



Chapitre de livre

2005

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Le principe de proximité chez Paul Lagarde : quelques précisions et développements récents

---

Ballarino, Tito; Romano, Gian Paolo

### How to cite

BALLARINO, Tito, ROMANO, Gian Paolo. Le principe de proximité chez Paul Lagarde : quelques précisions et développements récents. In: Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Paris : Dalloz, 2005. p. 37–54.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46488>

# LE PRINCIPE DE PROXIMITÉ CHEZ PAUL LAGARDE

## QUELQUES PRÉCISIONS ET DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

par Tito BALLARINO

*Professeur à l'Université du Padoue*

et Gian PAOLO ROMANO

*Collaborateur scientifique auprès de l'Institut suisse de droit comparé*

1.— Il arrive parfois dans une science donnée que le nom d'un auteur s'associe naturellement, dans l'esprit de ceux qui la cultivent, à une « découverte », ou en tout cas à une « idée », dont cet auteur est reconnu le « père ». Cela prouve la marque profonde que son œuvre a laissée et en assure la permanence.

Ce rare privilège revient sans doute à l'éminent auteur que ces lignes veulent honorer. Le nom de P. Lagarde se lie en effet, souvent et volontiers, dans l'esprit de ceux qui s'intéressent à notre branche, au « principe de proximité ». L'analyse et la systématisation de ce principe, que P. Lagarde a fait en 1986 dans son cours à La Haye<sup>1</sup>, très vite devenu classique, incarnent sûrement un de ses apports les plus précieux à l'intelligence du droit international privé. C'est à ce cours — essentiellement à la partie consacrée aux conflits de lois<sup>2</sup> — que nous voudrions porter notre attention, dans le but, en même

---

1. P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain (Cours général de droit international privé)*, *Rec. Cours*, 1986, t. 196, p. 25-237. Une évolution importante de la pensée de P. Lagarde sera mentionnée dans les dernières pages de notre essai (v. *infra*, note 67).

2. Lagarde, *Cours*, p. 25-126. Nous avons ainsi choisi d'exclure de notre champ d'observation les manifestations du principe de proximité dans les conflits de juridictions, auxquels l'honoré consacre la seconde partie de son exposé (p. 127 ss.). À ce dernier sujet, voir entre

temps, d'en apprécier le rayonnement culturel et le défi que lui apportent quelques développements récents de notre discipline.

## I. – P. LAGARDE ET SES PRÉDÉCESSEURS

2.– D'après le principe de proximité, un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits<sup>3</sup>. Ceci forme le noyau le plus ferme de la « justice de droit international privé », pour laquelle – on se plaît souvent à le relever – la loi la plus « juste » est la loi « la plus proche » et non la loi « la meilleure » du point de vue de son contenu matériel.

P. Lagarde reconnaît volontiers que le principe de proximité fonde un grand nombre de règles de conflit, qu'il est de plus en plus utilisé comme correctif à la quasi-totalité d'entre elles<sup>4</sup> et encore qu'il est le seul capable de munir la règle bilatérale d'une justification théorique acceptable<sup>5</sup>. Il constate cependant – puisque son propos est d'abord constatif – que dans le droit international privé positif moderne le principe de proximité n'est qu'un seul parmi plusieurs principes qui servent de fondements aux règles de conflit<sup>6</sup>. D'autres principes viennent en effet, et de plus en plus souvent, le « concurrencer ». P. Lagarde en « découvre » trois : le principe de souveraineté, le principe du résultat matériel (ou de faveur), le principe de l'autonomie de la volonté<sup>7</sup>. Ce sont ces principes et les rapports que celui de la proximité entretient avec eux que P. Lagarde s'attache donc à étudier.

Cette analyse le mène à conclure que, bien que distincts, ces autres principes sont cependant « intimement liés »<sup>8</sup> au principe de proximité, qu'ils

---

autre le volume édité par D. Kokkini-Iatridou, *Les clauses d'exceptions en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – ou le principe de proximité*, Dordrecht/Boston/London, 1994, ainsi que le récent ouvrage de A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens*, Bruxelles-Paris, 2003, spéc. p. 629 et s. Ce faisant, nous avons donc suivi M. Lagarde, où il déclare que l'indépendance entre compétence juridictionnelle et loi applicable représente la « vérité première du droit international privé ». Cette « indépendance » constitue aussi le point de départ de l'analyse de É. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions, (Étude de droit international privé)*, Paris, 1999, p. 1, préfacé par M. Lagarde lui-même. Il vaut toutefois la peine de remarquer brièvement que la législation communautaire récente sur la procédure civile internationale se déclare souvent expressément redevable du principe de proximité. V. par exemple le *considérant 12* du règlement CE n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II ».

