juz. Nac. Com. 13, *Feramérico c. Lital*, Buenos Aires, 6 juin 1977

Juz. Nac. Com. 13, Secretaría 26, *Banco Holandés Unido c. González de Domínguez, Elisa E. y otros*, 8 avril 2008

Juz. Nac. Com. 13, Secretaría 26, *Ocerín, José Pascual, c. Talleres Auxiliares de la Industria Minera (TAIM)*, 12 avril 1976

Juz. Nac. Com. 13, *Vincent Cinturino c. Dante Corti y Cía.*, Buenos Aires, 12 avril 1976

Juz. Nac. Com. 26, Secretaría 51, *Arbatax s. concurso preventivo crédito de Dancotex*, Buenos Aires, 2 juillet 2003

Juz. Nac. Com. 26, Secretaría 51, *Ezeta s. concurso s. incidente por Avex Anstalt*, Buenos Aires, 14 mars 2003

Juz. Nac. Com. 4, Secretaría 8, *Mayer y Cie. c. Ciepsa*, 1 instancia, Buenos Aires, 23 décembre 1993.

Juz. Nac. Paz, 46, *Estudios Espíndola c. Bollati, Cristóbal J.*, 7 octobre 1969

Juzg. Nac. Com. n° 13, *Pablo Treviso S.A. y otros c. Banco Argentino de Comercio*, Buenos Aires, 31 août 1976

- **BOLIVIE**

Trib. Const. Pl., Sentencia consitucional 1834/2010-R, Expediente n° 2008-17830-36-RAC, Sucre, 25 octobre 2010

TSJ, Sala Civil, Auto Supremo n° 487/2015, 1er juillet 2015

TSJ, Sala Civil, Auto Supremo n° AS/0351/2018, 7 mai 2018

TSJ, Sala Civil, Auto Supremo n° AS/0483/2016, 16 mai 2016

TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0009/2010, 7 janvier 2010

TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0060/2011, 27 janvier 2011

TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0063/2011, 28 janvier 2011

TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0085/2010, 15 avril 2010

TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0086/2010, 15 avril 2010

TSJ, Sala Plena, Auto Supremo n° AS/0300/2012, 4 décembre 2012

- **BRÉSIL**

STF, ADIn n° 2 591, Tribunal Pleno, 4 mai 2006

STF, Carta rogatória nº 3166, 31 mars 1980

STF, RE n° 93.131-7-MG, 10 mars 1998

STJ, 3ª Turma, REsp n° 1 850 781/SP, 28 septembre 2021

STJ, 3ª Turma, REsp n° 861.248/RJ, 12 décembre 2006

STJ, 3ª Turma, REsp n° 1 280 218/MG, 21 juin 2016

STJ, 3ª Turma, REsp n° 1 628 974/SP, 13 juin 2017

STJ, 4ª Turma, REsp n° 1705222-SP, 16 novembre 2017

STJ, 4ª Turma, REsp n° 63.981-SP, 11 avril 2000

STJ, 4ª Turma, RO n° 13 PE 2001/0008276-9, 19 juin 2007

STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp n° 1 343 290/SP, 20 août 2019

STJ, AgInt no REsp n° 1 627 970, 30 juin 2023

STJ, REsp n° 606.171-CE, 1er février 2005

STJ, REsp n° 963.852-PR, 21 août 2014

STJ, REsp n° 97 099/RS, 17 décembre 1981

TJDFT, 8ª Câmara Cível, Processo n° 07128711720218070001-1625186, 4 octobre 2022

TJDFT, Câmara de Uniformização, Processo n° 1142178, UNJ 2018.00.2.003150-2, 18 octobre 2018

TJRJ, 9ª Câmara de Direito Privado (antiga 2ª Câmara C), APL n° 00036458520208190209, 202 300 170 999, 27 septembre 2023

TJRS, 12ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n° 70065345423, CNJ n° 0219920-44.2015.8.21.7000, 10 septembre 2015.

TJRS, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível n° 70070973771, 27 octobre 2016

TJRS, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível n° 70072090608, 30 mars 2017

TJRS, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível n° 70072362940, 14 février 2017

TJRS, Apelação Civil n° 70073732927, 12 décembre 2017

TJRS, Matrisul Equipamentos de Precisão Ltda. c. LOHR Sistemas Eletrônicos Ltda., nº 70 047 331 723, 4 avril 2012

TJSP, 13ª Câmara de Direito Privado, AI n° 21539914020158260000, SP 2153991-40.2015.8.26.0000, 3 février 2016

TJSP, 24ª Câmara de Direito Privado, Apelação n° 9193861-22.2005.8.26.0000, 18 octobre 2007

TJSP, 25ª Câmara CI, Apelação Cível nº 1005434-77.2015.8.26.0114, 31 juin 2016

TRT-2, 4ª Turma, RO-472200744202000-SP, 15 mai 2009

TST, 1ª Câmara, Processo n° 186000-18.2004.5.01.0034, 6 octobre 2010

TST, 1ª Turma, RR-186000-18.2004.5.01.0034, 5 octobre 2010

TST, 2ª Turma, AIRR-1103-13.2015.5.02.0074, 7 mai 2021

TST, 3ª Turma, AIRR 388-58.2012.5.09.0016, 14 juin 2017

TST, 3ª Turma, RR-1396-76.2011.5.03.0047, 20 octobre 2017

TST, 4ª Turma, AIRR-135240-11.2006.5.04.0261, 14 août 2009

TST, 5ª Turma, Ag-ARR - 11053-32.2016.5.09.0651, 19 septembre 2023

TST, 5ª Turma, AIRR-102800-86.2009.5.04.0024, 9 décembre 2016

TST, 6ª Turma, AIRR-990-61.2012.5.09.0012, 12 septembre 2019

TST, 7ª Turma, ED-ED-RR-107121/2003-900-04-00.0, 13 février 2009

TST, 7ª Turma, RR-194000-45.2009.5.10.0013, 6 décembre 2019

TST, 8ª Turma, ED-RR-12700-42.2006.5.02.0446, 28 août 2009

TST, Ag-Ag-AIRR-10682-19.2016.5.03.0107, Órgão Especial, 25 avril 2025

TST, RR-107121/2003-900-04-00, 13 février 2009

TST, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR-15-72.2019.5.13.0015, 17 décembre 2023

TST, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, RO-52600-82.2009.5.10.0000, DEJT 17 mai 2019

TST, Tribunal Pleno, RR-0010946-64.2023.5.03.0180, 6 avril 2025

- **CHILI**

CA, Sala Octava, Rol n° 1517-1998, *Abn Amro Bank N c. Raimundo Serrano Mc Auliffe Corredores de Bolsa S.A,* 26 décembre 2002

CA, Sala Quinta, Ap. incidente n° 875-2012, *Crossville Fabric Chile S.A. c. Araya Olate Luis y otros*, 17 avril 2013

CA, Sala Segunda, Ap. incidente n° 4086-2007, *Latin America Cro Mmatiss S.A. c. Caceres Valdebenito Carlos Andres*, 10 juillet 2008

CA, Sala segunda, Casacion, rol n° 724-2011, *Italvibras G. Silingardi S.P.A. c. Project*, Antofagasta, 14 décembre 2011

CA, Sala Séptima, Ap. incidente n° 4275-2005, *Laboratorio Chile SA c. Basf Chile SA*, 16 juin 2005

CS, 683-1998, Casación fondo**,** *A.J. Broom y Compañía c. Exportadora Frutícola Antumalal S.A.*, 25 janvier 1999

CS, Civ., Casación fondo n° 22198-2019, *Newcom International Peru S.A. c. Proveedora de Telecomunicaciones Chile Limitada*, 23 avril 2021

CS, Civ., Casación fondo, rol n° 1699-2009, *Cruz Barriga Sergio Carlos c. Soc. Logistica Integral*, 25 août 2010

CS, Civ., Casación fondo, rol n° 2026-2007, *Marlex Limitada c. European Industrial Engineerin*, 28 juillet 2008

CS, Civ., Exequatur n° 104262-2020, *I. Schroeder KG GMBH Co.*, 19 juillet 2021

CS, Civ., rol n° 2598-2020, 6 septembre 2022

CS, Civ., rol n° 2349-2005, Exequatur, *State Street Bank and Trust Company*, 14 mai 2007

CS, Sala Cuarta Mixta, rol n° 154339-2023, 9 janvier 2024

CS, Sala Cuarta Mixta, rol n° 24974-2017, 4 juin 2018

- **COLOMBIE**

Corte Constitucional, C-529/00

Corte Constitucional, C-738/02

Corte Constitucional, C-276/06

Corte Constitucional, T-468/03

Corte Constitucional, T-490/09

CSJ, civ., Exp. 1999-1957

- **COSTA RICA**

CSJ, Sala Primera y Sala Segunda, Acta de Corte Plena n° 055-2020, Artículo XVIII, Documento 12243-2019/3960, 6984-2020/8663-2020, 28 septembre 2020

CSJ, Sala Segunda, Resolución n° 01417-2013, Expediente n° 10-000407-0166-LA, *Corporación de Desarrollo Agrícola Del Monte SA c. la Caja Costarricense de Seguro Social*, 11 décembre 2013

Trib. Segundo Civ. Sección I, Solicitud de quiebra, Resolución n° 00068-2014, Expediente 13-000019-0958-CI, San José, 18 février 2014

Trib. Segundo Civ., Sección II, Resolución n° 00223-2018, Expediente n° 16-000269-0183-CI., *Entrega Internacional de Paquetes, SA y Otras c. Epaqs Courier SA y Otras*, 20 avril 2018

Trib. de Familia, Proceso abreviado de divorcio, Resolución n° 01195-2018, Expediente 17-001866-0292-FA, San José, 28 novembre 2018

- **CUBA**

Trib. Supremo Popular, Sala de lo económico, ETECSA (Cuba) c. Istatel Telecom (Afrique du Sud), 16 juin 2008

- **EL SALVADOR**

Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Sentence n° 152-69CM1-2014, 5 novembre 2014

- **GUATEMALA**

Corte de Constitucionalidad, Expediente 2354-2018, 16 juin 2020

Corte de Constitucionalidad, Expediente 151-2017, 26 avril 2018

Corte de Constitucionalidad, Expediente 5640-2015, 2 mars 2017

Corte de Constitucionalidad, Expediente 2934-2015, 20 juillet 2016

Corte de Constitucionalidad, Expediente 4690-2013, 23 décembre 2015

- **MEXIQUE**

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 3883/201, Tesis 1a LXXVII/2017 (10a.), 10 juin 2015

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo directo en revisión, Expediente n° 3726/2021, 9 mars 2022

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo en revisión 286/2020, 28 octobre 2020

Tesis aislada I.3o.C.810 C, registre digital n° 164196, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, 2010

Tesis aislada IV.2o.A.217 A, registre digital n° 169685, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, 2007

- **PANAMA**

CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, Exequator, reconocimientos de sentencias extranjeras, Expediente n° 997-06, 21 septembre 2007

CSJ, Pleno, Acción de inconstitucionalidad, Expediente n° 145-03, 3 avril 2007

CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, Exequator, reconocimientos de sentencias extranjeras, Expediente n° 837-02, 20 décembre 2002

CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, Exequator, reconocimientos de sentencias extranjeras, Expediente n° 934-02, 11 février 2004

CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, Exequator, reconocimientos de sentencias extranjeras, Expediente n° 906-03, 17 février 2004

CSJ, Sala Cuarta de Negocios Generales, n° 2534672017, Comisión rogatoria librada por la Corte superior de Juneau, Alaska dentro de la demanda por daños y perjuicios instaurada por Miles West Keso contra Inui Steamship Co., Ltd., 17 mars 1997

CSJ, Sala Primera de lo Civil, Expediente n° 179-03, Maersks Sealand Trading c. Agrowest, 1er juin 2005

- **PÉROU**

CSJ, Sala Civil Permanente, Sentencia Casación n° 1106-2017, 26 octobre 2017

CSJ, Sala Civil Transitoria Lima, Casación n° 4800-2012, 18 novembre 2013

- **URUGUAY**

SCJ, n° 312/2000, *Compañía Internacional de Seguros y otros c. Naviera Asunción S.A.*, 24 juillet 2000

SCJ, n° 680/2012, 20 juillet 2012

SCJ, Ejecución de Sentencia Extranjera n° 255/2023, IUE 1-42/2021, *Corporación de Navíos Granos S.A. c. Kilafen S.A.*, 23 mars 2023

SCJ, n° 503/2013, Ficha 1-232/2012, Reconocimiento y Ejecucion de Sentencias Extranjeras (Execuatur), 30 octobre 2013

Trib. de Ap. en Civil de Segundo Turno, n° 59/2010, Gonv Arri Brasil Productos Siderurgicos S.A. c. Timber S.A., 24 mars 2010

Trib. de Ap. en lo Civil de Cuarto Turno, n° 176/2012, *La Boliviana Ciacruz S.A. c. UABL*, 15 août 2012

Trib. de Ap. en lo Civil de Primero Turno, n° 5/2020, *Laboratorio Libra S.A. c. Estado de la República Bolivariana de Venezuela*, 5 février 2020

Trib. de Ap. en lo Civil de Primero Turno, n° 29/2024, 14 fevrier 2024

Trib. de Ap. en lo Civil de Quarto Turno, n° 111/2009, *Mediterranean Shipping Company Uruguay S.A. y otros c. Frigorifico Casablanca S.A*, 20 mai 2009

Trib. de Ap. en lo Civil de Quinto Turno, n° 492/2012, 8 août 2012

Trib. de Ap. en lo Civil de Segundo Turno, n° 74/200, *Cristalerías del Uruguay c. Telestar S.A.*, 14 juin 2000

Trib. de Ap. en lo Civil de Septimo Turno, n° 229/08, *Royal & Sun Alliance Seguros Uruguay Sociedad Anonima c. Panalpina, Pantainer Express Line*, 10 octobre 2008

Trib. de Ap. en Civil de Quinto Turno, n° i26/2016, *Blaquier, María Teresa c. Cia. Gral. De Negocios S.A.I.F.E,* 28 mars 2016.

Trib. de Ap. en Civil de Sexto Turno, n° 99/2008, *Corazzi Paolo Fibre S.R.L. c. Jaspe S.A.,* 30 avril 2008.

- **VENEZUELA**

Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, *Canal Once de Télévision*, 12 mars 1970, in Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, enero-junio, 1970, n° 137, p. 233-260, p. 241

TSJ, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, Banco Universal CA*, 2 décembre 2014

TSJ, *Bottling Companies c. Pepsi Cola Panamericana*, 9 octobre 1997

TSJ, Expediente 0493, n° 01321, Sala Político Administrativa, 3 juillet 2001

TSJ, Recurso de Casación, Expediente 14-257, n° RC.000738, Sala de Casación Civil, *Banque Artesia Nederland, N.V. c. Corp Banca, C.A. Banco Universa*, 2 décembre 2014

TSJ, Sala de Casación Civil, *Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona C.A y outro*, Recurso de Casación, Expediente 22-071, n° 000090, 17 mars 2023

TSJ, Sala de Casación Social, *Enrique Emilio Álvarez Centeno c. Sociedades Mercantiles Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A.*, Aclaratoria y Ampliación, Caracas, 9 août 2005

TSJ, Sala de Casación Social, Expediente 11-1515, n° 0112, Recurso de Casación, *Eric Gerardo Cedeño c. Boc Gases de Venezuela, C.A. y otras*, 16 mars 2015

TSJ, Sala de Casación Social, Recurso de casación, *Roberto José Lares Lleras c. Sociedades Mercantiles Mitsubishi Heavy Industries, Ltd. et autres*, Caracas, 6 juin 2023

Table des annexes

Annexe 1 — Sources conventionnelles *1155*

Annexe 2 — Sources étatiques *1172*

Annexe 3 — Instruments internationaux *1239*

Annexe 1 — Sources conventionnelles

I. La liberté de choix et son régime

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
TRAITÉ DE MONTEVIDEO DE 1889[4423]	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**
TRAITÉ DE MONTEVIDEO DE 1940[4424]	**Protocole additionnel — Article 5 :** « Ni la juridiction ni la loi applicable selon les Traités respectifs ne peuvent être modifiées par la volonté des parties, sauf si ladite loi l'autorise. »	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**

[4423] Traduction libre de l'espagnol.

[4424] Traduction cf. *JDI*, 1956, p. 482-509.

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
CODE BUSTAMANTE[4425]	**Article 166 (Les Obligations en Général) :** « Les obligations qui naissent des contrats ont force de loi entre les parties contractantes et doivent être exécutées suivant ces contrats, sauf les restrictions établies par le présent Code. » **Article 184 (Les Contrats en Général) :** « Les contrats doivent être interprétés, en règle générale, conformément à la loi qui les régit. Cependant, quand cette loi est discutée et qu'elle doit résulter de la volonté tacite des	**Article 184 (Obligations et Contrats) :** « Les contrats doivent être interprétés, en règle générale, conformément à la loi qui les régit. Cependant, quand cette loi est discutée et qu'elle doit résulter de la volonté tacite des parties, la législation déterminée pour ce cas par les articles 185 et 186 sera appliquée comme présomption, même si cette solution amenait à appliquer au contrat une loi distincte comme résultat de	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**

[4425] Traduction cf. A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Le Code de Droit international privé et la Sixième Conférence Panaméricaine*, *op. cit.*, p. 144-223.

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
	parties, la législation déterminée pour ce cas par les articles 185 et 186 sera appliquée comme présomption, même si cette solution amenait à appliquer au contrat une loi distincte comme résultat de l'interprétation de la volonté. » **Article 185 : «** En dehors des règles déjà établies et celles qui, à l'avenir, seront fixées pour des cas spéciaux dans les contrats d'adhésion, est présumée acceptée, à défaut de volonté expresse ou tacite, la loi de celui qui les offre ou prépare. »	l'interprétation de la volonté. » **Article 185 : «** En dehors des règles déjà établies et celles qui, à l'avenir, seront fixées pour des cas spéciaux dans les contrats d'adhésion, est présumée acceptée, à défaut de volonté expresse ou tacite, la loi de celui qui les offre ou prépare. »				

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
CONVENTION DE MEXICO[4426]	**Article 7 :** « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le consentement des parties à ce choix doit être exprès ou, en l'absence d'un tel consentement exprès, il doit découler, d'une façon évidente, du comportement des parties et des clauses contractuelles considérées dans leur ensemble. Ce choix pourra régir tout ou partie du contrat. Le choix d'un for déterminé par les parties n'entraîne pas nécessairement le choix de la loi applicable. »	**Article 7 :** « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le consentement des parties à ce choix doit être exprès ou, en l'absence d'un tel consentement exprès, il doit découler, d'une façon évidente, du comportement des parties et des clauses contractuelles considérées dans leur ensemble. Ce choix pourra régir tout ou partie du contrat. Le choix d'un for déterminé par les parties n'entraîne pas nécessairement le choix de la loi applicable. »	**Article 8 :** « À tout moment, les parties peuvent décider qu'un contrat est assujetti en tout ou en partie à une loi distincte de celle le régissant antérieurement, que cette loi ait été choisie ou non par les parties. Cependant, cette modification n'affectera pas la validité formelle du contrat original, ni les droits des tiers. »	**N/A**	**Article 7 :** « […] Ce choix pourra régir tout ou partie du contrat. […] »	**Article 12 :** « L'existence et la validité du contrat ou de l'une quelconque de ses dispositions, ainsi que la validité matérielle du consentement des parties à l'égard du choix de la loi applicable, sont régies par la norme pertinente conformément à la présente Convention et aux termes du chapitre 2. Cependant, lorsqu'il s'agit d'établir que le consentement de l'une des parties n'a pas été valablement obtenu, le juge devra déterminer la loi applicable en tenant compte de la résidence

[4426] Traduction suggérée par l'OEA, cf. OEA/SG, DDI/doc. 3/16, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts and the Furtherance of its Principles in the Americas, *op. cit.,* Annexe B, p. 44 et s.

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
						habituelle ou du lieu d'établissement de ladite partie, lié à l'opération envisagée. »

II. Le droit applicable en absence de choix

	LOI APPLICABLE EN L'ABSENCE DE CHOIX
TRAITÉ DE MONTEVIDEO DE 1889	**Titre X — Actes juridiques** **Article 32** — La loi du lieu où les contrats doivent être exécutés déterminera s'il est nécessaire de les conclure par écrit et la qualité des actes en quoi ils consistent. **Article 33** — La même loi régit : a) leur existence ; b) leur nature ; c) leur validité. d) leurs effets ; e) leurs conséquences ; f) leur exécution ; g) en résumé, tout ce qui concerne les contrats, sous quelque aspect que ce soit.

	Article 34 — En conséquence, les contrats qui portent sur des choses certaines et individualisées, sont régis par la loi du lieu où elles se trouvent lors de leur conclusion. Ceux qui portent sur des choses déterminées en nature, sont régis par la loi du lieu du domicile du débiteur à l'époque où ils sont passés. Ceux qui portent sur des choses fongibles, par la loi du lieu du domicile du débiteur à l'époque où ils sont passés. Ceux qui portent sur une fourniture de services : a) s'ils ont trait à des choses, par la loi du lieu où celles-ci se trouvaient lors de la conclusion du contrat ; b) si leur efficacité a trait à un endroit déterminé, par la loi du lieu où ils doivent produire effet ; c) en dehors de ces cas, par le lieu du domicile du débiteur à l'époque de la conclusion du contrat. **Article 35** — Le contrat d'échange de choses situées dans des lieux différents, soumis à des lois divergentes, est régi par la loi du domicile des contractants s'il était commun au moment de la conclusion de l'échange et par la loi du lieu où l'échange a été conclu si le domicile était différent. **Article 36** — Les contrats accessoires sont régis par la loi de l'obligation principale à laquelle ils se réfèrent. **Article 37** — La perfection des contrats conclus par correspondance ou par l'intermédiaire d'un mandataire est régie par la loi du lieu où a été faite l'offre. **Article 38** — Les obligations qui naissent sans convention sont régies par la loi du lieu où l'acte licite ou illicite dont elles résultent a eu lieu. **Article 39** — Les formes des instruments publics sont régies par la loi du lieu où ils sont passés. Les instruments privés, par la loi du lieu d'exécution du contrat respectif.
TRAITÉ DE MONTEVIDEO DE 1940	**Titre XI — Actes juridiques** **Article 36** — La loi qui régit les actes juridiques détermine la qualité des actes en quoi ils consistent. Les formes et solennités des actes juridiques sont régies par la loi du lieu où ils sont contractés ou passés. Les modes de publicité, par la loi de chaque État. Article 37 — La loi du lieu d'exécution des contrats régit : a) leur existence ; b) leur nature ; c) leur validité ;

	d) leurs effets ; e) leurs conséquences ; f) leur exécution ; g) en résumé, tout ce qui concerne les contrats, sous quelque aspect que ce soit. **Article 38** — En conséquence, les contrats qui portent sur des choses certaines et individualisées, sont régis par la loi du lieu où elles se trouvent lors de leur conclusion. Ceux qui portent sur des choses déterminées en nature par celle du lieu du domicile du débiteur à l'époque où ils sont passés. Ceux qui portent sur des choses fongibles, par la loi du lieu du domicile du débiteur à l'époque où ils sont passés. Ceux qui portent sur une fourniture de services : a) s'ils ont trait à des choses, par la loi du lieu où celles-ci se trouvaient lors de la conclusion du contrat ; b) si leur efficacité à trait à un endroit determiné, par la loi du lieu où ils doivent produire effet ; c) en dehors de ces cas, par la loi du domicile du débiteur à l'époque de la conclusion du contrat. **Article 39** — Les actes de bienfaisance sont régis par la loi du domicile du bienfaiteur. **Article 40** — Sont régis par la loi du lieu de leur conclusion, les actes et contrats pour lesquels il est impossible de déterminer lors de cette conclusion, le lieu où ils devraient être accomplis en vertu des règles qui précèdent. **Article 41** — Les contrats accessoires sont régis par la loi du contrat principal. **Article 42** — La perfection des contrats conclus par correspondance ou par l'intermédiaire d'un mandataire est régie par la loi du lieu où a été faite l'offre acceptée. **Article 43** — Les obligations nées sans convention sont régies par la loi du lieu où s'est produit l'acte licite ou illicite qui les fait naître et, le cas échéant, par la loi régissant les relations juridiques auxquelles elles répondent.
CODE BUSTAMANTE	**Livre Premier — Droit Civil International** **Titre Quatre — Obligations et Contrats — Chapitre II — Des contrats en général** **Article 180 —** La loi du lieu du contrat et celle de son exécution s'appliqueront simultanément à la nécessité de passer un acte public pour les effets de conventions déterminées et à celle de les rédiger par écrit.

	Article 184 — Les contrats doivent être interprétés, en règle générale, conformément à la loi qui les régit. Cependant, quand cette loi est discutée et qu'elle doit résulter de la volonté tacite des parties, la législation déterminée pour ce cas par les articles 185 et 186 sera appliquée comme présomption, même si cette solution amenait à appliquer au contrat une loi distincte comme résultat de l'interprétation de la volonté. **Article 185** — En dehors des règles déjà établies et celles qui, à l'avenir, seront fixées pour des cas spéciaux dans les contrats d'adhésion, est présumée acceptée, à défaut de volonté expresse ou tacite, la loi de celui qui les offre ou prépare. **Article 186** — Dans les autres contrats et pour le cas prévu dans l'article précédent, on appliquera en premier lieu la loi personnelle commune aux contractants et, à défaut, la loi du lieu où ils ont été conclus. **Livre II — Droit commercial international — Titre premier — Des commerçants et du commerce on général** **Chapitre II — De la qualité de commerçant et des actes de commerce** **Article 240 —** La forme des contrats et des actes de commerce est soumise à la loi territoriale. **Chapitre V — Dispositions générales sur les contrats commerciaux** **Article 244 —** S'appliqueront aux contrats commerciaux les règles générales établies pour les contrats civils au chapitre II, titre IV, livre I, du présent Code. **Article 245 —** Les contrats par correspondance ne sont parfaits que par la réalisation des conditions prescrites à cet effet par la législation de tous les contractants.
CONVENTION DE MEXICO	**Chapitre II — Détermination de la loi applicable** **Article 9 —** Lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable ou lorsque leur choix s'avère inefficace, le contrat est régi par la loi de l'État avec lequel il est en rapport plus étroit. Le tribunal tient compte de tous les facteurs objectifs et subjectifs inhérents au contrat en vue de déterminer la loi de l'État avec lequel il est en rapport plus étroit. Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales. Néanmoins, lorsqu'une partie du contrat peut être séparée du reste du contrat et qu'elle est plus étroitement liée à un autre État, à titre exceptionnel, la loi de cet État peut s'appliquer à cette partie du contrat.

	Article 10 — Outre les dispositions des articles précédents, seront appliqués, le cas échéant, les normes, les coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciaux généralement reconnus en vue d'assurer le respect des exigences imposées par la justice et l'équité dans le règlement d'un cas concret. **Article 13 —** Un contrat conclu entre des parties qui se trouvent dans le même État est valide quant à la forme, s'il répond aux exigences de la loi régissant le contrat en vertu de la présente Convention, ou à celles de la loi de l'État dans lequel le contrat est conclu ou de la loi du lieu de son exécution. Lorsque les personnes se trouvent dans des États différents au moment de la conclusion du contrat, celui-ci sera valide quant à la forme s'il respecte les conditions prévues par la loi qui régit, selon la présente Convention, le fond du contrat ou elles de la loi de l'un des états dans lequel le contrat est conclu au de la loi du lieu de son exécution. **Article 16 —** La loi de l'État dans lequel doivent être inscrits ou publiés les contrats internationaux régit toutes les questions relatives à la publicité de ceux-ci.

III. Questions communes

	INTERNATIONALITÉ	**DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT**	**RENVOI**	**PERTURBATIONS A L'APPLICATION DES LOIS ETRANGERES**	**DROIT NON-ÉTATIQUE**
TRAITÉ DE MONTEVIDEO DE 1889	**N/A**	**Titre X — Actes juridiques** **Article 33** — La même loi [loi du lieu d'exécution] régit : a) son existence ;	**N/A**	***Protocole additionnel***[4427] **Article 4** — Les lois des autres États ne seront jamais appliquées contre les	**N/A**

[4427] Protocole Additionnel, conclu à Montevideo le 13 février 1889 (traduction libre de l'espagnol).

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTURBATIONS A L'APPLICATION DES LOIS ETRANGERES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		b) sa nature ; c) sa validité. d) ses effets ; e) ses conséquences ; f) son exécution ; g) en bref, toutes les questions relatives aux contrats, quel que soit leur aspect.		institutions politiques, les lois d'ordre public, ou les bonnes mœurs du lieu du siège.	
TRAITÉ DE MONTEVIDEO DE 1940	**N/A**	**Titre X — Actes juridiques** **Article 37** — La loi du lieu où les contrats doivent être exécutés régit : a) son existence ; b) sa nature ; c) sa validité ; d) ses effets ; e) ses conséquences ; f) son exécution ; g) en bref, tout ce qui concerne les contrats, sous quelque aspect que ce soit.	**N/A**	***Protocole additionnel***[4428] **Article 4** — Les lois des autres États ne seront jamais appliquées contre les institutions politiques, les lois d'ordre public, ou les bonnes mœurs du lieu du siège.	**N/A**

[4428] Protocole Additionnel, conclu à Montevideo le 19 mars 1940 (traduction libre de l'espagnol).

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTURBATIONS A L'APPLICATION DES LOIS ETRANGERES	DROIT NON-ÉTATIQUE
CODE BUSTAMANTE		**Article 184** — Les contrats doivent être interprétés, en règle générale, conformément à la loi qui les régit. […]	**N/A**	**TITRE PRÉLIMINAIRE — RÈGLES GÉNÉRALES** **Article 3** — Pour l'exercice de droits civils et la jouissance des garanties individuelles identiques, les lois et règles en vigueur dans chaque État contractant sont considérées comme rentrant dans les trois catégories suivantes : 1. Celles qui s'appliquent aux personnes, en raison de leur domicile ou de leur nationalité et les suivent même quand elles changent de pays, appelées personnelles ou d'ordre public interne ; 2. Celles qui obligent également ceux qui résident sur le territoire, qu'ils soient ou non des nationaux, appelées territoriales, locales ou d'ordre public international ; 3. Celles qui s'appliquent seulement par l'expression, l'interprétation ou la présomption de volonté des	**N/A**

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTURBATIONS A L'APPLICATION DES LOIS ETRANGERES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				parties ou de l'une d'elles, appelées volontaires ou d'ordre privé. **Article 4** — Les règles constitutionnelles sont d'ordre public international. **Article 5** — Toutes les règles de protection individuelle ou collective établies par le droit politique et administratif sont également d'ordre public international, sauf el cas où il y aurait des dispositions expresses en sens contraire. **Article 6** — Dans tous les cas non prévus par le présent Code, chacun des États contractants appliquera ses propres qualifications aux institutions ou relations juridiques qui doivent correspondre aux groupes de lois mentionnées à l'article 3. **Article 7** — Chaque État contractant appliquera comme lois personnelles la loi du domicile ou la loi de la	

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTURBATIONS A L'APPLICATION DES LOIS ETRANGERES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				nationalité, ou celles déjà adoptées ou qui seront adoptées par sa législation interne. **Article 8** — Les droits acquis conformément aux règles du présent Code ont de pleins effets extraterritoriaux dans les États contractants, sauf quand une règle d'ordre public international s'oppose à l'un de leurs effets ou conséquences. **Livre Premier — Droit Civil International** **Titre Quatre — Obligations et Contrats** **CHAPITRE I — Des contrats en général.** **Article 175 —** Sont d'ordre public international les règles qui interdisent de conclure des pactes, des clauses et conditions contraires aux lois, à la morale et à l'ordre public, et celle qui interdit le serment et le tient pour non prêté.	

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTURBATIONS A L'APPLICATION DES LOIS ETRANGERES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				Article 176 — Les règles qui déterminent la capacité ou l'incapacité de donner son consentement dépendent de la loi personnelle de chaque contractant. **Article 177** — La loi territoriale s'appliquera à l'erreur, la violence, l'intimidation et le dol, relativement au consentement. **Article 178 —** Est également territoriale toute règle qui interdit que les services contraires aux lois et aux bonnes mœurs et les choses hors du commerce soient l'objet de contrats. **Article 179 —** Les dispositions qui se réfèrent à la cause illicite dans les contrats sont d'ordre public international. **Article 181 —** La rescision des contrats pour incapacité ou absence est déterminée par la	

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTURBATIONS A L'APPLICATION DES LOIS ETRANGERES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				loi personnelle de l'absent ou de l'incapable. **Article 182 —** Les autres causes de rescision et leurs formes ou effets sont soumis à la loi territoriale. **Article 183 —** Les dispositions sur la nullité des contrats sont soumises à la loi dont dépend la cause de nullité. **CHAPITRE V — Dispositions générales sur les contrats commerciaux** **Article 246 —** Sont d'ordre public international les dispositions relatives aux contrats illicites et aux délais de grâce, de courtoisie et autres analogues.	
CONVENTION DE MEXICO	**Article 1 —** […] Il est entendu qu'un contrat revêt un caractère international lorsque les parties au contrat ont leur résidence habituelle,	**CHAPITRE IV Champ de la loi applicable** **Article 14 —** La loi applicable au contrat en vertu des dispositions du chapitre 2 de la présente Convention régit principalement :	**CHAPITRE IV— Champ de la loi applicable** **Article 17 —** Au sens de la présente Convention, on	**CHAPITRE II Détermination de la loi applicable** **Article 11 —** Nonobstant les articles précédents, les dispositions de la loi du for	**CHAPITRE II Détermination de la loi applicable** **Article 10 —** Outre les dispositions des

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTURBATIONS A L'APPLICATION DES LOIS ETRANGERES	DROIT NON-ÉTATIQUE
	ou leurs établissements liés à l'opération envisagée dans d'autre États parties, ou lorsque le contrat a des rapports objectifs avec plus d'un État partie. […]	a) son interprétation ; b) les droits et les obligations des parties ; c) l'exécution des obligations qu'il crée, et les conséquences de l'inexécution du contrat, y compris l'évaluation des dommages en vue du paiement d'une indemnité compensatoire ; d) les divers modes d'extinction des obligations, y compris la prescription et la caducité des actions ; e) les conséquences de la nullité ou de l'invalidité du contrat. **Article 15 —** Les dispositions de l'article 10 seront prises en compte lorsqu'il s'agira de déterminer si un mandataire peut lier son mandant ou un organe, une société ou une personne juridique. **Article 16 —** La loi de l'État dans lequel doivent être inscrits ou publiés les contrats internationaux régit toutes les	entend par « loi », la loi en vigueur dans un État, à l'exclusion de ses règles de conflit de lois.	s'appliquent nécessairement lorsqu'elles ont un caractère impératif. Le tribunal peut, à sa seule discrétion et s'il le juge opportun, appliquer les dispositions juridiques impératives d'un autre État avec lequel le contrat est en rapport étroit. **CHAPITRE IV** **Champ de la loi applicable** **Article 18 —** La loi désignée par la présente Convention ne peut être écartée que lorsqu'elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.	articles précédents, seront appliqués, le cas échéant, les normes, les coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciaux généralement reconnues en vue d'assurer le respect des exigences imposées par la justice et l'équité dans le règlement d'un cas concret.

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTURBATIONS A L'APPLICATION DES LOIS ETRANGERES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		questions relatives à la publicité de ceux-ci.			

Annexe 2 — Sources étatiques

I. La liberté de choix et son régime

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
ARGENTINE **(Code civil et commercial)** [4429]	**Article 2651 :** « Les contrats sont régis par le droit choisi par les parties en ce qui concerne leur validité intrinsèque, leur nature, leurs effets, leurs droits et obligations. Le choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Le choix peut porter sur l'ensemble ou sur des parties du contrat. […] »	**Article 2651 :** « […] Le choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. […] L'exercice de ce droit est soumis aux règles suivantes : […] g) le choix d'un for national particulier	**Article 2651, alinéa I, a) :** « […] L'exercice de ce droit est soumis aux règles suivantes : a) à tout moment, les parties peuvent convenir que le contrat sera régi par une loi distincte de celle qui le régissait, soit par un choix antérieur, soit par l'application d'autres dispositions du présent Code.	**N/A**	**Article 2651** : « […] Le choix peut porter sur l'ensemble ou sur des parties du contrat. […] »	**N/A**

[4429] Argentine, Loi n° 26 994, *Code civil et commercial de la Nation*, 1er octobre 2014 (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
		n'implique pas le choix de la loi nationale applicable dans ce pays. […] »	Toutefois, cette modification ne peut porter atteinte à la validité du contrat original, non plus qu'aux droits des tiers. […] »			
BOLIVIE **(Code civil[4430] et Code de commerce[4431])**	*D'application générale :* **Article 454, II — Liberté contractuelle : ses limitations (Code civil) :** « I. Les parties ont la liberté de déterminer le contenu des contrats qu'elles concluent et de convenir de contrats autres que ceux régis par le présent Code ; II. La liberté contractuelle est soumise aux limites établies par la	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**

[4430] Bolivie, Décret-Loi n° 12 760, du 4 août 1975, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[4431] Bolivie, Décret-Loi n° 14 379 du 25 février 1977, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
	loi et à la protection des intérêts dignes de protection légale ».					
BRÉSIL **(LINDB)**[4432]	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**
CHILI **(Code civil**[4433] **et Code de commerce**[4434]**)** **(Décret-loi 2 349/1978 sur les contrats internationaux pour le secteur public)**[4435]	*D'application générale :* **Article 1.545 (Code civil) :** « Tout contrat légalement conclu est une loi pour les parties contractantes et ne peut être invalidé que par leur consentement mutuel ou pour des causes légales. » **Article 113 (Code de commerce) :** « Tous les actes relatifs à l'exécution des contrats conclus dans un pays étranger et exécutés	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**

[4432] Brésil, Décret-loi n° 4 657 du 4 septembre 1942, *Loi d'introduction aux normes de Droit brésilien*, rédaction conformément à la Loi n° 12 376, 2010 (traduction libre du portugais).

[4433] Chili, *Code civil*, 14 décembre 1855 (traduction libre de l'espagnol).

[4434] Chili, *Code de commerce*, 23 novembre 1865 (traduction libre de l'espagnol).

[4435] Chili, Décret-loi n° 2 349 du 13 octobre 1978, *Établit des normes sur les contrats internationaux pour le secteur public* (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
	au Chili sont régis par le droit chilien, conformément aux dispositions du dernier paragraphe de l'article 16 du Code civil. Ainsi, la livraison et le paiement, la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, les mesures de toute nature, les justificatifs et leurs formes, les responsabilités imposées par l'inexécution ou l'exécution imparfaite ou tardive, et tout autre acte relatif à la simple exécution du contrat, sont régis par les dispositions des lois de la République, à moins que les parties contractantes n'en aient convenu autrement. » *D'application spéciale pour les contrats internationaux du secteur public :* **Considérants 1er et 2e (Décret-loi n. 2 349 de 1978) :** « 1er — Qu'il s'agit d'une pratique commerciale généralisée, dont l'application s'étend à notre pays,					

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
	que dans les contrats internationaux relatifs aux affaires et aux opérations de nature patrimoniale que l'État ou ses organismes, institutions et sociétés concluent avec des organismes, institutions ou sociétés internationaux ou étrangers, dont le principal centre d'affaires se trouve à l'étranger, qu'il soit inclut des stipulations en vertu desquelles ils sont soumis à des législations étrangères déterminées, qu'il soit soumis les litiges qui peuvent en découler à des tribunaux étrangers, ordinaires ou arbitraux, qu'il soit accordé un domicile spécial à l'étranger et qu'il soit établit des mécanismes pour configurer la relation procédurale. 2e — Que, dans l'ordre juridique chilien, ces stipulations sont licites et que, de ce fait, elles sont fréquemment appliquées dans les contrats conclus entre particuliers, et qu'il convient de noter qu'elles sont consacrées dans le Code de					

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
	droit international privé approuvé lors de la Sixième Conférence internationale américaine, qui est en vigueur dans notre pays depuis 1934. »					
COLOMBIE (Code civil[4436] et Code de commerce[4437])	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**
COSTA RICA (Code civil) [4438]	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**
CUBA (Code civil)[4439]	**Article 17 :** « En l'absence d'accord exprès ou tacite des parties, les obligations	**Article 17 :** « En l'absence d'accord exprès ou tacite des parties […] »	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**

[4436] Colombie, Loi n° 57 du 20 avril 1887, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[4437] Colombie, Décret n° 410 du 27 mars 1971, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

[4438] Costa Rica, Loi n° 63, *Code civil*, 28 septembre 1887 (traduction libre de l'espagnol).