3. Lagarde, *Cours*, p. 29.

4. Lagarde, *Cours*, p. 126.

5. Lagarde, *Cours*, p. 49 et s.

6. Lagarde, *Cours*, p. 32.

7. Lagarde, *Cours*, p. 61-65.

8. Lagarde, *Cours*, p. 61.

vivent avec lui dans une sorte de dépendance mutuelle, de « cohabitation » – pourrait-on dire – qui, pour ne pas être sans heurts, parvient néanmoins à ménager une certaine harmonie<sup>9</sup>.

3.– Ces remarques préliminaires nous obligent, avant de présenter quelques réflexions sur les développements récents du principe de proximité, à fixer la place qui revient au cours de P. Lagarde dans la théorie du droit international privé. Notre tâche préliminaire sera celle de mettre la création intellectuelle de P. Lagarde en relation avec les œuvres qui partagent avec elle la finalité de donner une vision complète des fondements du droit international privé.

L'encadrement du cours de P. Lagarde dans le panorama culturel de son époque, nous conduit dans le milieu des grandes constructions théoriques du siècle passé, desquelles il se rapproche par son but de ramener à l'unité la complexité du droit international privé. Les termes de comparaison sont à chercher moins dans les manuels de droit international privé, ceux-ci se bornant à exposer les règles du droit positif, que dans les cours généraux donnés à l'Académie de La Haye<sup>10</sup> ou dans les grandes constructions théoriques à la manière de Zitelmann, Pillet ou Frankenstein.

Par rapport à ces dernières, qui nous livrent un terme de comparaison encore plus significatif que les cours de l'Académie, souvent restreints à un exposé purement critique, la théorie de la proximité de P. Lagarde se différencie du fait que, bien qu'ayant des finalités constructives, elle se fonde sur des données appartenant dans leur totalité au droit positif.

En lisant, en effet, l'*incipit* de P. Lagarde (« le principe de proximité exprime seulement l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits »), on aurait l'impression d'un *a priori*, c'est-à-dire d'une recherche visant à dégager les règles de solution des conflits de lois d'un complexe normatif préexistant et axiomatique. Cette impression est pourtant démentie par l'exposé du cours et par toute l'analyse qui y est déployée, fondée exclusivement sur le droit positif<sup>11</sup>. *Ex facto oritur ius*, pourrait-on dire, en entendant ici par « ius » la systématisation rationnelle de la science du droit international privé.

9. Lagarde, *Cours*, p. 48 et p. 64.

10. Au cours mentionnés par M. Lagarde (*Cours*, p. 25 et note 1), il faut ajouter tout particulièrement les cours de G.A.L. Droz (*Rec. cours*, t. 229, 1991), F. Vischer (*Rec. cours*, t. 232, 1992), E. Jayme (*Rec. cours*, t. 251, 1995), P. Picone (*Rec. cours*, t. 276, 1999), J.-D. Gonzalez Campos (*Rec. cours*, t. 287, 2000).

11. À ce constat, il faut ajouter le fait que l'on voit inclus dans l'exposé de M. Lagarde la compétence judiciaire et l'effet des décisions étrangères, deux sujets qui échappent complètement aux constructions théoriques du passé et qui, en élargissant la recherche de l'auteur, l'orientent décidément vers l'analyse du droit positif.

Donc, le point de départ ne sera ni le pouvoir octroyé à l'État par le droit international (Zitelmann)<sup>12</sup>, ni le « but social » de la loi comme chez Pillet<sup>13</sup>, mais plutôt la règle de rattachement en elle-même et, en même temps, la perception de la défaillance du « fondement privatiste » donné par Savigny aux règles de rattachement élaborées par l'école italienne. C'est donc dans un esprit de continuité avec la tradition du droit international privé que P. Lagarde a élaboré sa construction, dans le but en même temps de l'enrichir par le biais d'une confrontation avec la « révolution » américaine. Si cette confrontation reste dans les limites d'une polémique à peine amorcée, elle contribue néanmoins à maintenir la recherche de P. Lagarde sur le terrain du droit positif et des outils traditionnels des conflits de lois.

4.— Dans la dimension que lui a donné P. Lagarde, le principe de proximité se rapproche beaucoup des principes généraux du droit international privé.