[4439] Cuba, Loi n° 59, *Code civil*, 16 juillet 1987 (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
	contractuelles sont régies par la loi du lieu d'exécution du contrat. »					
SALVADOR **(Code civil)**[4440]	*D'application générale :* **Article 1416 : «** Tout contrat conclu légalement est obligatoire pour les parties contractantes et ne cesse d'avoir d'effets entre les parties que par consentement mutuel ou pour des motifs légaux. »	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**
ÉQUATEUR **(Code civil**[4441] **et Code de commerce**[4442]**)**	*D'application générale :* **Article 252 § 1er (Code de commerce) : «** Tous les actes relatifs à l'exécution des contrats commerciaux conclus dans un pays étranger et exécutés en Équateur seront régis par la loi équatorienne. […] »	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**

[4440] El Salvador, *Code civil*, Décret-loi du 23 août 1859, reformé le 1er mars 1880 (traduction libre de l'espagnol).

[4441] Équateur, Loi ordinaire du 24 juin 2005, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

[4442] Équateur, Code organique du 9 mai 2019, *Code de commerce* (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
GUATEMALA **(Loi sur le pouvoir judiciaire)**[4443]	**Article 31 — Accord de soumission :** « Les actes juridiques et les contrats sont régis par la loi à laquelle les parties se sont soumises, à moins que cette soumission ne soit contraire à des lois prohibitives expresses ou à l'ordre public. » **Article 32 — Soumission volontaire :** « Dans les cas où l'acte juridique ou le contrat est conclu à l'étranger et doit produire ses effets dans la République du Guatemala, les parties peuvent soumettre ledit acte ou contrat aux formalités extrinsèques et intrinsèques prescrites par les lois nationales. »	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**
HONDURAS (Code civil)[4444]	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**

[4443] Guatemala, Décret 2-89 du 10 janvier 1989, *Loi sur le pouvoir judiciaire* (traduction libre de l'espagnol).

[4444] Honduras, Décret n° 76/1906 du 8 février 1906, *Code civil* (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
MEXIQUE **(Code civil fédéral)** [4445]	**Article 12 :** « Les lois mexicaines régissent toutes les personnes qui se trouvent dans la République, ainsi que les actes et les faits qui se produisent sur son territoire ou dans sa juridiction et ceux qui sont soumis à ces lois, sauf lorsqu'elles prévoient l'application d'une loi étrangère et sauf, en outre, les dispositions des traités et des conventions auxquels le Mexique est partie. » **Article 13, alinéa V :** « Sous réserve des dispositions des sections précédentes, les effets juridiques des actes et des contrats seront régis par la loi du lieu où ils doivent être exécutés, à moins que les parties n'aient valablement désigné l'applicabilité d'un autre droit. »	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**Article 14** : « Dans l'application du droit étranger, il sera tenu compte de ce qui suit : […] V. Lorsque divers aspects d'un même rapport juridique sont régis par des lois différentes, celles-ci doivent être appliquées de façon harmonieuse, en recherchant les finalités poursuivies par chacune d'elles. Les difficultés	**N/A**

[4445] Mexique, Décrets du 7 janvier, du 6 décembre de 1926 et du 3 janvier 1928, *Code civil fédéral* (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
					causées par l'application simultanée de ces droits sont résolues en tenant compte des exigences de l'équité dans le cas d'espèce. »	
NICARAGUA (Code civil)[4446]	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**
PANAMÁ (Code de droit international privé) [4447]	**Article 69 :** « Les contrats internationaux sont soumis à la loi désignée par l'autonomie de la volonté des parties. […] »	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**Article 70 :** « Les parties à une relation contractuelle peuvent soumettre le contrat à deux ou plusieurs lois dans la mesure où la nature du contrat juridique	**N/A**

[4446] Nicaragua, *Code civil*, 11 décembre 2019 (traduction libre de l'espagnol).

[4447] Panama, Loi n° 61, 7 octobre 2015, *Code de droit international privé de la République du Panama* (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
					international le permet et que le dépeçage du droit applicable régule une obligation ou une situation particulière du contrat juridique. Le dépeçage du droit applicable ne peut être effectué si elle empêche l'exécution de la prestation objet du contrat ou si elle constitue une fraude ou porte préjudice à l'une des parties. »	
PARAGUAY (Loi sur le droit applicable aux	**Article 4.1 — Liberté de choix :** « Le contrat est régi par le droit élu par les parties. […] »	**Article 6 — Choix exprès et tacite :** « Le choix du droit, ou toute modification de l'élection du droit, doit être exprès ou	**Article 4.3 — Liberté de choix :** « Le choix peut être fait ou modifié à tout moment. Un choix ou une modification effectuée après la	**Article 4.4 — Liberté de choix :** « Aucun lien n'est exigé entre le droit choisi et les	**Article 4.2 — Liberté de choix :** « Les parties peuvent choisir : (a) le droit applicable à l'ensemble ou à	**Article 7 — Validité formelle du choix du droit :** « Le choix du droit n'est soumis à aucune condition de forme, à moins que

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
contrats internationaux)[4448]		résulter clairement des dispositions du contrat ou des circonstances. Un accord entre les parties pour attribuer la compétence à un tribunal national ou à un tribunal arbitral pour régler les litiges découlant du contrat n'équivaut pas en soi à un choix de droit applicable »	conclusion du contrat ne doit pas affecter sa validité formelle ni les droits des tiers. »	parties ou leur transaction. »	une partie du contrat ; et (b) des droits différents pour des parties différentes du contrat, dans la mesure où ils se distinguent clairement les uns des autres. »	les parties n'en disposent expressément autrement. » **Article 8 — Accord sur le choix du droit :** « 1. Pour déterminer si les parties ont convenu d'un choix de droit, il est applicable le droit présumé avoir été choisi par les parties. 2. Si les parties ont utilisé des clauses types ou d'adhésion indiquant des droits différents et, que, selon lesdits droits, les mêmes clauses types prévalent, il

[4448] Paraguay, Loi n° 5 393 du 14 janvier 2015, *Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux* (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
						est appliqué le droit indiqué dans lesdites clauses types ; si, selon ces droits, des clauses types différentes prévalent, ou si aucune des clauses types ne prévaut, alors il n'y a pas de choix du droit. 3. Le droit de l'État dans lequel une partie a son établissement détermine si cette partie a consenti au choix du droit si, compte tenu des circonstances, il n'est pas raisonnable de déterminer cette question en vertu du droit mentionné dans le présent article. »

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
						Article 9 — Séparabilité de la clause de choix du droit : « Le choix du droit ne peut être contesté au seul motif que le contrat auquel il s'applique n'est pas valable. »
PÉROU (Code civil) [4449]	**Article 2095 — Obligations contractuelles :** « Les obligations contractuelles sont régies par la loi expressément choisie par les parties […] »	**Article 2095 — Obligations contractuelles :** « Les obligations contractuelles sont régies par la loi expressément choisie par les parties […] »	**N/A**	**N/A**	**N/A**	**N/A**
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE	**Article 58, chapeau — Détermination de la loi applicable au contrat :** « Le contrat est régi	**Article 58, I :** « […] Paragraphe I. « L'accord des	**Article 60 — Élection de loi applicable :** « Les parties peuvent à tout	**N/A**	**Article 58, II :** « […] Paragraphe II. Le choix de la loi	**N/A**

[4449] Pérou, Décret législatif n° 295, *Code civil*, 24 juillet 1984 (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
(Loi n° 544-14 sur le droit international privé de la République dominicaine)[4450]	par la loi choisie par les parties. […] »	parties sur le choix de la loi applicable doit être exprès ou, à défaut d'accord exprès, résulter de manière manifeste du comportement des parties et des clauses du contrat, considérées dans leur ensemble […] » **Article 59 — Effets non contraignants de l'élection de for :** « Le choix d'un tribunal par les parties ne détermine pas nécessairement le choix de la loi applicable. »	moment convenir que le contrat sera soumis en tout ou en partie à une loi autre que celle qui le régissait antérieurement, peu important que la loi antérieure ait été applicable en vertu d'un choix antérieur ou en vertu d'autres dispositions de la présente loi […] »		applicable peut porter sur l'ensemble du contrat ou sur une partie de celui-ci. »	

[4450] République dominicaine, Loi n° 544 du 5 décembre 2014, *Loi sur le droit international privé de la République dominicaine* (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
URUGUAY **(Loi générale de droit international privé)**[4451]	**Article 45 :** « Les contrats internationaux peuvent être soumis par les parties au droit qu'elles choisissent. […] »	**Article 45, III :** « […] L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou ressortir de manière non équivoque des clauses contractuelles considérées dans leur ensemble. […] » **Article 46 :** « Le choix de la loi n'entraîne pas automatiquement le choix du tribunal compétent, et réciproquement ».	**Article 45, IV :** « […] Le choix du droit applicable peut être fait ou modifié à tout moment. S'il est fait après la conclusion du contrat, il est rétroactif au moment de sa perfection, sous réserve des droits des tiers et de ce qui a déjà été exécuté conformément à la loi opportunément applicable. »	**N/A**	**Article 45, III :** « […] L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou ressortir de manière non équivoque des clauses contractuelles considérées dans leur ensemble. Ce choix peut porter sur l'ensemble du contrat ou sur une partie de celui-ci. […] » *Articles connexes :* **Article 11 (application harmonieuse) :** « Les normes	**N/A**

[4451] Uruguay, Loi n° 19 920, *Loi générale de droit international privé*, 27 novembre 2020 (traduction libre de l'espagnol).

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
					compétentes pour réglementer les différents aspects d'une situation donnée doivent être appliquées de manière harmonieuse, en tenant compte de la finalité poursuivie par chacun des droits respectifs. Les difficultés qui peuvent surgir sont résolues en tenant compte de l'équité du cas d'espèce. »	
VENEZUELA	**Article 29 :** « Les obligations conventionnelles sont régies par le droit indiqué par les parties. »	**N/A**	**N/A**	**N/A**	*Articles connexes :* **Article 7 :** « Les différents droits qui peuvent être compétents pour réguler les	**N/A**

	AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	CHOIX EXPRÈS ET TACITE	MOMENT DU CHOIX ET MODIFICATION	EXIGENCE DES LIENS	DÉPEÇAGE	VALIDITÉ FORMELLE, LOI APPLICABLE À L'ACCORD DE CHOIX, ET SÉPARABILITÉ
(Loi sur le droit international privé) [4452]					différents aspects de la même relation juridique doivent être appliqués harmonieusement afin d'atteindre les objectifs poursuivis par chacun de ces droits. »	

[4452] Venezuela, Loi du 9 juillet 1998, *Loi sur le droit international privé* (traduction libre de l'espagnol).

II. Le droit applicable en absence de choix

	LOI APPLICABLE EN L'ABSENCE DE CHOIX
ARGENTINE (Code civil et commercial)	*Forme :* **Article 2649 — Formes et solennités :** « Les formes, les solennités, la validité ou la nullité des actes juridiques, ainsi que la nécessité de publicité, sont régies par les lois et des usages du lieu où les actes ont été conclus, établis ou délivrés. Lorsque la loi applicable au fond de la relation juridique exige une certaine qualité formelle, l'équivalence entre la forme exigée et la forme réalisée doit être déterminée selon ce droit. Si les parties contractantes se trouvent dans des États différents au moment de la conclusion du contrat, la validité formelle de l'acte est régie par le droit du pays d'où émane l'offre acceptée ou, à défaut, par le droit applicable au fond de la relation juridique. » *Fond :* **Article 2652 — Détermination de la loi applicable à défaut de choix par les parties :** « À défaut de choix par les parties de la loi applicable, le contrat est régi par les lois et usages du pays du lieu d'exécution. S'il n'est pas désigné, ou s'il ne résulte pas de la nature de la relation, le lieu d'exécution est réputé être celui du domicile actuel du débiteur de la prestation la plus caractéristique du contrat. Si le lieu d'exécution ne peut être déterminé, le contrat est régi par les lois et usages du pays du lieu de conclusion. La perfection des contrats entre absents est régie par la loi du lieu d'où émane l'offre acceptée. » **Article 2653 — Clause d'exception :** « À titre exceptionnel, à la demande de la partie, et compte tenu de tous les éléments objectifs et subjectifs qui résultent du contrat, le juge est autorisé à ordonner l'application de la loi de l'État avec lequel la relation juridique présente les liens les plus étroits. Cette disposition n'est pas applicable lorsque les parties ont choisi la loi applicable au cas d'espèce. »

BOLIVIE **(Code civil et Code de commerce)**	*Forme :* N/A *Fond :* **Article 804 (Code de commerce) — Contrats conclus à l'étranger :** « Les contrats conclus à l'étranger et destinés à être exécutés sur le territoire bolivien sont régis par la loi bolivienne. »
BRÉSIL **(LINDB)**	*Forme :* **Article 9 :** « […] § 1er — Si l'obligation est destinée à être exécutée au Brésil et si elle dépend d'une forme essentielle, celle-ci sera observée, en admettant, toutefois, les particularités de la loi étrangère en ce qui concerne les exigences extrinsèques de l'acte. » *Fond :* **Article 9 :** « Pour qualifier et régir les obligations, sera applicable la loi du pays dans lequel celles-ci sont constituées. […] § 2e — L'obligation découlant du contrat est réputée constituée au lieu de résidence de l'offrant. »
CHILI **(Code civil et Code de commerce)**	*Forme :* **Article 17 (Code civil)** : « La forme des actes authentiques est déterminée par la loi du pays dans lequel ils ont été établis. Leur authenticité sera prouvée selon les règles prévues dans le Code de Procédure. La forme fait référence aux solennités externes, et l'authenticité au fait d'avoir réellement été établis et autorisés par les personnes de la manière indiquée dans ces actes. » **Article 18 (Code civil)** : « Dans le cas où la loi chilienne exige des instruments publics pour les preuves qui doivent être présentées et produire effet au Chili, les actes sous seing privé ne seront pas valables, quelle que soit leur force dans le pays où ils ont été établis. » *Fond :* **Article 16 (Code civil) :** « Les biens situés au Chili sont soumis à la loi chilienne, même si leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas au Chili.

	Cette disposition s'entend sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement conclus dans un pays étranger. Toutefois, les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Chili sont régis par le droit chilien. » **Article 113 (Code de commerce) :** « Tous les actes relatifs à l'exécution des contrats conclus dans un pays étranger et exécutés au Chili sont régis par le droit chilien, conformément aux dispositions du dernier paragraphe de l'article 16 du Code civil. Ainsi, la livraison et le paiement, la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, les mesures de toute nature, les récépissés et leur forme, les responsabilités imposées par l'inexécution ou l'exécution imparfaite ou tardive, et tout autre acte relatif à la simple exécution du contrat, sont régis par les dispositions des lois de la République, à moins que les parties contractantes n'en soient convenues autrement. »
COLOMBIE **(Code civil et Code de commerce)**	*Forme :* **Article 21 (Code civil) :** « La forme des actes publics est déterminée par la loi du pays où ils sont passés. Leur authenticité se prouvera selon les règles établies au code judiciaire de l'Union. La forme se réfère aux solennités externes, et l'authenticité au fait d'avoir été réellement passés et approuvés par les personnes et de la manière dans laquelle ces actes l'affirment. » **Article 22 (Code civil) :** « Dans les cas où les codes ou les lois de l'Union exigeraient des actes authentiques pour des preuves devant être présentées et produisant effet dans des affaires de la compétence de l'Union, les actes sous seing privé ne seront pas valables, quelle que soit leur force dans le pays où ils ont été établis ». *Fond :* **Article 20 (Code civil) :** « Les biens situés sur les territoires, et ceux qui se trouvent dans les États, dont la propriété intéresse la Nation ou sur lesquels elle aurait des droits, sont soumis aux dispositions de ce code, même si leurs propriétaires sont étrangers et résident à l'étranger. Cette disposition s'applique sans préjudice des stipulations contenues dans des contrats valablement conclus en pays étranger. Mais les effets desdits contrats, pour être accomplis sur les territoires, ou dans les cas qui affectent les droits et intérêts de la Nation, se règleront conformément à ce code et aux autres lois civiles de l'Union. » **Article 869 — Exécution des contrats conclus à l'étranger avec exécution en Colombie (Code de commerce) : «** L'exécution des contrats conclus à l'étranger, qui doit être accomplie dans le pays, sera régie par la loi colombienne. »

COSTA RICA **(Code civil)**	*Forme :* **Article 28 :** « En ce qui concerne la forme et les solennités extérieures d'un contrat ou d'un acte juridique qui doit prendre effet au Costa Rica, la partie contractante ou les parties contractantes peuvent se soumettre à la loi costaricienne ou à la loi du pays où l'acte ou le contrat est exécuté ou conclu. Dans les cas où la législation costaricienne exige un acte public, les actes sous seing privé ne seront pas valables, quelle que soit leur force dans le pays où ils ont été établis » *Fond :* **Article 26 :** « La prescription et tout ce qui concerne la manière de satisfaire ou de faire cesser les obligations résultant de tout acte juridique ou contrat à exécuter au Costa Rica seront régis par la loi costaricienne, même si les parties contractantes sont étrangères, et même si l'acte ou le contrat n'a pas été exécuté ou conclu dans la République. » **Article 27 :** « Pour l'interprétation d'un contrat et pour la détermination des vices médiats ou immédiats qui en résultent, il est fait application de la loi du lieu où le contrat a été conclu ; mais si les parties contractantes sont de même nationalité, il est fait application de la loi de leur pays. […] »
CUBA **(Code civil)**	*Forme :* **Article 13.1 : «** La forme des actes juridiques civils est régie par la législation du pays dans lequel ils sont réalisés. 2. Pour les actes juridiques réalisés devant un fonctionnaire diplomatique ou consulaire de Cuba ou devant des capitaines de navires ou d'aéronefs cubains, les formalités établies par les lois cubaines sont requises. » *Fond :* **Article 14.1** : « Les actes juridiques civils relatifs aux biens meubles et immeubles et leurs formalités sont régis par la législation de l'État dans lequel ils se trouvent. 2. Les navires et les aéronefs sont soumis à la loi de l'État de leur pavillon, de leur immatriculation ou de leur registre. » **Article 17 :** « À défaut de soumission expresse ou tacite des parties, les obligations contractuelles sont régies par la loi du lieu d'exécution du contrat. »

EL SALVADOR **(Code civil)**	*Forme :* **Article 17** : « La forme des actes publics est déterminée par la loi du pays dans lequel ils ont été établis. Leur authenticité sera prouvée selon les règles établies dans le Code de Procédure. La forme fait référence aux solennités externes ; et l'authenticité au fait d'avoir réellement été établis et autorisés par les personnes de la manière indiquée dans ces actes. » **Article 18** : « Dans les cas où les lois salvadoriennes exigent des actes publics comme preuves qui doivent être présentées et produire effet au Salvador, les actes sous seing privé ne seront pas valables, quelle que soit leur force dans le pays où ils ont été établis. » **Article 948 (Code de Commerce)** : « Seuls seront solennels les contrats commerciaux conclus au Salvador, lorsque ce Code ou des lois spéciales le prévoient. Ceux conclus à l'étranger nécessiteront les formalités déterminées par les lois du pays de conclusion, même si les lois salvadoriennes ne l'exigent pas. » *Fond :* **Article 16 :** « Les biens situés en l'El Salvador sont soumis à la loi salvadorienne, même si leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas en l'El Salvador. Cette disposition s'entend sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement passés dans un pays étranger. Toutefois, les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés à l'El Salvador sont régis par les lois salvadoriennes. »
ÉQUATEUR **(Code civil et Code de commerce)**	*Forme :* **Article 16 (Code civil) :** « La forme des actes publics est déterminée par la loi du pays dans lequel ils ont été établis. Leur authenticité sera prouvée selon les règles établies dans le Code de Procédure civil. La forme fait référence aux solennités externes, et l'authenticité au fait d'avoir réellement été établis et autorisés par les personnes de la manière indiquée dans ces actes. » **Article 17 (Code civil) :** « Dans les cas où les lois équatoriennes exigent des actes publics comme preuves qui doivent être présentées et produire effet à l'Équateur, les actes sous seing privé ne seront pas valables, quelle que soit leur force dans le pays où ils ont été établis. » *Fond :* **Article 15 (Code civil) :** « Les biens situés en Équateur sont soumis à la loi équatorienne, même si leurs propriétaires sont étrangers et résident dans une autre nation.

	Cette disposition ne limite pas le pouvoir du propriétaire de ces biens de conclure des contrats valables dans un pays étranger en ce qui concerne ces biens. Toutefois, les effets de ces contrats, lorsqu'ils doivent être exécutés en Équateur, doivent être conformes aux lois équatoriennes. » **Article 252 (Code de commerce) :** « Tous les actes relatifs à l'exécution des contrats commerciaux conclus dans un pays étranger et exécutés en Équateur seront régis par la loi équatorienne. Ainsi, la livraison et le paiement, la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, les mesures de toute nature, les justificatifs et leurs formes, les responsabilités imposées par l'inexécution ou l'exécution imparfaite ou tardive, et tout autre acte relatif à la simple exécution du contrat, sont régis par les dispositions des lois de la République, à moins que les parties contractantes n'en aient convenu autrement. »
GUATEMALA **(Loi sur le pouvoir judiciaire)**	*Forme :* **Article 28 — Formalités externes des actes (*Locus regit actum*) :** « Les formalités extrinsèques des actes juridiques et contrats sont régies conformément à la loi du lieu où ils sont conclus. » **Article 29 — Forme de validité des actes (*Lex loci celebrationis*) :** « Les formalités intrinsèques des actes juridiques et contrats sont régies conformément à la loi du lieu où ils sont conclus. » *Fond :* **Article 30 — Lieu d'exécution des actes (*Lex loci excecutionis*) :** « Si l'acte juridique ou contrat doit être exécuté dans un lieu autre que celui où il a été conclu, tout ce qui concerne son exécution est régi conformément à la loi du lieu d'exécution. »
HONDURAS **(Code civil)**	*Forme :* **Article 15 :** « La forme des actes publics est déterminée par la loi du pays dans lequel ils ont été établis. Leur authenticité sera prouvée selon les règles établies dans le Code de Procédure civil. La forme fait référence aux solennités externes, et l'authenticité au fait d'avoir réellement été établis et autorisés par les personnes de la manière indiquée dans ces actes. » **Article 16 :** « Dans les cas où les lois honduriennes exigent des actes publics comme preuves qui doivent être présentées et produire effet au Honduras, les actes sous seing privé ne seront pas valables, quelle que soit leur force dans le pays où ils ont été établis. » *Fond :*

	Article 14 : « Les biens situés au Honduras sont soumis à la loi hondurienne même si leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas au Honduras. Cette disposition s'entend sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement conclus dans un pays étranger. Toutefois, les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Honduras sont régis par les lois honduriennes. »
MEXIQUE **(Code civil fédéral)**	*Forme :* **Article 13 :** « La détermination du droit applicable se fait selon les règles suivantes : I — Les situations juridiques valablement créées dans les entités de la République ou dans un État étranger sont reconnues conformément à son droit ; […] IV — La forme des actes juridiques est régie par la loi du lieu où ils sont conclus. Toutefois, ils peuvent être soumis aux formes prescrites par le présent code lorsque l'acte doit produire des effets dans le District fédéral, ou dans la République pour les matières fédérales ; et […] » *Fond :* **Article 13 :** « La détermination du droit applicable se fait selon les règles suivantes : I — Les situations juridiques valablement créées dans les entités de la République ou dans un État étranger sont reconnues conformément à son droit ; II — L'état et la capacité des personnes physiques sont régis par la loi du lieu de leur domicile ; III — La constitution, le régime et l'extinction des droits réels sur les immeubles, ainsi que les contrats de location et d'utilisation temporaire de ces biens, et les biens meubles, sont régis par la loi du lieu où ils se trouvent, même si leurs titulaires sont étrangers ; IV — La forme des actes juridiques est régie par la loi du lieu où ils sont conclus. Toutefois, ils peuvent être soumis aux formes prescrites par le présent code lorsque l'acte doit produire des effets dans le District fédéral, ou dans la République pour les matières fédérales ; et V — Sous réserve des dispositions des sections précédentes, les effets juridiques des actes et des contrats seront régis par la loi du lieu où ils doivent être exécutés, à moins que les parties n'aient valablement désigné l'applicabilité d'un autre droit. »

NICARAGUA **(Code civil)**	*Forme :* **Titre Préliminaire, § II — Effets de la loi, Paragraphe VI :** « Pour les conflits résultant de l'application de lois de différents pays, on appliquera les règles suivantes : […] 14 — Les contrats sont soumis, quant à leur forme, à la loi du lieu où ils sont conclus et, quant à leurs effets, à la loi du lieu où ils doivent être appliqués. Néanmoins, les Nicaraguayens ou les étrangers résidant hors de la République restent libres de se soumettre à la forme ou aux solennités prescrites par la loi nicaraguayenne, dans les cas où l'acte doit être exécuté dans la République elle-même. […] » *Fond :* **Titre Préliminaire, § II — Effets de la loi, Paragraphe VI :** « Pour les conflits résultant de l'application de lois de différents pays, on appliquera les règles suivantes : […] 13 — Les biens existant au Nicaragua sont régis par ses lois, quelles que soient leur nature et la qualité de la personne à laquelle ils correspondent. 14 — Les contrats sont soumis, quant à leur forme, à la loi du lieu où ils sont conclus et, quant à leurs effets, à la loi du lieu où ils doivent être appliqués. Néanmoins, les Nicaraguayens ou les étrangers résidant hors de la République restent libres de se soumettre à la forme ou aux solennités prescrites par la loi nicaraguayenne, dans les cas où l'acte doit être exécuté dans la République elle-même. […] 22 — Est nul l'acte conclu par des Nicaraguayens entre eux dans un pays étranger où ils se sont rendus pour se soustraire à l'application de la loi nicaraguayenne. »
PANAMÁ **(Code de droit international privé)**	*Forme :* **Article 71 :** « L'existence et la validité du contrat ou de l'une de ses dispositions seront régies par le droit applicable au contrat. Cependant, le consentement de chacune des parties sera soumis à la loi de leur statut personnel respectif. » **Article 75** : « La nullité des contrats en ce qui concerne leur forme est régie par la loi qui régit la forme de ces contrats. La nullité qui affecte la partie substantielle du contrat est régie par la loi applicable au contrat conformément à ce que prévoit l'article 69. *Fond :*

	Article 69 : « Les contrats internationaux sont soumis à la loi désignée par l'autonomie de la volonté des parties. À défaut d'une telle autonomie, le juge appliquera la loi du lieu d'exécution de l'obligation et, lorsque celui-ci ne peut être déterminé, le juge appliquera la loi de l'État qui présente les liens les plus étroits avec le contrat international et, à défaut, la loi du for. »
PARAGUAY (Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux)	*Forme :* **Article 13 — Champ d'application de du droit :** « 1. Le droit applicable en vertu de la présente Loi régit tous les aspects du contrat entre les parties, notamment : […] e) la validité et les conséquences de la nullité du contrat ; […] 2. Le paragraphe 1, alinéa e), n'exclut pas l'application de toute autre droit qui confirme la validité formelle du contrat. » *Fond :* **Article 11 — Absence ou inefficacité du choix :** « 1. Si les parties n'ont pas choisi le droit applicable, ou si leur choix est inefficace, le contrat sera régi par le droit avec lequel il présente les liens les plus étroits. 2. Le tribunal prendra en compte tous les éléments objectifs et subjectifs du contrat pour déterminer le droit avec lequel il présente les liens les plus étroits. »
PÉROU (Code civil)	*Forme :* **Article 2094** : « La forme des actes juridiques et des instruments est régie par la loi du lieu où ils sont établis ou par la loi qui régit la relation juridique objet de l'acte. Lorsque les instruments sont établis devant des fonctionnaires diplomatiques ou consulaires du Pérou, les formalités établies par la loi péruvienne seront observées. » *Fond :* **Article 2095 — Obligations contractuelles :** « Les obligations contractuelles sont régies par la loi expressément choisie par les parties et, à défaut, par la loi du lieu d'exécution. Toutefois, si elles doivent être exécutées dans des pays distincts, elles sont régies par la loi de l'obligation principale et, si celle-ci ne peut être déterminée, par la loi du lieu de conclusion. Si le lieu d'exécution n'est pas expressément déterminé ou ne résulte pas sans équivoque de la nature de l'obligation, la loi du lieu de conclusion s'appliquera. »

RÉPUBLIQUE DOMINICAINE **(Loi n. 544-14 sur le droit international privé de la République dominicaine)**	*Forme :* **Article 68 : «** Validité des contrats en ce qui concerne la forme. Un contrat conclu entre des parties se trouvant dans le même État sera valide, en ce qui concerne la forme, s'il satisfait aux exigences établies par le droit qui régit ledit contrat, selon l'article 58 [détermination de la loi applicable au contrat], ou aux exigences fixées par le droit de l'État où il est conclu, ou encore par le droit du lieu de son exécution. Paragraphe. Si les parties se trouvent dans des États différents au moment de la conclusion du contrat, celui-ci sera valide, en ce qui concerne la forme, s'il satisfait aux exigences établies dans le droit régissant le contrat conformément à l'article 58, ou aux exigences prévues dans le lieu où l'offre ou l'acceptation est faite, ou conformément à celles prévues dans la loi du lieu de son exécution. » *Fond :* **Article 60 — Élection de loi applicable, Paragraphe :** « Les parties peuvent à tout moment convenir que le contrat sera soumis en tout ou en partie à une loi autre que celle qui le régissait antérieurement, indépendamment du fait que la loi antérieure était applicable en vertu d'un choix antérieur ou en vertu d'autres dispositions de la présente Loi. Paragraphe. Si les parties n'ont pas choisi une loi applicable, ou si leur choix est inefficace, le contrat sera régi par la loi de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits. » **Article 61 — Paramètres du tribunal pour déterminer la loi applicable :** « Le tribunal tiendra compte de tous les éléments objectifs et subjectifs découlant du contrat pour déterminer la loi de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits, ainsi que les principes généraux du droit des affaires internationales acceptés par les organismes internationaux. Paragraphe I. Si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre État, la loi de cet autre État peut, à titre exceptionnel, être appliquée à cette partie du contrat. Paragraphe II. Seront applicables, le cas échéant, les normes, coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciales d'acceptation générale. »
URUGUAY **(Loi générale de droit international privé)**	*Forme :* **Article 43 (Forme et validité des actes) :** « La loi régissant les actes juridiques décide de la qualité du document nécessaire à la validité et l'efficacité de ces actes. Les formes instrumentales des actes juridiques sont régies par la loi du lieu où ils sont conclus ou établis. L'enregistrement et la publicité sont régis par la loi de chaque État. »

	Fond : **Article 48 (Loi applicable en l'absence d'accord des parties) :** « À défaut de choix du droit applicable conformément à l'article 45 de la présente loi, ou si ce choix se révèle non valable ou inefficace, les contrats internationaux sont régis, en ce qui concerne leur existence, leur validité totale ou partielle, leur interprétation, leurs effets, les modes d'extinction des obligations et, en somme, toutes les questions relatives à l'un quelconque de leurs aspects, par la loi du lieu d'exécution, qui doit être interprétée conformément aux critères suivants : A) Les contrats qui portent sur des choses certaines et individualisées sont régis par la loi du lieu où ces choses se trouvent lors de leur conclusion. B) Ceux qui portent sur des choses fongibles ou déterminées en nature, la loi du domicile du débiteur de l'obligation caractéristique du contrat à l'époque où ils sont passés. C) Ceux qui portent sur une fourniture de services : (1) S'ils ont trait à des choses, par la loi du lieu où celles-ci se trouvaient lors de la conclusion du contrat. (2) Si leur efficacité a trait à un endroit déterminé, par la loi du lieu où ils doivent produire effet. (3) En dehors de ces cas, par la loi du lieu du domicile du débiteur de la prestation caractéristique du contrat à l'époque de la conclusion du contrat. **Article 49 (Critères subsidiaires) :** « Sont régis par la loi du lieu de leur conclusion les actes et les contrats pour lesquels la loi applicable au moment de leur conclusion ne peut être déterminée selon les règles de l'article 48 de la présente loi. Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du premier alinéa, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. »
VENEZUELA (Loi sur le droit international privé)	*Forme :* **Article 37** : « Les actes juridiques sont valides, en ce qui concerne la forme, s'ils satisfont aux exigences requises dans l'un des ordres juridiques suivants : 1. Celui du lieu de la conclusion de l'acte ; 2. Celui qui régit le contenu de l'acte ; ou 3. Celui du domicile du signataire ou du domicile commun des signataires. » *Fond :*

	Article 30 : « À défaut d'indication valable, les obligations contractuelles sont régies par le Droit avec laquelle elles présentent les liens les plus étroits. Le juge tient compte de tous les éléments objectifs et subjectifs découlant du contrat pour déterminer ce Droit. Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international acceptés par les organisations internationales. »

III. Questions communes

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
ARGENTINE **(Code civil et commercial)**	**N/A**	**Article 2651 :** « Les contrats sont régis par le droit choisi par les parties en ce qui concerne leur validité intrinsèque, leur nature, leurs effets, leurs droits et leurs obligations. […]»	**Article 2651, al. I, b :** « […] L'exercice de ce droit est soumis aux règles suivantes : […] b) lorsqu'un droit national est élu comme applicable, cette élection doit être interprétée comme une élection du droit interne de ce pays, à l'exclusion de ses règles de conflit de lois, sauf convention contraire. […] »	*D'application spéciale (contrats internationaux) :* **Article 2651, al. I, e, f et al. III :** « L'exercice de ce droit est soumis aux règles suivantes : […] e) les principes d'ordre public et les normes internationalement impératives du droit argentin s'appliquent au rapport juridique, quelle que soit la loi régissant le contrat ; également, s'imposent au contrat, en principe, les normes internationalement impératives des États qui	*D'application spéciale (contrats internationaux) :* **Article 2651, al. I, c et d :** « L'exercice de ce droit est soumis aux règles suivantes : […] c) les parties peuvent établir, d'un commun accord, le contenu matériel de leurs contrats et, y compris, créer des dispositions contractuelles qui déplacent les normes coercitives du droit choisi ; d) les usages et pratiques commerciales

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				présentent des liens économiques prépondérants avec l'affaire ; f) les contrats faits en la République pour violer des normes internationalement impératives d'une nation étrangère de nécessaire application au cas n'ont aucun effet Le présent article ne s'applique pas aux contrats de consommation. » *D'application générale (normes générales de droit international privé) :* **Article 2598 — Fraude à la loi :** « Pour la détermination du droit applicable en matière de droits non disponibles pour les parties, il n'est pas tenu compte des faits	généralement admis, les coutumes et les principes du droit commercial international sont applicables lorsque les parties les ont incorporés dans le contrat ; […] » *D'application générale :* **Article 1 — Sources et application : «** Les cas régis par ce Code doivent être résolus conformément aux lois applicables, conformément à la Constitution nationale et aux traités de droits de l'homme auxquels la République est partie. À cet effet, la finalité de la norme sera prise en compte. Les usages, pratiques et coutumes sont contraignants lorsque les lois ou les parties intéressées s'y réfèrent ou dans des situations non réglementées légalement, à condition qu'ils ne

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				ou actes accomplis dans le seul but d'éluder l'application de la loi désignée par les règles de conflit. » **Article 2599 — Règles internationalement impératives :** « Les normes internationalement impératives ou d'application immédiate du droit argentin prévalent sur l'exercice de l'autonomie de la volonté et excluent l'application du droit étranger choisi par les règles de conflit ou par les parties. Lorsqu'un droit étranger est applicable, sont également applicables ses dispositions internationalement impératives et, lorsque des intérêts légitimes l'exigent, peuvent être reconnus les effets des dispositions	soient pas contraires au droit. » **Article 2 — Interprétation :** « La loi doit être interprétée en tenant compte de ses termes, de ses objectifs, des lois analogues, des dispositions découlant des traités sur les droits de l'homme, des principes et des valeurs juridiques, de manière cohérente avec tout le système juridique. »

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				internationalement impératives d'États tiers qui présentent des liens étroits et manifestement prépondérants avec l'affaire. » **Article 2600 — Ordre public :** « Les dispositions applicables du droit étranger doivent être exclues lorsqu'elles conduisent à des solutions incompatibles avec les principes fondamentaux de l'ordre public qui inspirent le système juridique argentin. »	
BOLIVIE **(Code civil et Code de commerce)**	**N/A**	**N/A**	**N/A**	*D'application générale :* **Article 454, II — Liberté contractuelle : ses limitations (Code civil) :** « […] II. La liberté contractuelle est subordonnée aux limites imposées par la loi et à la réalisation d'intérêts dignes de protection légale. »	*D'application générale :* **Article 803 — Bonne foi dans les contrats (Code de commerce) :** « Dans tous les contrats, la bonne foi est présumée et, par conséquent, elle lie non seulement à ce qui y est expressément convenu, mais aussi à ce qui correspond à la nature du

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
					contrat selon la loi, la coutume ou l'équité. »
BRÉSIL **(Loi d'introduction aux normes de Droit brésilien)**	**N/A**	**Article 9 :** « Pour qualifier et régir les obligations, il sera applicable la loi du pays dans lequel celles-ci sont constituées. […] »	*D'application générale :* **Article 16 :** « Lorsque, conformément aux articles précédents, il convient d'appliquer la loi étrangère, il sera tenu compte de ses dispositions, sans considérer aucun renvoi qu'elle pourrait faire à une autre loi. »	*D'application générale :* **Article 17 :** « Les lois, actes et jugements d'un autre pays, ainsi que les déclarations de volonté, n'ont pas d'effet au Brésil lorsqu'ils portent atteinte à la souveraineté nationale, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. »	*D'application générale :* **Article 4 :** « Dans le silence de la loi, le juge tranche le litige d'après l'analogie, la coutume et les principes généraux du droit. » **Article 5 :** « Dans l'application de la loi, le juge tient compte des fins sociales auxquelles elle est destinée et des exigences du bien commun. »
CHILI **(Code civil et Code de commerce)**	**N/A**	*D'application générale :* ***(Code civil)*** **Article 16 :** « Les biens situés au Chili sont soumis à la loi chilienne, même si leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas au Chili.	**N/A**	**N/A**	*D'application générale :* ***(Code civil)*** **Article 2 :** « La coutume ne constitue pas une loi, sauf dans les cas où la loi s'y réfère. » **Article 3 :** « Il appartient exclusivement au législateur d'expliquer ou

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		Cette disposition s'entend sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement conclus dans un pays étranger. Toutefois, les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Chili sont régis par le droit chilien. » ***(Code de commerce)*** **Article 133 :** « Tous les actes relatifs à l'exécution des contrats conclus dans un pays étranger et exécutés au Chili sont régis par le droit chilien, conformément aux dispositions du dernier paragraphe de l'article 16 du Code civil. Ainsi, la livraison et le paiement, la monnaie dans laquelle le paiement			d'interpréter la loi d'une manière généralement contraignante. Les sentences judiciaires n'ont de force obligatoire que pour les affaires dans lesquelles elles sont actuellement prononcées. » **§ 4 — Interprétation de la loi** **Article 24 :** « Dans les cas où les règles d'interprétation qui précèdent ne peuvent être appliquées, les passages obscurs ou contradictoires seront interprétés de la manière la plus conforme à l'esprit général de la loi et à l'équité naturelle. » ***(Code de commerce)*** **Article 4 :** « Les usages commerciaux suppléent au silence de la loi, lorsque les faits qui les