Une étude systématique de ces principes n'a jamais été effectuée, à notre connaissance, les auteurs ayant préféré élaborer leurs propres principes plutôt que de se confronter à ceux proposés par leurs collègues<sup>14</sup>. Transplanté sur le terrain des conflits de lois, le concept de « principes généraux », qui a une vie relativement courte, étant né avec le statut de la Cour permanente de justice internationale (1921), pourrait se prêter à de multiples emplois. On constate par contre qu'ils sont rarement utilisés et que rarement on fait appel à eux pour résoudre les questions générales de la théorie du droit international privé.

Avec sa pluralité des principes qui corrigent la proximité sans pourtant se présenter comme une alternative totale à elle, la construction de P. Lagarde a des précédents illustres. Plutôt que dans la direction des principes purement nationaux<sup>15</sup>, l'attention se tourne vers certaines constructions ayant pour but la compréhension totale du phénomène du droit international

12. Chez Zitelmann, le fondement du droit international privé est simplifié d'une façon extraordinaire, même si son « usage » demeure quelque peu incertain (Gutzwiller, « *Internationalprivatrecht* », *Das gesamte deutsche Recht*, hrsg. von R. Stammler, Berlin, 1931, à p. 1532, écrit à son égard : « *Sein Ausgangspunkt ist das subjektive Recht; seine Grundlage ist das Völkerrecht* »). Pour Zitelmann, le contenu de tous les droits subjectifs, c'est la souveraineté sur leur objet et chaque effet juridique (*Wirkungsstatut*) doit être déterminé en considération de la nature du droit subjectif. C'est donc l'État auquel revient, dans l'ordre juridique créé par le droit international public, le pouvoir légal de conférer des droits subjectifs, qui va décider sur la naissance ou la perte d'un droit subjectif déterminé.

13. Pour Pillet, « l'effet international des lois doit être mesuré sur le but social qu'elles poursuivent ». Permanentes, et par là susceptibles d'application extraterritoriale, sont les lois qui ont leur source dans l'intérêt pour une personne, générales sont les lois édictées pour la protection de la communauté, d'où leur application territoriale.

14. V. toutefois, pour un cadre général de ces principes, l'analyse de Ballarino, *Diritto internazionale privato*, 1<sup>re</sup> éd., Padoue, 1982, p. 248-256.

15. Un exemple remarquable dans son genre nous est donné par Vallindas avec ses principes tous dégagés de la codification hellénique (P. Vallindas, « Le principe du droit unique en droit international privé grec », *Rev. hell. de dr. international*, 1948, p. 41-48; *Id.*, « Les principes de l'indépendance et de l'autonomie du droit international privé », *ibidem*, p. 209-225; *Id.*, « Les

privé, celles données il y a quelques décennies par Wilhelm Wengler et par le maître même de Paul Lagarde, Henri Batiffol.

En commençant par le dernier, on se rappellera que, pour réaliser la coordination des systèmes qui est le but spécifique du droit international privé, Batiffol énonce trois objectifs différents, à savoir la protection de la collectivité (un principe que la défaillance de la doctrine personnaliste de Mancini a élevé au premier rang), l'harmonie internationale des solutions et l'utilité privée<sup>16</sup>. Or, comme il l'avoue franchement<sup>17</sup>, Batiffol est le partisan d'une méthode téléologique conçue comme effort de concilier « les intérêts particuliers et les intérêts généraux ». Si la prise en compte de ces intérêts est le résultat d'une enquête approfondie sur le droit positif et en même temps permet de fournir des directives d'interprétation pour la construction des règles de droit international privé, il reste néanmoins qu'il s'agit d'intérêts ancrés dans la société civile, bien avant que l'État n'ait apporté le « sceau » de son autorité.

Quant à Wengler, l'étude qui vient en ligne de compte est celle de 1944, qui se range à mi-chemin entre son essai initial dédié à la *Vorfrage*, tout dominé par la recherche de la *Entscheidungsharmonie* et la phase successive de sa pensée, orientée vers une analyse technique du procédé d'application de la règle de conflit au cas concret.