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		doit être effectué, les mesures de toute nature, les récépissés et leur forme, les responsabilités imposées par l'inexécution ou l'exécution imparfaite ou tardive, et tout autre acte relatif à la simple exécution du contrat, sont régis par les dispositions des lois de la République, à moins que les parties contractantes n'en soient convenues autrement. »			constituent sont uniformes, publics, généralement exécutés dans la République ou dans une certaine localité, et répétés pendant une longue période, ce qui sera apprécié prudemment par les tribunaux de commerce. »
COLOMBIE **(Code civil et Code de commerce)**	**N/A**	*D'application générale :* **(Code civil)** **Article 20 — Application de la loi en matière de propriété :** « Les biens situés dans les territoires et les biens situés dans les États, dont la propriété intéresse la Nation ou lui confère un droit, sont soumis aux dispositions du présent	**N/A**	*D'application générale :* **(Code civil)** **Article 15 — Renonciation aux droits :** « Il pourra être renoncé aux droits conférés par la loi, à condition que ce soit uniquement dans l'intérêt individuel du renonçant et que la renonciation ne soit pas interdite. »	*D'application générale :* **(Code civil)** **Article 8 — Force de la coutume :** « La coutume n'a en aucun cas force contre la loi. Il ne pourra être invoqué la désuétude pour justifier sa non-observance, ni une pratique, aussi ancienne et générale soit-elle »

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		Code, même si leurs propriétaires sont étrangers et résident en dehors de la Colombie. Cette disposition s'entend sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement conclus dans un pays étranger. Cependant, les effets de ces contrats, pour être exécutés sur un territoire, ou dans les cas affectant les droits et intérêts de la Nation, seront régis par ce code et les autres lois civiles de l'union » **(Code de commerce)** **Article 822 — Application du droit civil :** « Les principes qui régissent la formation des actes et des contrats et des obligations de droit civil, leurs effets, leur interprétation, leur mode d'extinction,		**Article 16 — Dérogation conventionnelle :** « Il ne peut être dérogé par accord privé aux lois dont l'observation est conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. »	**(Code de commerce)** **Article 3 — Autorité de la coutume commerciale — Coutume locale — Coutume générale :** « La coutume commerciale aura la même autorité que la loi commerciale, pourvu qu'elle ne s'y oppose pas manifestement ou tacitement et que les faits qui la constituent soient publics, uniformes et réitérés dans le lieu où doivent être exécutées les prestations ou où sont nées les relations devant être régies par elle. À défaut de coutume locale, il est tenu compte de la coutume générale du pays, à condition qu'elle réponde aux exigences de l'alinéa précédent. » **Article 4 — Préférence des dispositions contractuelles :** « Les stipulations des contrats valablement conclus

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		d'annulation ou de résiliation seront applicables aux obligations commerciales et aux opérations juridiques, à moins que la loi n'en dispose autrement. La preuve en droit commercial est régie par les règles du code de procédure civile, à l'exception des règles particulières prévues par la loi. »			prévalent sur les normes légales supplétives et les coutumes commerciales. » **Article 5 — Application de la coutume commerciale :** « Les coutumes commerciales serviront, en outre, à déterminer le sens des mots ou expressions techniques du commerce et à interpréter les actes et contrats commerciaux. » **Article 7 — Application des traités, conventions et coutumes internationaux :** « Les traités ou les conventions commerciaux internationaux non ratifiés par la Colombie, la coutume commerciale internationale remplissant les conditions de l'article 3, ainsi que les principes généraux du droit commercial, pourront être appliqués aux questions commerciales qui ne peuvent être résolues

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
					conformément aux règles précédentes. » **Article 871 — Principe de bonne foi :** « Les contrats doivent être conclus et exécutés de bonne foi et, par conséquent, obligeront non seulement à ce qui est expressément convenu par eux, mais aussi à tout ce qui correspond à la nature de ceux-ci, conformément à la loi, à la coutume ou à l'équité naturelle. »
COSTA RICA **(Code civil)**	**N/A**	*D'application générale :* **CHAPITRE IV — Normes de droit international privé** **Article 26 :** « La prescription et tout ce qui concerne la manière de satisfaire ou de faire cesser les obligations résultant de tout acte juridique ou contrat à exécuter au Costa Rica	**N/A**	*D'application générale :* **CHAPITRE III — Efficacité générale des normes juridiques** **Article 18 :** « L'exclusion volontaire de la loi applicable et la renonciation aux droits qui y sont reconnus ne sont valables que lorsqu'elles ne sont pas contraires à l'intérêt ou à	*D'application générale :* **CHAPITRE I — Les sources du Droit** **Article 1 :** « Les sources écrites de l'ordre juridique privé costaricien sont la Constitution, les traités internationaux dûment approuvés, ratifiés et publiés, et la loi. La coutume, l'usage et les principes généraux

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		seront régis par la loi costaricienne, même si les parties contractantes sont étrangères, et même si l'acte ou le contrat n'a pas été exécuté ou conclu dans la République. » *D'application spéciale (contrats internationaux)* **Article 27 :** « Pour l'interprétation d'un contrat et pour la détermination des vices médiats ou immédiats qui en résultent, il est fait application de la loi du lieu où le contrat a été conclu ; mais si les parties contractantes sont de même nationalité, il est fait application de la loi de leur pays. […] »		l'ordre public et qu'elles ne portent pas préjudice aux tiers. » **Article 19 :** « Les actes contraires aux règles impératives et prohibitives sont nuls de plein droit, à moins qu'un effet différent ne soit établi dans la loi pour le cas de contravention. » **Article 20 :** « Les actes accomplis sous la protection du texte d'une norme, qui tendent à un résultat prohibé par l'ordre juridique ou contraire à celui-ci, sont considérés comme accomplis en fraude de la loi et ne font pas obstacle à l'application régulière de la norme qu'ils tendent à éluder. » **Article 21 :** « Les droits doivent être exercés conformément aux	du droit sont des sources non écrites de l'ordre juridique privé et servent à interpréter, délimiter et intégrer les sources écrites de l'ordre juridique. » **Article 2 :** « Manqueront de validité les dispositions qui contredisent d'autres dispositions de rang supérieur. » **Article 3 :** « Les usages et la coutume ne régiront qu'à défaut de loi applicable, à condition que leur existence soit démontrée et qu'ils ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à une norme de caractère prohibitif. » **Article 4 :** « Les principes généraux du droit s'appliqueront à défaut de règle écrite, d'usage ou de coutume, sans préjudice de

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				exigences de la bonne foi. » **Article 22 :** « La loi ne protège pas l'abus de droit ni son exercice antisocial. Tout acte ou omission dans un contrat qui, en raison de l'intention de son auteur, de son objet ou des circonstances dans lesquelles il est réalisé, dépasse manifestement les limites normales de l'exercice d'un droit, en causant des dommages à des tiers ou à l'autre partie, donne lieu à la réparation correspondante et à l'adoption de mesures judiciaires ou administratives pour éviter la persistance de l'abus. »	leur caractère informatif de l'ordre juridique. » **CHAPITRE II — L'interprétation et l'application des normes juridiques** **Article 9 :** « La jurisprudence contribuera à éclairer l'ordre juridique avec la doctrine que, de manière répétée, établissent les chambres de cassation de la Cour suprême de justice et la Cour plénière lors de l'application de la loi, de la coutume et des principes généraux du droit. » **Article 11 :** « L'équité doit être prise en compte dans l'application des normes, bien que les décisions des tribunaux ne puissent s'y référer exclusivement que lorsque la loi le permet expressément. »

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
CUBA **(Code civil)**	**N/A**	*D'application générale :* **Article 14 :** « 1. Les actes juridiques civils relatifs aux biens meubles et immeubles et leurs formalités sont régis par la législation de l'État dans lequel ils se trouvent. 2. Les navires et les aéronefs sont soumis à la loi de l'État de leur pavillon, de leur immatriculation ou de leur registre. »	*D'application générale :* **Article 19 :** « En cas de renvoi à une loi étrangère qui, à son tour, renvoie à la loi cubaine, cette dernière sera appliquée. S'il s'agit de 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'article 21. Dans ce dernier cas, la loi cubaine s'applique. »	*D'application générale :* **Article 2 :** « Les dispositions du présent Code sont interprétées et appliquées conformément aux fondements politiques, sociaux et économiques de l'État cubain, tel qu'ils sont exprimés dans la Constitution de la République. » **Article 21** : « La loi étrangère ne sera pas appliquée dans la mesure où ses effets sont contraires aux principes du régime politique, social et économique de la République de Cuba. »	**N/A**
EL SALVADOR **(Code civil)**	**N/A**	*D'application générale :* **Article 16 :** « Les biens situés à l'El Salvador sont soumis à la loi salvadorienne, même si leurs propriétaires sont	**N/A**	**N/A**	*D'application générale :* **Article 2 :** « La coutume ne constitue pas du droit, sauf dans les cas où la loi s'y réfère. »

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		étrangers et ne résident pas à l'El Salvador. Cette disposition s'entend sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement passés dans un pays étranger. Toutefois, les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés à l'El Salvador sont régis par les lois salvadoriennes. »			
ÉQUATEUR **(Code civil et Code de commerce)**	**N/A**	*D'application générale :* ***(Code civil)*** **Article 15** : « Les biens situés en Équateur sont soumis à la loi équatorienne, même si leurs propriétaires sont étrangers et résident dans une autre nation. Cette disposition ne limite pas le pouvoir du propriétaire de ces biens	**N/A**	**N/A**	*D'application générale :* ***(Code civil)*** **Article 2** : « La coutume ne constitue pas le droit, sauf dans les cas où la loi s'y réfère. » **Article 3** : « Le législateur est le seul chargé d'expliquer ou d'interpréter la loi d'une manière généralement obligatoire. Les sentences

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		de conclure des contrats valables dans un pays étranger en ce qui concerne ces biens. Toutefois, les effets de ces contrats, lorsqu'ils doivent être exécutés en Équateur, doivent être conformes aux lois équatoriennes. » *D'application spéciale (contrats internationaux)* ***(Code de commerce)*** **Article 252** : « Tous les actes relatifs à l'exécution des contrats commerciaux conclus dans un pays étranger et exécutés en Équateur seront régis par la loi équatorienne. Ainsi, la livraison et le paiement, la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, les mesures de toute nature, les justificatifs et leurs formes, les responsabilités imposées par			judiciaires n'ont de force obligatoire que pour les cas dans lesquels elles sont prononcées. […] » ***(Code de commerce)*** **Article 6 :** « L'existence d'une coutume commerciale complète le silence de la loi toujours que les faits qui la constituent soient uniformes, publics, généralement pratiqués dans la République de l'Équateur ou dans une localité déterminée, et qu'ils soient largement connus et régulièrement observés par les parties dans des transactions du même type dans le commerce en question pendant une période minimale de cinq ans. L'existence d'une coutume commerciale, ainsi que le respect des exigences décrites au

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		l'inexécution ou l'exécution imparfaite ou tardive, et tout autre acte relatif à la simple exécution du contrat, sont régis par les dispositions des lois de la République, à moins que les parties contractantes n'en aient convenu autrement. »			paragraphe précédent, doit être prouvée par la partie qui les invoque. Toutefois, lorsque la preuve est apportée par des témoins, il doit s'agir d'au moins cinq commerçants compétents inscrits au registre du commerce, qui exposent de manière motivée les faits et les exigences respectives ; et lorsque deux décisions judiciaires définitives sont apportées comme preuve, il sera exigé qu'elles aient été rendues dans les cinq ans précédant l'événement litigieux. » **Article 267 :** « Pour l'interprétation des contrats, il sera tenu compte des usages connus et observés dans le commerce international, à moins que l'application de ces usages ne soit illégale. »

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
GUATEMALA (Loi sur le pouvoir judiciaire)	**N/A**	**Article 30 — Lieu d'exécution des actes (*Lex loci excecutionis*) :** « Si l'acte juridique ou contrat doit être exécuté dans un lieu autre que celui où il a été conclu, tout ce qui concerne son exécution est régi conformément à la loi du lieu d'exécution. »	**N/A**	*D'application générale :* **Article 4 — Actes nuls et non avenus :** « Les actes contraires aux normes impératives et expressément prohibitives sont nuls de plein droit, à moins qu'elles n'établissent une sanction diverse pour le cas de contravention. Les actes accomplis sous la protection du texte d'une règle qui tendent à un résultat interdit par l'ordre juridique, ou contraire à celui-ci, sont considérés comme accomplis en fraude de la loi et ne font pas obstacle à l'application conforme de la règle que l'on a cherché à contourner. » **Chapitre II — Normes de droit international privé** **Article 31 — Accord de soumission :** « Les actes	*D'application générale :* **Article 2 — Les sources du droit :** « La loi est la source de l'ordre juridique. La jurisprudence la complétera. La coutume ne régit qu'en l'absence de loi applicable ou par délégation de la loi, à condition qu'elle ne soit pas contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public et qu'elle soit prouvée. » **Article 3 — Primauté de la loi :** « L'ignorance, la désuétude, les usages ou les pratiques contraires ne peuvent être opposés au respect de la loi. » **Article 10 — Interprétation de la loi :** « Les lois sont interprétées conformément à leur texte, au sens propre de leurs mots, à leur contexte et conformément aux

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				juridiques et les contrats sont régis par la loi à laquelle les parties se sont soumises, à moins que cette soumission ne soit contraire à des lois prohibitives expresses ou à l'ordre public. »	dispositions constitutionnelles. Lorsqu'une loi est claire, son libellé littéral ne doit pas être ignoré sous prétexte d'en consulter son esprit. L'ensemble de la loi sert à illustrer le contenu de chacune de ses parties, mais les passages de la loi peuvent être clarifiés en se référant à l'ordre suivant : a) la finalité et l'esprit de la loi ; b) l'historique authentique de son institution ; c) les dispositions d'autres lois sur des cas ou des situations analogues ; d) la manière qui paraît la plus conforme à l'équité et aux principes généraux du droit. »
HONDURAS **(Code civil)**	**N/A**	*D'application générale :* **Article 14 :** « Les biens situés au Honduras sont soumis à la loi hondurienne même si	**N/A**	*D'application générale :* **Article 11 :** « Les lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ne peuvent être contournées	*– D'application générale :* **Article 2 :** « La coutume ne constitue pas du droit,

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		leurs propriétaires sont étrangers et ne résident pas au Honduras. Cette disposition s'entend sans préjudice des stipulations contenues dans les contrats valablement conclus dans un pays étranger. Toutefois, les effets des contrats conclus dans un pays étranger et devant être exécutés au Honduras sont régis par les lois honduriennes. »		ou modifiées par des conventions privées ; mais il peut être dérogé aux droits conférés par la loi, à condition qu'ils ne concernent que l'intérêt individuel de celui qui y renonce et que cette dérogation ne soit pas interdite. » **Article 10 :** « Lorsque la loi prononce la nullité d'un acte dans le but exprès ou tacite d'éviter la fraude, ou de pourvoir à un objet d'utilité publique ou privée, la loi ne cesse pas d'être applicable, même s'il est prouvé que l'acte qu'elle annule n'était pas frauduleux ou contraire à la finalité de la loi. »	sauf dans les cas où la loi s'y réfère. »
MEXIQUE **(Code civil fédéral)**	**N/A**	*D'application générale :* **Article 13 :** « La détermination de la loi applicable se fait	**Article 14, II :** « Dans l'application du droit étranger, il sera tenu compte de ce qui suit : […]	*D'application générale (règles générales de DIP) :*	*D'application générale :* **Dispositions préliminaires**

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		conformément aux règles suivantes : I. Les situations juridiques valablement créées dans les entités de la République ou dans un État étranger conformément à sa législation devront être reconnues ; II. L'état et la capacité des personnes physiques sont régis par la loi du lieu de leur domicile ; III. La constitution, le régime et l'extinction des droits réels sur les immeubles, ainsi que les contrats de location et d'utilisation temporaire de tels biens, et sur les biens meubles, sont régis par la loi du lieu de leur situation, même si leurs titulaires sont étrangers ; IV. La forme des actes juridiques est régie par la loi du lieu où ils sont conclus. Toutefois, ils pourront être soumis aux	II. Il sera appliqué le droit matériel étranger, sauf si, en raison des circonstances particulières de l'affaire, il est nécessaire de prendre en compte, à titre exceptionnel, les règles de conflit de ce droit, qui rendent applicables les normes substantielles mexicaines ou le droit substantiel d'un État tiers »	**Article 15 :** « Le droit étranger n'est pas applicable : I. Lorsque les principes fondamentaux du droit mexicain ont été artificiellement éludés, en devant le juge déterminer l'intention frauduleuse d'une telle élision ; et II. Lorsque les dispositions de la loi étrangère ou le résultat de son application sont contraires aux principes ou aux institutions fondamentaux de l'ordre public mexicain. »	**Article 10 :** « Contre le respect de la loi, il ne peut être invoqué la désuétude, la coutume ou l'usage contraire. » **Article 19 :** « Les controverses judiciaires en matière civile sont résolues conformément à la lettre de la loi ou à son interprétation juridique. En l'absence de loi, ils sont résolus conformément aux principes généraux du droit. »

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		formes prescrites par le présent code lorsque l'acte doit produire des effets dans le District fédéral, ou dans la République s'il s'agit d'une matière fédérale ; et V. Sous réserve des dispositions des sections précédentes, les effets juridiques des actes et des contrats seront régis par la loi du lieu où ils doivent être exécutés, à moins que les parties n'aient valablement désigné l'applicabilité d'un autre droit. »			
NICARAGUA (Code civil)	**N/A**	*D'application générale :* **Titre préliminaire, § II — Effets de la loi, Paragraphe VI :** « […] 14e — Les contrats sont soumis, quant à leur forme, à la loi du lieu où ils sont conclus et, quant à leurs effets, à la loi du lieu où ils doivent être appliqués. Néanmoins, les	**N/A**	*D'application générale :* **Titre Préliminaire, § II — Effets de la loi, Paragraphe VI :** « Pour les conflits résultant de l'application de lois de différents pays, on appliquera les règles suivantes : […]	*D'application spéciale (contrats)* **Chapitre IV — Interprétation des contrats ; Article 2502 :** « Les usages ou coutumes du pays seront pris en considération pour l'interprétation des ambiguïtés des contrats, en suppléant à l'omission des

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		Nicaraguayens ou les étrangers résidant hors de la République restent libres de se soumettre à la forme ou aux solennités prescrites par la loi nicaraguayenne, dans les cas où l'acte doit être exécuté dans la République elle-même. […] »		22e — Est nul l'acte conclu entre des Nicaraguayens dans un pays étranger où ils se sont rendus pour se soustraire à l'application de la loi nicaraguayenne. » **Paragraphe VIII :** « Les lois étrangères ne sont pas applicables : 1 — Lorsque leur application est contraire au droit public ou pénal de la République, à la liberté des cultes, à la morale, aux bonnes mœurs et aux lois prohibitives. 2 — Lorsque leur application est incompatible avec l'esprit de la législation du présent Code. 3 — Lorsqu'elles sont de simple privilège. 4 — Lorsque les préceptes du présent Code, en contradiction avec les lois étrangères,	clauses qui sont d'usage dans ces contrats. »

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				sont plus favorables à la validité des actes. » **Paragraphe X :** « Les actes exécutés contre des lois prohibitives ou prescriptives sont sans valeur, si elles ne prévoient pas expressément un autre effet pour le cas de contravention. » **Paragraphe XI :** « Lorsque la loi prononce la nullité d'un acte dans le but exprès ou implicite de prévenir la fraude ou de pourvoir à un objet d'utilité publique ou privée, elle ne laisse pas d'être appliquée, même s'il est prouvé que l'acte qu'elle annule n'était pas frauduleux ou contraire à l'objet de la loi. »	
PANAMÁ	**Article 68 : «** Les contrats sont réputés internationaux lorsque les parties ont leur domicile	*D'application spéciale (contrats internationaux)*	*D'application générale :* **Article 6 :** « Le renvoi est reconnu en matière de	*D'application générale :* **Section 3 — Ordre public international**	*D'application spéciale (contrats internationaux)*

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
(Code de droit international privé)	dans des États différents et lorsque : 1. Le contrat comporte une prestation ou une obligation portant sur des services, des biens ou des capitaux produisant leurs effets sur le territoire de la République du Panama, ou 2. Les services, biens ou capitaux, ou leur cause juridique, se sont perfectionnés sur le territoire de la République du Panama, ou 3. Les parties ont inclus une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux panaméens. »	**Article 71 :** « L'existence et la validité du contrat ou de l'une quelconque de ses dispositions sont régies par la loi applicable au contrat. Toutefois, le consentement de chacune des parties est soumis à la loi de leur statut personnel respectif. » **Article 74 :** « La prescription extinctive ou acquisitive est régie par la loi qui régit le rapport d'obligation objet de la prescription. » **Article 75 :** « La nullité des contrats quant à leur forme est régie par la loi qui en régit la forme de ceux-ci. La nullité qui affecte la partie substantielle du contrat est régie par la loi applicable au contrat conformément aux dispositions de l'article 69. »	statut personnel et de biens meubles lorsque, face à la règle de conflit pour statuer sur un rapport juridique de nature internationale, le juge établit comme loi applicable le droit étranger et celui-ci désigne un autre système juridique comme droit applicable. »	**Article 7 :** « Les effets juridiques d'un acte ou d'une loi étrangère ne sont pas reconnus, ni en totalité ni en partie, lorsque son application enfreint ou viole l'ordre public international. Le droit étranger non appliqué sera remplacé par le droit interne. » **Article 72 :** « L'autonomie de la volonté des parties n'est limitée que par l'ordre public et la fraude à la loi. »	**Article 79 :** « Les parties pourront utiliser les principes sur les contrats commerciaux internationaux réglementés par l'Institut international pour l'unification du droit privé, connu comme l'UNIDROIT pour son acronyme en anglais, comme règle supplémentaire au droit applicable ou comme moyen d'interprétation par le juge ou l'arbitre, dans les contrats ou les relations de droit commercial international. » **Article 80 :** « Il est valable entre les parties de convenir dans les contrats commerciaux des usages généraux, des coutumes dans l'activité commerciale et des pratiques réitératives de caractère international connus par les parties en

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
					leur qualité d'opérateurs commerciaux ou d'agents économiques dans le cadre de leurs relations internationales. L'ensemble des usages, coutumes et pratiques du commerce international est une source de droit et a force obligatoire dès qu'il est convenu ou qu'il découle de l'activité naturelle du commerce. » **Article 81 :** « On entend par opérateurs commerciaux ou agents économiques tous les commerçants qui produisent dans le cadre de leur activité des services, des biens ou des capitaux sur le marché international ou national (*lex mercatoria*). L'égalité contractuelle est présumée entre les commerçants. »

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
PARAGUAY **(Loi sur le droit applicable aux contrats internationaux)**	**Article 2 — Internationalité du contrat :** « L'applicabilité de la présente loi aux contrats internationaux doit être interprétée de la manière la plus large possible et, seulement seront exclus ceux dont tous les éléments pertinents sont liés à un seul État. »	**Article 13 — Champ d'application de du droit :** « 1. Le droit applicable en vertu de la présente Loi régit tous les aspects du contrat entre les parties, notamment : a) son interprétation ; b) les droits et obligations découlant du contrat ; c) l'exécution du contrat et les conséquences de son inexécution, y compris l'évaluation des dommages et préjudices ; d) les différents modes d'extinction des obligations, la prescription et la forclusion ; e) la validité et les conséquences de la nullité du contrat ; f) la charge de la preuve et les présomptions légales ; et, g) les obligations précontractuelles. 2. Le paragraphe 1, alinéa e), n'exclut pas	**Article 10 — Exclusion du renvoi** : « Le choix du droit n'inclut pas les règles de conflit de du droit choisi par les parties, à moins que les parties n'en disposent expressément autrement. »	**Article 17 — Lois de police et l'ordre public :** « 1. Le choix par les parties du droit applicable n'empêche pas le juge d'appliquer les normes impératives du droit paraguayen qui, selon ce droit, doivent prévaloir même en présence du choix d'un droit étranger. 2. Le juge peut prendre en considération les normes impératives d'autres États ayant un lien étroit avec l'affaire, en tenant compte des conséquences de leur application ou de leur non-application. 3. Le juge peut écarter l'application d'une disposition du droit choisi par les parties si et seulement dans la mesure où le résultat de son application serait manifestement incompatible avec l'ordre public. »	**Article 5 — Règles de droit :** « Dans la présente Loi, la référence au droit inclut les règles de droit d'origine non étatique, généralement acceptées comme un ensemble de règles neutres et équilibrées. » **Article 12 — Harmonisation équitable d'intérêts :** « Outre les dispositions des articles précédents, seront appliqués, le cas échéant, les règles, usages commerciaux et principes contractuels du droit comparé, afin de satisfaire aux exigences de l'équité dans le cas d'espèce. »

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
		l'application de tout autre droit qui confirme la validité formelle du contrat. »			
PÉROU (Code civil)	**N/A**	**N/A**	**Article 2048 — Compétence des juges péruviens :** « Les juges n'appliquent que le droit interne de l'État déclaré compétent par les règles péruviennes de droit international privé. »	*D'application générale (normes générales de droit international privé) :* **Article 2049 — Incompatibilité de la norme étrangère :** « Les dispositions de la loi étrangère pertinente selon les règles péruviennes de droit international privé ne sont exclues que lorsque leur application est incompatible avec l'ordre public international ou les bonnes mœurs. Dans ce cas, les règles du droit interne péruvien s'appliquent. » **Article 2050 — Reconnaissance des droits acquis à l'étranger :** « Tout droit	*D'application générale (normes générales de droit international privé) :* **Article 2047 — Normes applicables :** « Le droit applicable pour régir les relations juridiques liées à des systèmes juridiques étrangers est déterminé conformément aux traités internationaux pertinents ratifiés par le Pérou et, s'ils ne sont pas pertinents, conformément aux normes du présent livre. En outre, sont applicables, à titre supplétif, les principes et critères consacrés par la doctrine du droit international privé. »

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				régulièrement acquis en vertu du droit étranger, compétent selon les règles péruviennes de droit international privé, a la même efficacité au Pérou, dans la mesure où il est compatible avec l'ordre public international et les bonnes coutumes. » **Titre III — Loi applicable** **Article 2096 — Autonomie de la volonté :** « La loi compétente, conformément à l'article 2095, détermine les normes impératives applicables et les limites de l'autonomie de la volonté. »	
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE **(Loi n. 544-14 sur le droit**	**N/A**	*D'application spéciale (contrat d'assurance) :* **Article 65 — Champ d'application de la loi applicable :** « La loi	*D'application générale :* **Article 85 — Exclusion du renvoi :** « La loi étrangère désignée par la règle de conflit est son	*Définitions :* **Article 7 — Définitions :** Aux fins de la présente loi, les définitions	*D'application spéciale (obligations contractuelles) :* **Article 61 — Paramètres du tribunal pour**

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
international privé de la République dominicaine)		applicable au contrat en vertu de l'article 64 comprend : 1) son interprétation ; 2) les droits et obligations des parties ; 3) l'exécution des obligations qu'il établit et les conséquences de l'inexécution du contrat, y compris l'évaluation des dommages dans la mesure où elle peut conduire au paiement de dommages-intérêts compensatoires ; 4) les différents modes d'extinction des obligations, y compris la prescription et la déchéance des actions ; 5) les conséquences de la nullité ou de l'invalidité du contrat ; 6) l'acquisition et la perte inter partes d'un droit réel au sens du paragraphe de l'article 76. »	droit matériel à l'exclusion de tout renvoi que ses règles de conflit peuvent faire à un autre droit, y compris le dominicain. »	suivantes s'appliquent : […] 2) Ordre public dominicain : il comprend les dispositions ou principes impératifs auxquels il ne peut être dérogé par la volonté des parties ; 3) Ordre public international : il s'agit de l'ensemble des principes qui inspirent le système juridique dominicain et qui reflètent les valeurs de la société au moment où ils sont évalués ; […] » **Article 86 — Causes de non-application de la loi étrangère :** « La loi étrangère n'est pas appliquée lorsque ses effets sont incompatibles avec l'ordre public international. § 1. L'incompatibilité de la loi étrangère s'apprécie	**déterminer la loi applicable, Chapeau et Paragraphe II :** « Le tribunal tiendra compte de tous les éléments objectifs et subjectifs découlant du contrat pour déterminer la loi de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits, ainsi que les principes généraux du droit des affaires internationales acceptés par les organismes internationaux. Paragraphe I. Si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre État, la loi de cet autre État peut, à titre exceptionnel, être appliquée à cette partie du contrat. Paragraphe II. Seront applicables, le cas échéant, les normes, coutumes et principes du

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				en tenant compte du degré de rattachement de la situation juridique à l'ordre juridique dominicain ainsi que de la gravité de l'effet que produirait son application. § 2. Lorsqu'est admise l'incompatibilité de la loi étrangère, on appliquera la loi désignée au moyen d'autres critères de rattachement prévus par la même règle de conflit et, si cela n'est pas possible, on appliquera la loi dominicaine. *D'application spéciale (obligations contractuelles) :* **Article 66 — Dispositions impératives :** « Nonobstant les dispositions de l'article 58, sont applicables aux contrats les dispositions dont la	droit commercial international, ainsi que les usages et pratiques commerciales généralement acceptés. »

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				République dominicaine estime que l'observation est essentielle pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique. Paragraphe. Les tribunaux dominicains peuvent, s'ils l'estiment opportun, appliquer les dispositions concernant la même matière de la loi d'un autre État avec lequel le contrat a des liens étroits. »	
URUGUAY **(Loi générale de droit international privé)**	**Article 44 (Internationalité du contrat) :** « Un contrat est réputé international lorsque les parties ont leur résidence habituelle ou leur établissement dans des États différents, ou lorsque le contrat présente des liens objectifs pertinents avec plus d'un État. Le contrat ne peut	*D'application spéciale (obligations contractuelles) :* **Article 48 (Loi applicable sans accord des parties) :** « À défaut de choix du droit applicable conformément à l'article 45 de la présente loi, ou si ce choix se révèle non valable ou inefficace, les	*D'application générale :* **Article 12 :** « Lorsque le droit d'un État étranger est appliqué, il est considéré qu'il englobe le droit matériel de cet État, excluant ses règles de conflit de lois Ceci n'affecte pas ce qui est établi au premier paragraphe, sauf	*D'application générale (normes générales de droit international privé) :* **Article 5 (Ordre public international) :** « Les tribunaux ou autres autorités compétentes, par une décision motivée, déclareront inapplicables les préceptes de la loi étrangère lorsqu'ils	*D'application générale (normes générales de droit international privé) :* **Article 13 — Spécialité du droit commercial international :** « Le droit commercial international est reconnu comme un droit à caractère spécial.

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
	être internationalisé par la seule volonté des parties. Dans son application aux contrats internationaux, la présente loi sera interprétée de la manière la plus large possible. »	contrats internationaux sont régis, en ce qui concerne leur existence, leur validité totale ou partielle, leur interprétation, leurs effets, les modes d'extinction des obligations et, en somme, toutes les questions relatives à l'un quelconque de leurs aspects, par la loi du lieu d'exécution, qui doit être interprétée conformément aux critères suivants : […] »	disposition expresse contraire d'autres normes ou lorsque l'application de la loi substantielle de cet État à un cas concret devient incompatible avec l'objectif essentiel de la norme de conflit qui la désigne, conformément à l'article 11 de cette loi et aux normes sur les droits de l'homme auxquelles la République est partie. En matière contractuelle il n'y aura pas de renvoi. » *D'application spéciale aux contrats internationaux (en cas d'élection de loi) :* **Article 45, II :** « […] La référence au droit en vigueur dans un État doit s'entendre à l'exclusion de ses règles de conflit de lois. […] »	contreviennent de manière grave, concrète et manifeste aux principes fondamentaux de l'ordre public international sur lesquels la République fonde son individualité juridique. Cette situation se produit notamment lorsque l'application de la loi étrangère est inconciliable avec les droits fondamentaux consacrés par la Constitution de la République et par les conventions internationales auxquelles la République est partie. » **Article 6 (Règles d'application nécessaires) :** « Les relations juridiques internationales privées qui sont régies ou couvertes par des règles impératives d'application nécessaire que la République a adoptées pour la mise en	Les questions relatives aux relations commerciales internationales qui ne sont pas résolues par les conventions internationales, les lois spéciales ou la présente loi sont réglées en consultant prioritairement les autres sources du droit commercial international par le biais de l'application des mécanismes d'intégration prévus à l'article 1, deuxième alinéa de la présente loi. Sont considérés comme sources matérielles du droit commercial international les usages en la matière, les principes généraux applicables aux contrats et autres relations commerciales internationales, la jurisprudence des tribunaux ordinaires ou arbitraux et les doctrines

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
				œuvre de politiques sociales et économiques ne seront pas soumises aux règles de conflit de lois. Le tribunal peut, s'il l'estime approprié, appliquer les dispositions impératives du droit d'un autre État avec lequel l'affaire présente des liens étroits » **Article 7 (Fraude à la loi) :** « Il ne sera pas fait application du droit désigné par une règle de conflit lorsque, de manière artificielle, il a été contourné des principes fondamentaux de l'ordre juridique de la République. »	les plus largement acceptées en droit uruguayen et en droit comparé. Il sera applicable, le cas échéant, les usages largement connus et régulièrement observés par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, ou ceux généralement acceptés dans cette branche, ainsi que les principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales dont la République est membre. » *D'application spéciale (obligations contractuelles) :* **Article 45, alinéa 2 — Loi applicable par accord des parties :** « […] Conformément aux dispositions des

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
					articles 13 et 51 de la présente loi, les parties peuvent choisir des règles de droit généralement acceptées au niveau international comme un ensemble de règles neutres et équilibrées, à condition qu'elles émanent des organismes internationaux auxquels la République orientale de l'Uruguay est partie. » **Article 51 — Usages et principes :** « S'appliqueront, le cas échéant, les usages et principes du droit international des contrats généralement acceptés ou établis par les organisations internationales dont la République est membre (article 13, quatrième alinéa, de la présente loi), sans préjudice des dispositions de l'article 45, deuxième

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
					alinéa, de la présente loi. »
VENEZUELA **(Loi sur le droit international privé)**	**N/A**	**N/A**	*D'application générale :* **Article 4 :** « Lorsque le droit étranger compétent déclare applicable le droit d'un État tiers qui, à son tour, se déclare compétent, le droit interne de cet État tiers s'applique. Lorsque le droit étranger compétent déclare le droit vénézuélien applicable, c'est ce droit qui s'applique. Dans les cas non prévus aux deux paragraphes précédents, il doit être applicable le droit interne de l'État qui déclare compétente la règle de conflit vénézuélienne. » **Article 2 :** « La loi étrangère compétente sera appliquée conformément	*D'application générale (normes générales de droit international) :* **Article 8 :** « Les dispositions du droit étranger qui doivent être appliquées conformément à la présente loi ne sont exclues que si leur application aboutit à des résultats manifestement incompatibles avec les principes essentiels de l'ordre public vénézuélien. » **Article 9 :** « Lorsque le droit étranger déclaré applicable au cas d'espèce établit des institutions ou des procédures essentielles à sa bonne application qui ne sont pas prévues dans l'ordre juridique vénézuélien, l'application de ce droit étranger peut être refusée,	*D'application spéciale (obligations contractuelles) :* **Article 30 :** « À défaut d'indication valable, les obligations contractuelles sont régies par le Droit avec laquelle elles présentent les liens les plus étroits. Le juge tient compte de tous les éléments objectifs et subjectifs découlant du contrat pour déterminer ce Droit. Il tient également compte des principes généraux du Droit commercial international admis par les organisations internationales. » **Article 31 :** « Outre les dispositions des articles précédents, s'appliquent, le cas échéant, des règles, coutumes et principes du

	INTERNATIONALITÉ	DOMAINE DE LA LOI DU CONTRAT	RENVOI	PERTUBATIONS À L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES	DROIT NON-ÉTATIQUE
			aux principes en vigueur dans le pays étranger concerné et de manière à atteindre les objectifs poursuivis par les règles de conflit vénézuéliennes. »	à condition que le droit vénézuélien ne dispose pas d'institutions ou de procédures analogues. » **Article 10 :** « Nonobstant les dispositions de la présente loi, seront nécessairement applicables les dispositions impératives de la loi vénézuélienne qui ont été adoptées pour régir les circonstances de fait liées à plusieurs systèmes juridiques. »	droit commercial international, ainsi que des usages et pratiques commerciaux généralement admis, afin de satisfaire aux exigences de la justice et de l'équité dans la solution du cas d'espèce. »

IV. Contrats conclus avec des parties faibles

	RÈGLES SPÉCIALES (PARTIES FAIBLES)
ARGENTINE (Code civil et commercial)	**Article 2655 Droit applicable :** « Les contrats de consommation sont régis par le droit de l'État du domicile du consommateur dans les cas suivants :

	a) lorsque la conclusion du contrat a été précédée d'une offre, ou d'une publicité, ou d'une activité réalisée dans l'État du domicile du consommateur, et que celui-ci y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat ; b) lorsque le fournisseur a reçu la commande dans l'État du domicile du consommateur ; c) lorsque le consommateur a été amené par son fournisseur à se déplacer dans un État étranger afin d'y effectuer sa commande ; d) lorsque les contrats de voyage, pour un prix global, comprennent des prestations combinées de transport et d'hébergement. À défaut, les contrats de consommation sont régis par le droit du pays du lieu d'exécution. Si le lieu d'exécution ne peut être déterminé, le contrat est régi par le droit du lieu de conclusion. »
PANAMÁ **(Code de droit international privé)**	**Article 89** : « La loi applicable aux relations individuelles de travail est régie par les règles suivantes : 1. Lorsque la relation de travail individuelle se développe de manière fixe, elle est soumise à la loi du lieu d'exécution du contrat de travail. 2. Lorsque la relation de travail individuelle se développe temporairement à l'étranger, la loi applicable est celle d'origine de la relation de travail. 3. Lorsqu'il s'agit d'une affectation de longue durée à l'étranger, la loi du nouveau lieu d'exécution du contrat de travail s'applique, sauf s'il s'agit de cadres supérieurs ou de techniciens de haut niveau, auquel cas continue de s'appliquer la loi d'origine ou celle convenue par les parties. 4. Lorsqu'il s'agit de multiples affectations à l'étranger, s'applique, au choix du travailleur, la loi du domicile principal de l'entreprise employeuse ou celle de la succursale où le travailleur est engagé et dirigé. Dans tous les cas où une loi étrangère est applicable à la relation de travail, le tribunal peut déclarer applicables des normes substantielles de l'ordre juridique national, s'il considère que ces normes sont d'ordre public ou de protection de groupes de travailleurs plus vulnérables, à condition qu'il soit démontré que cela servira l'intérêt de la justice. » **Article 90** : « Les contrats de consommation, entendus comme ceux dans lesquels l'une des parties est une personne physique ou morale qui acquiert d'un fournisseur des biens ou des services finaux de toute nature, sont régis par la loi du lieu où la transaction a été conclue. Au choix du consommateur, celui-ci peut saisir la juridiction de son domicile, celle du lieu de conclusion du contrat ou celle qui lui est la plus favorable, conformément au principe de l'intérêt supérieur du consommateur. On entend par loi la plus favorable celle qui prévoit la réparation et la protection les plus appropriées à l'intérêt du consommateur ».