Or, dans cette étude, consacrée à la recherche des critères utiles pour combler les lacunes, c'est le principe qui prescrit de se conformer à la législation de l'État capable d'imposer son point de vue sur le droit applicable qui retient l'attention par son affinité avec la pensée de P. Lagarde<sup>18</sup>. Tout en donnant un fondement approprié à certaines règles de rattachement<sup>19</sup>, ce principe s'avère toutefois un peu indéterminé et Wengler l'avoue lui-même, en remarquant que dans de nombreux cas, l'ordre juridique le plus fort n'est pas déterminable<sup>20</sup>. Plutôt que donner un encadrement rationnel des ratta-

principes de la bilatéralité et de la possibilité d'internationalisation des règles du droit international privé », *ibidem*, p. 329-335 ; *Id.*, « Le principe de la nationalité et le principe de l'unité de droit dans la famille suivant le droit international privé grec », *ibidem*, 1949, p. 1-12).

16. H. Batiffol, *Les aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, réimpression avec introduction de Y. Lequette, Paris, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002.

17. H. Batiffol, « Les intérêts de droit international privé », *Festschrift G. Kegel*, Francfort, 1977, p. 11-21. Les mêmes considérations sont à faire pour la théorie des intérêts de Kegel dont l'article de Batiffol nous donne un exposé très remarquable.

18. W. Wengler, « *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des internationalen Privatrechts und ihre Kollisionen* », *Zeit. für öffentliches Recht* 1944, p. 473-509 (en français, *Rev. crit. DIP* 1952. 595-622 ; 1953. 37-60).

19. Qu'on rappelle la théorie de la « *Näherberechtigung* » (F. Kahn, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, München-Leipzig, 1928, t. I, p. 31).

20. Wengler, *Rev. crit. DIP* 1953. 50 : « Si par exemple – souligne l'auteur – un débiteur possède des biens dans plusieurs États, ces derniers seront peut-être mieux placés pour faire valoir leur point de vue sur le droit applicable à la créance que l'État du domicile du débiteur [...]. De même, il est souvent difficile d'établir avec certitude si c'est l'État du domicile ou celui de la nationalité qui est le plus « fort ».

chements, Wengler<sup>21</sup> semble pencher vers la téléologie, entendue comme étude de la finalité et des causes finales.

## II. – UN AVATAR DU PRINCIPE DE PROXIMITÉ : LA « PROXIMITÉ SUFFISANTE »

5.– La « souplesse » et la « vitalité » du principe de proximité, deux qualités soulignées par P. Lagarde, sont aussi démontrées par les différentes formes ou variantes distinctes sous lesquelles il se manifeste. On croit pouvoir en identifier trois fondamentales.

On peut tout d'abord exiger qu'une loi, pour être applicable, soit celle qui présente « les liens les plus étroits », tels que ceux-ci sont – pourrait-on dire – « concrétisés dans l'abstrait », par un critère de rattachement prédéterminé, un seul. Le for choisit dans ces cas *un* rattachement, dont il estime qu'il est en général « le plus fort ». On parlera ici du principe de (la plus grande) « proximité traditionnelle » ou « dans l'abstrait ». Mais il y a lieu d'aller encore plus loin. On peut en effet exiger que, pour chaque espèce, la loi applicable soit celle de l'État avec lequel cette espèce présente « les liens les plus étroits », entendus cette fois-ci non pas dans l'abstrait, mais *in concreto*. Il faut donc se livrer ici à une « pesée » de tous les rattachements relevant de l'espèce pour en dégager l'État le plus fortement rattaché. On peut parler ici du principe de la plus grande proximité *in concreto* ou du « principe de proximité à l'état pur ». À l'inverse, on peut tout simplement se contenter d'une certaine proximité, sans pour autant exiger *la plus grande* proximité (ni *in concreto* ni dans l'abstrait). Dans ces cas, pour qu'une loi soit applicable, il suffit qu'elle présente un lien « étroit » avec l'espèce. Il n'est donc pas nécessaire que ce lien soit « le plus étroit ». On peut parler ici de « proximité suffisante ».

Ce dernier lien de proximité connaît des applications de plus en plus nombreuses : elles se manifestent dans les règles qui prévoient le choix de la loi applicable par les parties, les règles de conflit à rattachements alternatifs, les règles qui imposent l'application de la *lex fori* dès que les autorités du for sont compétentes, les règles bilatérales « localisatrices » assorties du « renvoi ». Toutes ces règles, et notamment les trois premières, ont connu un essor remarquable dans les législations entrées en vigueur après 1986, date du cours de P. Lagarde<sup>22</sup>.

21. Wengler, *Rev. crit. DIP* 1953, 50 : « Les principes du minimum des conflits et de l'ordre juridique le plus fort, se trouvent ainsi relégués au bas de l'échelle ».

22. Il s'agit, dans l'ordre chronologique : de la loi d'introduction du Code civil allemand (« EGBGB ») de 1986 et de la loi suisse (« LDIP ») de 1987 (M. Lagarde a pu en tenir largement compte, bien qu'il ne s'agissait à l'époque que de projets) ; du Code des personnes et de la famille (art. 988-1050) du Burkina Faso de 1989 ; du Code civil de Louisiane

6.- L'avancée de l'autonomie de la volonté, qualifiée d'« irrésistible »<sup>23</sup> il y a déjà une dizaine d'années, n'a pas cessé de progresser. Outre les obligations contractuelles (contrats, y compris la donation<sup>24</sup>, ainsi que les actes juridiques unilatéraux<sup>25</sup>), on recense les obligations quasi-contractuelles<sup>26</sup>, les régimes matrimoniaux<sup>27</sup>, les successions<sup>28</sup>, les rapports personnels entre époux<sup>29</sup>, le divorce et la séparation de corps<sup>30</sup>, la légitimation<sup>31</sup>, les trusts<sup>32</sup>, les obligations délictuelles<sup>33</sup>, le droit des noms<sup>34</sup>, les droits réels

---

(art. 3515-3549) et du Code civil du Québec (« CCQ ») (art. 3076-3178) de 1991 ; de la loi roumaine de 1992 ; de la loi italienne de 1995 et du Code civil de la République socialiste du Vietnam (art. 826-838) de 1995 ; de la loi du Liechtenstein de 1996 ; du Code civil de la République d'Ouzbékistan de 1997 (art. 1158-1199) ; du Code de droit international privé tunisien et de la loi vénézuélienne de 1998 ; de la loi slovène de 1999 ; du Code civil russe de 2001 (art. 1186-1224, ainsi que du Code de la famille russe de 1995 : art. 124-133 et 156-167) ; de la loi coréenne de 2001 ; du projet de Code de droit international privé de Puerto Rico, dont la dernière version date de 2002 ; du Code belge de droit international privé entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2004.

23. C'est l'expression bien connue de A. von Overbeck, « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 619 s.

24. Art. 1048 du Code burkinabé, art. 56 de la loi italienne.

25. Art. 3541 du Code civil de Louisiane, art. 3111 du CCQ, art. 69 de la loi roumaine, art. 53 de la loi du Liechtenstein, art. 18, al. 4, de la loi coréenne, art. 44 du projet de Puerto Rico, art. 105 du projet belge.

26. V. art. 3541 du Code civil de Louisiane ainsi que l'art. 104 du Code belge.

27. V. outre la France, le Luxembourg et les Pays-Bas, liés par la convention de La Haye de 1978, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1992, dont l'art. 3 prévoit un choix limité de la loi applicable, l'art. 15 du EGBGB, l'art. 52 de la LDIP, l'art. 1028 du Code burkinabé, l'art. 3122 du CCQ, l'art. 21 de la loi roumaine, l'art. 30 de la loi italienne, l'art. 20 de la loi du Liechtenstein, l'art. 22 de la loi vénézuélienne, l'art. 161 du Code russe de la famille (le choix est cependant ici très limité), l'art. 38 de la loi coréenne, l'art. 23 du projet de Puerto Rico (le choix est ici aussi très limité), l'art. 49 du Code belge.

28. Art. 25, al. 2, du EGBGB (où le choix est cependant limité aux seuls immeubles situés en Allemagne et à la seule loi allemande), art. 90 de la LDIP, art. 1044 du Code burkinabé, art. 3098 du CCQ, art. 68 de la loi roumaine, art. 47 de la loi italienne, art. 5 de la convention de La Haye de 1989 auquel art. 1<sup>er</sup> de la loi des Pays-Bas du 4 septembre 1996 fait référence, art. 29 de la loi du Liechtenstein, art. 1197 du Code civil d'Ouzbékistan, art. 40 de la loi coréenne, art. 33 du projet de Puerto Rico, art. 79 du Code belge.

29. Art. 14 du EGBGB (le choix est cependant fort limité) ; v. aussi art. 9.2 du Code civil espagnol.

30. Art. 1<sup>er</sup> de la loi des Pays-Bas du 25 mars 1981, art. 107 du Code civil espagnol, art. 55 du Code belge.

31. Art. 311-16, al. 2, du Code civil français.

32. V. expressément art. 3107 du CCQ, art. 6 de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance de 1985, et art. 124 du Code belge. Dans la mesure où l'on peut considérer le trust comme un « *juridical act* » (unilatéral), il faut aussi indiquées toutes les dispositions mentionnées *supra*, à la note 25.