RÉPUBLIQUE DOMINICAINE **(Loi n. 544-14 sur le droit international privé de la République dominicaine)**	**Article 62 — Loi applicable aux contrats de travail : «** Les contrats de travail sont régis par la loi du pays où la prestation de travail est habituellement effectuée et, si celle-ci ne peut être déterminée, par la loi du pays présentant les liens les plus étroits. » Paragraphe. Le choix par les parties de la loi applicable n'est admissible que dans la mesure où il ne réduit pas les standards de protection du travail prévus par la loi applicable établie conformément à l'alinéa précédent. » **Article 63 — Contrats conclus par des consommateurs :** « Les contrats conclus par des consommateurs sont régis par la loi du pays où l'activité est habituellement exercée et, à défaut de choix par les parties, la loi de la résidence habituelle du consommateur s'applique. Paragraphe. Dans les contrats conclus par des consommateurs visés au présent article, le choix par les parties de la loi applicable ne peut réduire les standards de protection du consommateur prévus par la loi de sa résidence habituelle, dans les cas où le cocontractant possède un établissement commercial dans ce pays ou a, de quelque manière que ce soit, dirigé son activité commerciale vers ce pays ». **Article 64 — Règles applicables aux contrats d'assurance : «** Les règles énoncées aux articles 62 et 63 sont applicables aux contrats d'assurance. »
URUGUAY **(Loi générale de droit international privé)**	**Article 50 (Solutions spéciales) : «** Les dispositions précédentes du présent chapitre ne s'appliquent pas aux contrats suivants, même lorsqu'ils présentent un caractère international, lesquels sont régis par les règles ci-après indiquées : […] E) Les contrats conclus dans le cadre de relations de consommation sont régis : Par la loi de l'État dans lequel les biens sont acquis ou les services sont utilisés par le consommateur. Lorsque les biens sont acquis ou les services sont utilisés dans plus d'un pays, ou lorsque, pour d'autres circonstances, il est impossible de déterminer cette loi, ils sont régis par la loi du lieu du domicile du consommateur. Dans les contrats conclus à distance, ainsi que lorsque la conclusion a été précédée d'offres ou de publicité spécifique au domicile du consommateur, la loi de cet État s'applique, pour autant que le consommateur y ait donné son consentement. F) Les contrats individuels de travail dans le cadre d'une relation de dépendance — à l'exception du télétravail — sont régis, au choix du travailleur, par la loi du lieu où le travail est accompli, par la loi du domicile du travailleur ou par la loi du domicile de l'employeur. Mais une fois cette loi déterminée, elle régit l'ensemble des aspects de la relation de travail. G) Les contrats d'assurance sont régis par la Loi sur les contrats d'assurance n° 19 678 du 26 octobre 2018. »

Annexe 3 — Instruments en vigueur

		INSTRUMENTS DE DROIT DES CONFLITS DE LOIS				INSTRUMENT DE DROIT MATERIEL
		Traité de Montevideo de 1889[4453]	**Traité de Montevideo de 1940**[4454]	**Le Code Bustamante de 1928**[4455]	**La Convention de Mexico de 1994**[4456]	**La Convention de Vienne de 1980 sur la vente de marchandises**[4457]
MERCOSUR	**Argentine**	11/12/1894	18/06/1956	–	–	19/04/1983
	Brésil	–	–	03/08/1929	–	04/03/2013
	Bolivie	17/11/1903	–	09/03/1932	–	–
	Paraguay	03/09/1889	29/01/1958	–	–	13/01/2006
	Uruguay	01/10/1892	12/11/1942	–	–	25/01/1999

[4453] Date du dépôt de l'acte de ratification.

[4454] Date du dépôt de l'acte de ratification.

[4455] Date du dépôt de l'acte de ratification.

[4456] Date du dépôt de l'acte de ratification.

[4457] Date de ratification.

	Venezuela (suspendu)	–	–	12/03/1932	14/11/1996	–
Bahamas		–	–	23/01/2017	–	–
Chili		–	–	06/09/1933	–	07/02/1990
Colombie		31/12/1992[4458]	–	–	–	10/07/2001
Costa Rica		–	–	27/02/1930	–	12/07/2017
Cuba		–	–	20/04/1928	–	02/11/1994
Équateur		–	–	31/05/1933	–	27/01/1992
El Salvador		–	–	16/11/1931	–	27/11/2006
Guatemala		–	–	09/11/1929	–	11/12/2019
Haïti		–	–	06/02/1930	–	–
Honduras		–	–	20/05/1930	–	10/10/2002
Mexique		–	–	–	14/11/1996	29/121987
Nicaragua		–	–	28/02/1930	–	–
Panama		–	–	26/10/1928	–	–
Pérou		04/11/1889	–	19/08/1929	–	25/03/1999
République Dominicaine		–	–	12/03/1929	–	07/06/2010

[4458] Adhérée par la Loi no 33 du 31 décembre 1992.

Index

– A –

Accord procédural : 290 ; 305 ; 325 ; 529 ; 532 ; 543

Accord du Mercosur sur la loi applicable aux contrats internationaux de consommation : 240 ; 455 ; 598 et s.

ALADI : 66 ; 71

ALBA-TCP : 68 ; 71

Alliance du pacifique (AP) : 68 ; 71

Amérique latine (définition) : 4

Andrés Bello : 27 et s.

Augusto Teixeira de Freitas : 30 et s.

Argentine :
- Autonomie : 277 et s.
- Absence de choix : 368 ; 372
- Domaine de la loi : 406
- Renvoi : 412
- « Perturbations » : 418 et s. ; 442 ; 449
- Parties faibles : 454 et s. (consommateur) ; 474 (travailleur)
- Droit non étatique : 486 et s. ; 498

Autonomie de la volonté : 89 et s. ; 266 et s. ; 518 et s.
- Matérielle de droit international privé : 116 et s.
- Droit conventionnel : 89 et s.
- Droits nationaux : 266 et s.
- Justifications : 522
- Et arbitrage : 615
- Et clause d'élection de for : 528

Avant-projet de loi générale de droit international privé (Brésil) : 340 ; 355 ; 385 ; 463 ; 470 ; 521

– B –

Batiffol : 96

***Battle of forms* (conflit des conditions générales) :** 315 ; 540 ; 543

Bello (Andrés) : 29

Bolivie :
- Autonomie : 331 et s.
- Absence de choix : 377 et s.
- Domaine de la loi : 408 et s.
- « Perturbations » : 437
- Droit non étatique : 502 et s.

Brésil :
- Autonomie : 322 et s.
- Absence de choix : 383 et s.
- Domaine de la loi : 408 et s.
- Renvoi : 413
- « Perturbations » : 425 et s.
- Parties faibles : 463 (consommateur) ; 470 (travailleur)
- Droit non étatique : 491 ; 498

Bustamante : 45 ; 130 et s.

– C –

CAN : 66-67 ; 71-72 ; 76 et s.

Capacité : 219 ; 221 ; 404 ;

CARICOM : 66 ; 71 ; 76 et s.

CELAC : 68 ; 71

Champ d'application :
- de la loi : v. domaine de la loi
- des traités : 651 et s.

Chili :
- Autonomie : 324 et s.
- Absence de choix : 377 et s.
- Domaine de la loi : 408

- « Perturbations » : 433
- Droit non étatique : 491 ; 500 ; 502 et s.

Choix de loi :
- Tacite : 135 ; 153 et s. ; 158 et s. ; 286 et s. ; 524 et s.
- Liens (exigence de) : 162 ; 306 et s. ; 533 et s.
- Moment : 160 et s. ; 302 et s. ; 529 et s.

CIDIP : 4 ; 53 et s.

Code Bustamante : 45 et s.
- Autonomie : 129 et s.
- Forme : 176 et s.
- Fond : 202 et s.
- Domaine de la loi : 221 et s.
- Renvoi : 223
- Ordre public : 228 et s.
- Loi de police : 233
- Parties faibles : 237 et s.
- Droit non étatique : 247 et s.

Colombie :
- Autonomie : 329
- Absence de choix : 377 et s.
- Domaine de la loi : 408
- « Perturbations » : 434
- Parties faibles : 472 (travailleur)
- Droit non étatique : 489 ; 500 ; 502 et s.

Contrat de consommation : 239 et s. ; 454 et s. ; 597 et s.

Contrat de travail : 243 et s. ; 464 et s. ; 602 et s.

Contrats asymétriques : 591 et s.

Convention de Mexico : 53 et s.
- Autonomie : 156 et s.
- Forme : 178 et s.
- Fond : 207 et s.
- Domaine de la loi : 221 et s.
- Renvoi : 224 et s.
- Ordre public : 232 et s.
- Loi de police : 234 et s.
- Parties faibles : 237
- Droit non étatique : 249 et s.

Convention de Rome : 35 ; 61 ; 97 ; 159 ; 162 ; 165 ; 189 ; 191-195 ; 207 et s. ; 210 ; 224 ; 232 ; 234 ; 236 ; 387 ; 528 ; 540 ; 552 ; 553 ; 561 ; 561bis ; 566 ; 582 ; 588 ; 598 ; 601 ; 604 ; 608 ; 610 ; 618 ;

Convention de Vienne sur le droit des traités : 636 ; 637 ; 689 et s. ; 707 ; 710 et s. ; 720 et s.

Convention du Cap : 179 ; 329 ; 692

Coopération : 735 et s.

Costa Rica :
- Autonomie : 330
- Absence de choix : 381 et s.
- Domaine de la loi : 407
- « Perturbations » : 435
- Droit non étatique : 499

Coupures (du contrat) : 192 ; 272 ; 374 ; 561 ;

Cuba :
- Autonomie : 271
- Absence de choix : 367
- Domaine de la loi : 408
- Renvoi : 414
- « Perturbations » : 425 et s.

CVIM : 3 ; 256-257 ; 259 ; 329 ; 394 ; 400 ; 479 ; 490 ; 491 ; 550 ; 613 ; 618 ; 735

– D –

Défaut de choix : 168 et s. ; 343 et s. ; 544 et s.

Dépeçage : 164 et s. ; 309 et s. ; 536 et s.

« Dialogue » des sources : 644 ; 734

Dispositions impératives (lois impératives, v. aussi lois de police) : 234 ; 438 et s.

Domaine de la loi applicable : 291 et s. ; 403 et s. ; 569 et s.

Droit non étatique : 246 et s. ; 475 et s. ; 611 et s.

Droit souple : 56 et s. ; 516 et s. ; 696 et s.

– E –

El Salvador :
- Autonomie : 330
- Absence de choix : 377 et s.
- Domaine de la loi : 408

Équateur :
- Autonomie : 330
- Absence de choix : 377 et s.
- Domaine de la loi : 408
- Droit non étatique : 500 ; 502

– F –

Forme du contrat (loi applicable) : 169 et s. ; 344 et s. ; 545 et s.

Fond du contrat (loi applicable) : 180 et s. 362 et s. ; 548 et s.

– G –

Guatemala :
- Autonomie : 273
- Absence de choix : 374 et s.
- Domaine de la loi : 408
- « Perturbations » : 418 et s. ; 440
- Droit non étatique : 499

Guide de l'OEA :
- Sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux : 58 et s. ;
  - Autonomie et régime : 520 et s.
  - Absence de choix : 544 et s.
  - Domaine de la loi : 570
  - Renvoi : 573
  - Perturbation : 579
  - Droit non-étatique : 613
- Sur les contrats commerciaux internationaux comportant une partie économiquement faible : 591 et s.

– H –

Harmonisation :
- Voies de : 702 et s. ; 716 et s.

Honduras :
- Autonomie : 319 et s.
- Absence de choix : 377 et s.
- Domaine de la loi : 408
- « Perturbations » : 436

– I –

Internationalité du contrat : 214 et s ; 399 et s. ; 566 et s.

Interprétation : 717 et s.

Intégration régionale : 61 et s.

– J –

Juridiction compétente (et la loi applicable) : 294

– L –

Liberté de choix : v. autonomie de la volonté

Liens les plus étroits : 207 et s. ; 550 et s.

***Locus regit actum* :** 345

Loi de police : 233 et s. ; 438 et s. ; 579 ; 582
- Du for : 235 ; 439 et s. ; 583
- Étrangère : 236 ; 446 et s. ; 584

Loi type de droit international privé de l'OHADAC : 82-83

– M –

Mancini : 22

Mercosur : 67 ; 71 ; 75 et s. ; 80 et s.

Mexique :
- Autonomie : 272
- Absence de choix : 374 et s.
- Domaine de la loi : 408
- Renvoi : 412
- « Perturbations » : 425 et s.

- Parties faibles : 471 (travailleur)
- Droit non étatique : 498

– N –

Nicaragua :
- Autonomie : 330
- Absence de choix : 374 et s.
- Domaine de la loi : 408
- « Perturbations » : 425 et s.

– O –

OEA : 3-4 ; 35 ; 44 ; 53 et s.

OHADAC : 81 et s.

Ordre public : 226 et s. ; 416 et s. ; 579 ; 581 et s.

Organisation régionale d'intégration économique : 61

Objectivisme : 95

– P –

***Pactum de lege utenda* :** 165 et s. 314 et s. ; 540 et s.

Panama :
- Autonomie : 282
- Absence de choix : 371
- Domaine de la loi : 406
- Renvoi : 414
- « Perturbations » : 418 et s.
- Parties faibles : 454 et s. (consommateur) ; 464 et s. (travailleur)
- Droit non étatique : 495.

Paraguay :
- Autonomie : 282
- Absence de choix : 387 et s.
- Domaine de la loi : 406
- Renvoi : 412
- « Perturbations » : 418 et s. ; 443 ; 450
- Droit non étatique : 479 ; 494 et s.

***Paramount* (clause) :** 490

Parties faibles (vulnérables) : 237 et s. ; 453 et s. ; 587 et s.

Pérou :
- Autonomie : 270
- Absence de choix : 370 ; 372
- Domaine de la loi : 408 et s.
- Renvoi : 413
- « Perturbations » : 418 et s. ; 451
- Droit non étatique : 499

« Perturbations » (à l'application de la loi) : 225 et s. ; 415 et s. ; 577 et s.

Prestation caractéristique : 192 ; 192 ; 561

Principe de proximité : 55 ; 208 ; 386 et s. ; 394 et s. ; 396 ; 548 ; 552 et s.

Principes d'Unidroit : 255 et s. ; 491 ; 494-495 ; 506 et s. ; 568 ; 612 et s.

Principes de l'OHADAC : 84

Principes de La Haye : 57 ; 516 et s.

Principes généraux : 697 ; 733 et s.

***Proper law* :** 180 ; 244 ; 250 ; 552

– Q –

Qualification tripartite des lois (Bustamante) : 133

– R –

Ramírez : 25 ; 42 et s.

Règle de droit : v. droit non-étatique

Règlement Rome I : 4 ; 35 ; 61 ; 83 ; 97 ; 159 ; 162 ; 165 ; 179 ; 235 et s. ; 527 ; 528 ; 538 ; 540 ; 541 ; 552 ; 553 ; 561 ; 561bis ; 566 ; 581 et s. ; 599 ; 601 ; 604 ; 608 et s. ; 612 et s.

Renvoi : 222 et s. ; 410 et s. ; 572 et s.

République dominicaine :
- Autonomie : 281
- Absence de choix : 387 et s.

- Domaine de la loi : 407
- Renvoi : 413
- « Perturbations » : 425 et s. ; 444 ; 447
- Parties faibles : 454 et s. (consommateur) ; 464 et s. (travailleur)
- Droit non étatique : 481 et s. ; 488 et s.

Réserves générales : 646

– S –

Savigny : 20

Séparabilité : 314 et s. ; 541

SICA : 68 ; 71

Soft law : v. droit souple

Sources (conflits de)
- interne et conventionnelle : 628 et s.
- entre traités : 649 et s.
- informelles : 696 et s.

Statuts (théorie) : 14 et s.

Story : 19

– T –

Territorialité (principe de) : 17 ; 27 ; 320

Traité de Montevideo de 1889 : 42 et s.
- Autonomie : 99 et s.
- Forme : 171
- Fond : 183 et s.
- Domaine de la loi : 220
- Renvoi : 223
- Ordre public : 227
- Loi de police : 233
- Parties faibles : 237
- Droit non étatique : 247

Traité de Montevideo de 1940 : 47 et s.
- Autonomie : 119 et s.
- Forme : 172
- Fond : 196 et s.
- Domaine de la loi : 220
- Renvoi : 223
- Ordre public : 227
- Loi de police : 233
- Parties faibles : 237
- Droit non étatique : 247 et s. ; 494 et s.

Traité de Lima : 41

– U –

UNASUR : 68 ; 71

Uruguay :
- Autonomie : 283
- Absence de choix : 369 ; 372
- Domaine de la loi : 406 et s.
- Renvoi : 413
- « Perturbations » : 425 et s. ; 445 ; 448
- Parties faibles : 454 et s. (consommateur) ; 464 et s. (travailleur)
- Droit non étatique : 480 et s. ; 494 et s.

– V –

Validité : 314 et s. ; 539

Venezuela :
- Autonomie : 274
- Absence de choix : 387 et s.
- Domaine de la loi : 408 et s.
- Renvoi : 414
- « Perturbations » : 418 et s. ; 441 ; 452
- Parties faibles : 462 (consommateur) ; 473 (travailleur)
- Droit non étatique : 488 et s. ; 494 et s.

Table de matières

Remerciements 3

Résumé : 4

Plan sommaire 9

Introduction 10

PREMIÈRE PARTIE — LE RÉGIME ACTUEL DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS 28

TITRE PRÉLIMINAIRE — FONDEMENTS HISTORIQUES ET INSTITUTIONNELS 33

CHAPITRE I — DE L'ÉVOLUTION DES IDÉES EN EUROPE À LA FORMATION DE LA PENSÉE EN AMÉRIQUE LATINE 34

Section 1 — L'évolution des idées en Europe 36

§1 — Fondements : théories des statuts et l'émergence d'une véritable doctrine de droit international privé 36

§2 — Les théories modernes et l'impulsion du mouvement de codification du droit international privé 39

A. Story (1779-1845) et le territorialisme anglo-saxon 40

B. Savigny (1779-1861) et le siège des rapports de droit 41

C. Mancini (1817-1888) et le principe de la nationalité 46

Section 2 — Influence et consolidation d'une « doctrine régionale » : l'impact des théories européennes modernes sur la codification du droit international privé en Amérique latine 48

§1 — L'influence des « théories modernes » sur le régime des contrats internationaux en l'Amérique latine 49

§2 — L'émergence d'une « doctrine latino-américaine » et son impact sur le droit international privé 51

A. Andrés Bello (1781-1865) 52

B. Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) 55

CHAPITRE II — LES EFFORTS D'HARMONISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES CONTRATS EN AMÉRIQUE LATINE 62

Section 1 — Les codifications générales 65

§1 — Le Congrès de jurisconsultes plénipotentiaires (Congrès de Lima, 1877-1878) 65

§2 — Le Premier Congrès sud-américain de droit international privé (Montevideo, 1888-1889) : les Traités de Montevideo de 1889 67

§3 — Les Conférences internationales panaméricaines et l'adoption du Code Bustamante (1928) 71

§4 — Le Deuxième Congrès sud-américain de droit international privé (Montevideo, 1939-1940) : les Traités de Montevideo de 1940 76

Section 2 — Les codifications partielles ou sectorielles 80
§1 — Les travaux de révision du Code Bustamante et de coordination des instruments américains . 81
§2 — Une nouvelle méthodologie pour l'harmonisation du droit international privé américain : les CIDIP et la Convention de Mexico (CIDIP-V) 83
Section 3 — Les efforts d'harmonisation par la voie du *soft law* 88
§1 — Les Principes de La Haye (2015) 89
§2 — Le Guide de l'OEA sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dans les Amériques (2019) 90
CHAPITRE III — LE RÉGIONALISME LATINO-AMÉRICAIN ET L'HARMONISATION DU DROIT 96
Section 1 — Les particularités du régionalisme latino-américain 99
§1 — L'évolution du régionalisme latino-américain 99
§2 — Caractéristiques du régionalisme en Amérique latine 105
Section 2 — La place de l'harmonisation du droit des contrats dans les organisations régionales 110
§1 — Le faible degré d'intégration normative 110
§2 — Les initiatives d'harmonisation du droit international privé au sein des organisations régionales 115
A. Le Mercosur 116
B. L'Organisation pour l'harmonisation du droit commercial dans les Caraïbes (OHADAC) 120
TITRE I — L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES SOLUTIONS CONVENTIONNELLES 129
CHAPITRE I — L'ACCEPTATION PROGRESSIVE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ 129
Section 1 — Divergences sur l'autonomie de la volonté 132
Paragraphe préliminaire — L'évolution du principe d'autonomie de la volonté 133
§1 — L'approche néo-territorialiste des Traités de Montevideo de 1889 et 1940 141
A. Les Traités de Montevideo de 1889 142
1. Évaluation critique de l'incorporation de l'autonomie de la volonté dans les Traités de Montevideo de 1889 143
(a) Les divergences doctrinales 143
(i) Les arguments contraires à la réception de l'autonomie de la volonté 143
(ii) Les arguments en faveur de l'acceptation de l'autonomie de la volonté 148
(b) Le contexte historique des Traités de Montevideo de 1889 150
(i) Fondements conceptuels du Traité de Montevideo de 1889 : l'avant-projet de Ramírez 151
(ii) Les discussions sur l'autonomie de la volonté lors du Congrès 158
(c) La solution définitive du Traité de Montevideo de 1889 et le rôle de l'autonomie de la volonté 160
2. Les ambiguïtés de la jurisprudence 163
B. Le Traité de Montevideo de 1940 172

1. Évaluation critique de l'incorporation de l'autonomie de la volonté dans le Traité de Montevideo de 1940 173
(a) La persistance des divergences doctrinales 173
(b) Le contexte historique : les discussions persistantes sur le rôle de l'autonomie de la volonté 178
(c) La solution définitive du Traité de Montevideo de 1940 : la position médiane du Protocole additionnel de 1940 179
2. L'insuffisance jurisprudentielle 184
§2 — L'autonomie de la volonté dans le Code Bustamante 187
A. Analyse contextuelle du Code Bustamante et de l'autonomie de la volonté selon la doctrine de son auteur 189
1. La division tripartite des lois selon la doctrine de Bustamante 192
2. L'autonomie de la volonté selon la doctrine de Bustamante 195
B. Les solutions adoptées par le Code Bustamante 200
C. L'insuffisance de la jurisprudence 209
D. La véritable portée et étendue de l'autonomie de la volonté dans le Code Bustamante 218
1. Acceptation d'une autonomie de la volonté limitée 218
2. Précisions quant au régime de l'autonomie 220
Section 2 — L'affirmation du principe de l'autonomie de la volonté 223
§1 — Acceptation d'une autonomie étendue 224
§2 — Régime de l'autonomie de la volonté 225
A. Choix tacite 225
B. Moment du choix et modification postérieure 228
C. Exigence des liens avec la loi choisie et la transaction 229
D. Dépeçage volontaire 231
E. La loi applicable à l'accord de choix 233
CHAPITRE II — LE DROIT APPLICABLE EN L'ABSENCE DE CHOIX 238
Section 1 — Le droit applicable à la forme des contrats 239
§1 — Les Traités de Montevideo : *lex loci executionis* 239
A. Traité de Montevideo de 1889 239
B. Traité de Montevideo de 1940 240
§2 — Le Code Bustamante et la Convention de Mexico : diversité de critères de rattachements 243
A. Le Code Bustamante 243
B. La Convention de Mexico 244
Section 2 — Le droit applicable au fond des contrats 246
§1 — L'adoption de critères rigides par les Traités de Montevideo et le Code Bustamante 247
A. Les Traités de Montevideo 247
1. Traité de Montevideo de 1889 248

(a) L'évolution doctrinale vers le rattachement au lieu d'exécution dans le Traité de Montevideo de 1889 248
(b) La solution retenue par le Traité de Montevideo de 1889 : le principe lex loci executionis 249
2. Le Traité de Montevideo de 1940 269
B. Le Code Bustamante 277
§2 — L'adoption de critères flexibles par la Convention de Mexico 285
CHAPITRE III — LES QUESTIONS COMMUNES À L'HYPOTHÈSE DU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE ET À L'ABSENCE DE CHOIX 295
Section 1 — Internationalité du contrat 295
Section 2 — Domaine de la loi du contrat 301
§1 — Traités de Montevideo et Convention de Mexico : délimitation expresse du champ d'application 302
§2 — Code Bustamante : l'impact de la division tripartite des lois dans le champ d'application de la loi du contrat 303
Section 3 — Renvoi 305
§1 — Le silence des Traités de Montevideo et du Code Bustamante 306
§2 — Rejet exprès du renvoi par la Convention de Mexico 308
Section 4 — « Perturbations » à l'application des lois étrangères 311
§1 — L'ordre public dans les sources conventionnelles 312
A. Traités de Montevideo : une appréciation large de l'ordre public 313
B. Code Bustamante : l'impact de la qualification tripartite des lois sur la notion d'ordre public 314
C. La Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé et la Convention de Mexico : l'exigence d'une violation « manifeste » 324
§2 — Les lois de police dans les sources conventionnelles 325
Section 5 — La protection des parties vulnérables dans les conventions latino-américaines 334
§1 — Contrats de consommation 336
§2 — Contrats de travail 346
Section 6 — Droit non étatique 359
§1 — Les Traités de Montevideo et le Code Bustamante 359
§2 — Les instruments interaméricains 361
A. La possibilité pour les parties de choisir un droit non étatique pour régir leurs contrats 361
B. Le rôle du droit non étatique pour les juges 370
1. La Convention interaméricaine sur les normes générales de droit international privé 370
2. La Convention de Mexico 373
TITRE II — LE DÉPASSEMENT DES CONVENTIONS PAR LES SOURCES ÉTATIQUES 392
CHAPITRE I — ÉVOLUTION VERS L'ACCEPTATION DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ 393
Section 1 — La progression vers une adhésion explicite au principe de l'autonomie de la volonté 394

§1 — Acceptation expresse de l'autonomie de la volonté 395
A. Précurseurs de l'autonomie de la volonté : Pérou, Cuba, Mexique et Guatemala 395
B. Première étape vers les législations modernes en matière de droit international privé : le cas du Venezuela 400
C. Les législations récentes de droit international privé acceptant l'autonomie de la volonté : Argentine, République dominicaine, Panama, Paraguay et Uruguay 404
1. Argentine 404
2. République dominicaine, Panama et Paraguay 411
3. Uruguay 414
§2 — Le régime de l'autonomie de la volonté 421
A. Choix exprès et tacite 421
1. Acceptation du choix tacite : Argentine, Cuba, Paraguay, République dominicaine et Uruguay 421
(a) Dispositions contractuelles et circonstances de l'affaire : le cas de l'Argentine et du Paraguay 422
(i) Argentine 423
(ii) Paraguay 427
(b) Les clauses contractuelles considérées dans leur ensemble : le cas de l'Uruguay 428
(c) Le comportement des parties : le cas de la République dominicaine 429
(d) L'impact du choix de la juridiction compétente 430
2. Acceptation doctrinale ou jurisprudentielle du choix tacite : Guatemala, Panama, Venezuela et Mexique 432
3. Exigence d'un choix exprès : le cas unique du Pérou 435
B. Moment du choix et modification postérieure 437
1. Acceptation expresse du choix postérieur : Argentine, Paraguay, République dominicaine, et Uruguay 438
2. L'acceptation implicite du choix postérieur : Cuba, Mexique, Panama, Pérou et Venezuela 440
C. Exigence des liens avec la loi choisie et la transaction 441
1. Non-exigence expresse de liens entre la loi choisie et le contrat ou les parties : le cas unique du Paraguay 442
2. Une interprétation doctrinale largement opposée à l'exigence d'un lien 443
D. Dépeçage volontaire 444
1. Législations acceptant le dépeçage 445
2. Lacunes législatives quant à l'acceptation du dépeçage 449
E. Validité formelle, la loi applicable à l'accord de choix, et séparabilité 451
1. Le cas unique du Paraguay 451
2. La lacune législative générale quant à la validité, l'existence et la séparabilité de la clause d'electio juris 453

Section 2 — La persistance de l'ambiguïté législative concernant l'autonomie de la volonté 455
§1 — Absence de réglementation sur l'autonomie de la volonté 455
§2 — Acceptation implicite de l'autonomie et de son régime 457
A. Chili 458
B. Colombie, Costa Rica, El Salvador, Équateur et Nicaragua 472
C. Bolivie 477
D. Brésil 481
CHAPITRE II — LE DROIT APPLICABLE EN L'ABSENCE DE CHOIX 497
Section 1 — Le droit applicable à la forme des contrats 498
§1 — Le principe *locus regit actum* 498
§2 — Pluralité de lois compétentes 500
A. Application cumulative de la loi du lieu de conclusion et de la loi applicable au fond : le cas de l'Argentine 500
B. Rattachements alternatifs : le cas de la République dominicaine, du Venezuela, du Pérou et du Costa Rica 502
C. L'importance de la *lex fori* : le cas du Brésil, du Mexique et du Nicaragua 505
D. Séparation entre les formes instrumentales et les éléments de publicité et d'enregistrement : le cas de l'Uruguay 507
§3 — Unification des lois applicables à la forme et au fond et le rôle de la volonté des parties 508
Section 2 — Le droit applicable au fond des contrats 512
§1 — Adoption des critères de rattachement objectifs rigides et prédéterminés 513
A. Adoption du rattachement du lieu d'exécution 513
1. Lieu d'exécution comme règle bilatérale : Argentine, Cuba, Guatemala, Mexique, Nicaragua, Panama, Pérou et Uruguay 514
(a) Lieu d'exécution comme rattachement unique régissant la substance des contrats : le cas de l'Argentine, du Panama, de l'Uruguay, de Cuba et du Pérou 514
(b) Scission de la loi applicable : le cas du Mexique, du Nicaragua et du Guatemala 529
2. Pays procédant selon la méthode unilatérale : Chili, Colombie, El Salvador, Équateur, Honduras et Bolivie 532
B. Pays suivant l'approche personnaliste du Code Bustamante : adoption du rattachement du lieu de conclusion et de la loi commune des parties 537
1. La loi du lieu de conclusion appliquée à défaut de loi nationale commune : le cas du Costa Rica 537
2. L'adoption du rattachement du lieu de conclusion : le cas du Brésil 538
§2 — Adoption de critères flexibles 544
A. Comme rattachement principal : le cas du Venezuela, de la République dominicaine et du Paraguay 545
B. Comme clause d'exception ou principe subsidiaire : le cas de l'Argentine, du Panama et de l'Uruguay 551

C. L'acceptation jurisprudentielle du principe de proximité au Brésil 554
CHAPITRE III — LES QUESTIONS COMMUNES À L'HYPOTHÈSE DU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE ET À L'ABSENCE DE CHOIX 559
Section 1 — Internationalité du contrat 559
Section 2 — Domaine de la loi du contrat 570
Paragraphe préliminaire — Capacité 570
§1 — Pays précisant le domaine de la loi du contrat 573
§2 — Pays présentant des lacunes quant au domaine de la loi du contrat 577
Section 3 — Renvoi 582
§1 — L'exclusion majoritaire du renvoi 583
§2 — Acceptation minoritaire du renvoi 587
Section 4 — « Perturbations » à l'application de la loi étrangère 589
§1 — L'ordre public dans les sources internes 590
A. L'ordre public dans les normes générales ou spéciales de droit international privé 590
1. Normes spécifiques aux contrats internationaux : les cas de l'Argentine, du Guatemala, du Panama, du Pérou, du Paraguay et du Venezuela 590
2. Normes générales de droit international privé sur l'ordre public : les cas du Brésil, de Cuba, du Mexique, du Nicaragua, ainsi que de la République dominicaine et de l'Uruguay . 596
(a) Mise en œuvre encadrée de l'ordre public en tant que clause d'exception : les cas de l'Uruguay et de la République dominicaine 597
(b) Appréciation étendue de l'ordre public : les cas du Brésil, de Cuba, du Mexique, et du Nicaragua 602
B. Normes de droit interne appliquées par analogie aux contrats internationaux 609
§2 — Les lois de police dans les sources internes 615
A. Lois de police du for 615
B. Lois de police étrangères 617
Section 5 — La protection des parties vulnérables dans le droit international privé de source interne 624
§1 — Contrats de consommation 626
A. Régime spécial de protection 626
B. Protection des parties faibles en dehors d'un régime spécial de droit international privé .. 630
§2 — Contrats de travail 635
A. Régime spécial de protection 636
B. Protection des parties faibles en dehors d'un régime spécial de droit international privé .. 641
Section 6 — Droit non étatique 659
§1 — L'ouverture progressive à l'application du droit non étatique 659
A. L'admission du droit non étatique comme véritable loi applicable au contrat 660
1. Possibilité du choix de règles de droit : Paraguay, Uruguay et Panama 660
2. Possibilité de désignation des règles de droit par le juge 663
B. Les règles de droit comme droit matériel incorporé au contrat 669

C. Les controverses persistantes autour de l'utilisation du droit non étatique 672
§2 — Les règles de droit comme source d'interprétation ou comblement de lacunes 681
A. Reconnaissance des règles de droit comme outil d'interprétation spécifique aux contrats internationaux 681
B. Reconnaissance des règles de droit comme outil d'interprétation en dehors du cadre spécifique des contrats internationaux 684
1. Règles générales d'interprétation et supplétion de lacunes 685
2. Dispositions spécifiques aux contrats de commerce 689
C. Application jurisprudentielle 692

SECONDE PARTIE — LES VOIES DE L'HARMONISATION EFFECTIVE 703

TITRE I — LES RÈGLES DE CONFLIT 707
CHAPITRE I — VERS L'AFFIRMATION DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ 707
Section 1 — De la nécessité d'une acceptation expresse de l'autonomie de la volonté 707
§1 — Les solutions du droit souple 709
§2 — La pertinence des solutions du droit souple 711
Section 2 — De la nécessité d'apporter plus de précision quant au régime et à la portée de l'autonomie de la volonté 722
§1 — Nécessité d'acceptation du choix tacite 723
§2 — Précision quant au moment du choix et de sa modification 732
§3 — Non-exigence de liens entre l'État de la loi choisie et la transaction 736
§4 — Acceptation nuancée du dépeçage 739
§5 — Précisions quant à la validité formelle, à la loi applicable à l'accord de choix, et à la séparabilité du choix de la loi applicable du reste des stipulations contractuelles 746
CHAPITRE II — VERS L'HARMONISATION DU DROIT APPLICABLE EN L'ABSENCE DE CHOIX 755
Section 1 — Précisions quant à la loi applicable à la forme 755
§1 — Les solutions du droit souple 757
§2 — La pertinence des solutions du droit souple 758
Section 2 — Précisions quant à la loi applicable au fond 759
§1 — Les solutions du droit souple 762
§2 — La pertinence des solutions du droit souple 766
A. L'ancienne tension entre prévisibilité et flexibilité 766
B. La convenance d'une proposition diverse du Guide, plus adaptée au contexte latino-américain 772
1. La proposition de Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira 775
2. L'ampliation de la proposition de Mme Fernanda Vieira da Costa Cerqueira au contexte de l'Amérique latine : la pertinence de l'adoption d'un critère de rattachement rigide, objectif et prédéterminé 778

3. L'importance d'une flexibilisation par l'introduction d'une clause d'exception complétée par un principe subsidiaire 781
4. Le rattachement à privilégier 783
CHAPITRE III — VERS L'HARMONISATION DES QUESTIONS COMMUNES À L'HYPOTHÈSE DU CHOIX DE LA LOI APPLICABLE ET À L'ABSENCE DE CHOIX 811
Section 1 — L'internationalité du contrat 811
Section 2 — Précisions quant au domaine de la loi du contrat 818
§1 — Les solutions du droit souple 819
§2 — La pertinence des solutions du droit souple 820
Section 3 — Exclusion nuancée du renvoi 823
§1 — Les solutions du droit souple 824
§2 — La pertinence des solutions du droit souple 825
Section 4 — Précisions quant au traitement des « perturbations » à l'application des lois étrangères 828
§1 — Les solutions du droit souple 832
§2 — La pertinence des solutions du droit souple 835
A. Pour l'encadrement de l'usage de l'exception d'ordre public 835
B. Pour plus de précisions quant à l'applicabilité des lois de police 840
Section 5 — Pour l'inclusion des normes de protection des parties vulnérables 849
§1 — Les solutions du droit souple 851
A. Le silence des Principes de La Haye et du Guide de l'OEA 852
B. Le Rapport et guide de bonnes pratiques de l'OEA sur l'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux comportant une partie économiquement faible (2023) 853
§2 — La pertinence d'un régime spécial pour les contrats de consommation et de travail 868
A. Les différentes solutions proposées pour le régime de contrats internationaux de consommation 869
1. La place de l'autonomie de la volonté 869
2. La loi applicable en l'absence de choix 879
B. Solutions envisageables pour le régime de contrats de travail 885
1. La place de l'autonomie de la volonté 888
2. La loi applicable en l'absence de choix 890
Section 6 — Clarifications quant à l'usage du droit non étatique 901
§1 — Les solutions du droit souple 903
§2 — La pertinence des solutions du droit souple 909
A. Pertinence du choix du droit non étatique comme *lex contractus* 909
B. Le recours au droit non étatique en tant qu'élément d'interprétation et de complément à la législation étatique applicable 920
TITRE II — LA RÉSORPTION DES CONFLITS DE SOURCES ET DES DIVERGENCES 928
CHAPITRE I — LE DÉFI ACTUEL DE L'ARTICULATION DES SOURCES 929
Section 1 — L'articulation entre les traités et le droit interne 930

§1 — Rapports hiérarchiques entre les lois internes et les traités de droit international privé en matière de contrats internationaux 931
A. Position du problème 931
1. Les conflits substantiels et l'autonomie de la volonté 932
2. Les conflits substantiels et la loi désignée objectivement 934
3. Les conflits substantiels et d'autres questions relatives à la loi applicable 936
B. Solutions possibles 937
1. Les solutions classiques du droit des traités 937
2. Les solutions du droit international privé 944
(a) Le critère hiérarchique des sources 944
(b) La place du critère hiérarchique dans le droit postmoderne 948
3. La position des tribunaux des États latino-américains concernant la primatie des traités 952
§2 — La délicate question des réserves générales 958
Section 2 — L'articulation des traités latino-américains concernant la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux 961
§1 — Position du problème 962
A. Champs d'application des traités 963
1. Champ d'application temporel 963
(a) Traités de Montevideo 964
(b) Code Bustamante 966
(c) Convention de Mexico 967
2. Champ d'application matériel 967
(a) Traités de Montevideo 968
(b) Code Bustamante 970
(c) Convention de Mexico 971
3. Champ d'application spatial 973
(a) Traités de Montevideo 977
(b) Le Code Bustamante 983
(c) Convention de Mexico 993
§2 — Solutions possibles 1000
A. L'insuffisance des clauses de compatibilité dans les traités latino-américains 1001
1. Traités de Montevideo et Code Bustamante : absence de clauses de compatibilité 1001
2. Convention de Mexico 1004
B. Règles et principes pour résoudre le conflit entre conventions 1009
1. Les solutions du droit des traités 1009
2. L'adaptation des principes classiques du droit des traités aux conventions de droit international privé 1012
Section 3 — Rapports impliquant des « sources informelles » 1017

CHAPITRE II — LES VOIES FUTURES DE L'HARMONISATION 1025
Section 1 — Possibles voies ouvertes aux États 1026
§1 — Possibilité à l'échelon régional 1027
A. L'adoption d'un instrument législatif contraignant 1027
B. La réforme des traités en vigueur 1037
1. L'amendement des traités 1037
2. La modification des traités 1039
C. Extinction des traités 1041
D. L'adoption d'instruments législatifs non contraignants 1043
§2 — Possibilités à l'échelon national 1048
Section 2 — Possibles voies ouvertes aux juges 1052
§1 — Le rôle de l'interprétation dans le processus d'harmonisation : l'idée d'une synergie par l'interprétation 1052
A. Principes généraux d'interprétation 1055
B. Interprétation évolutive 1063
C. Accord ultérieur et pratique ultérieure 1073
D. L'autonomie de la volonté comme une règle de droit international coutumier ou un principe général du droit international ? 1076
E. Le « dialogue » des sources 1080
§2 — Renforcement de la coopération judiciaire 1082
CONCLUSION GÉNÉRALE 1093
Bibliographie 1103
Table des annexes 1154
Annexe 1 — Sources conventionnelles 1155
Annexe 2 — Sources étatiques 1172
Annexe 3 — Instruments en vigueur 1239
Index 1241
Table de matières 1246