33. Art. 132 et 135 de la LDIP, art. 3128 du CCQ, les art. 62 et 63 de la loi italienne, art. 1195 du Code civil de l'Ouzbékistan, art. 32 de la loi vénézuélienne, les art. 70-73 du Code de droit international privé tunisien, art. 1219 et 1221 du Code civil russe, art. 33 de la loi coréenne, art. 101 du Code belge.

34. Art. 10, 2 et 3 al., de l'EGBGB, art. 37, al. 2, de la LDIP, art. 1020 du Code burkinabé.

mobiliers<sup>35</sup>, les aliments<sup>36</sup>, la représentation volontaire<sup>37</sup>, la capacité<sup>38</sup>, et même, semble-t-il, le droit des sociétés<sup>39</sup>.

Dans la plupart de ces domaines, le choix ne peut s'exercer qu'à l'intérieur d'un cercle limité et bien défini de lois, jugées par le for « suffisamment » proches pour avoir toutes vocations à être appliquées. Parmi celles-ci, les parties exercent leur choix avec la plus grande liberté. En particulier, elles ne sont point obligées de se laisser orienter par des considérations de proximité objective<sup>40</sup>. Bref, on se contente ici d'une « certaine » proximité, sans se livrer à la recherche de la « plus grande » proximité. D'ailleurs, il semble logique que, pour que l'attribution du pouvoir du choix ait un sens, l'on reconnaisse aux parties le pouvoir de choisir une loi autre que celle objectivement plus proche. Celle-ci se dégage du rattachement prévu pour le cas d'absence de choix et se fonde cette fois-ci sur le principe de la recherche de la plus grande proximité, soit dans l'abstrait soit à l'état pur<sup>41</sup>.

Dans le domaine contractuel, par contre, l'autonomie peut le plus souvent s'orienter vers une loi quelconque<sup>42</sup>. On serait donc assez tenté de

35. Art. 104 de la LDIP et l'art. 1187 du Code civil de l'Ouzbékistan en matière de biens transportés; art. 105 en matière de mise en gage de créances ou d'autres droits; art. 3103 en matière de sûreté mobilières du CCQ; art. 90 du projet belge en matière de biens culturels ainsi que l'art. 92 du même projet en matière de biens volés.

36. Art. 311-18 du Code civil français ainsi que l'art. 75 du Code belge. Cependant, comme on dira, toutes les lois qui reconnaissent un critère de rattachement alternatif en matière alimentaire reviennent en substance à reconnaître au créancier la possibilité de choisir la loi : voir donc les dispositions citées *infra* à la note 48.

37. Art. 3116 du CCQ.

38. En matière testamentaire, v. expressément l'art. 1198 du Code civil d'Ouzbékistan.

39. Loi du 30 octobre 1996 portant modification au droit des personnes juridiques et des sociétés du Liechtenstein, en particulier les art. 232, al. 1<sup>er</sup>, art. 234, al. 1<sup>er</sup>, art. 678, al. 1<sup>er</sup>, art. 676, al. 1<sup>er</sup>, art. 677, al. 1<sup>er</sup>, art. 930, al. 1<sup>er</sup>, ainsi que le commentaire suivant formulé par F. Sturm, « *Das neue Internationale Privatrecht Liechtensteins* », Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, *Vorlesungen und Vorträge*, Wien, 1997, p. 15 : « *Die Gründer können in Gesellschaftsstatuten bestimmen, nach welchem Recht die Gesellschaft errichtet wird und leben soll* » et encore « *es handelt sich um eine echte Rechtswahl* ». V. aussi l'interprétation que de l'art. 154, al. 1<sup>er</sup>, de la LDIP, dont la lettre est moins univoque, donnent par exemple Ebenroth/Messer, « *Das Gesellschaftsrecht im neuen schweizerischen IPRG* », *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1989, p. 49 et s. et K. Siehr, *Die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, *Festschrift Keller*, Zürich, 1989, p. 485 s. V. aussi art 114 du Code belge, en matière de prétentions dérivant d'une émission publique.

40. V. Lagarde, *Cours*, p. 48.

41. Il serait erroné de croire que, même si elles n'y sont pas tenues, les parties s'orienteront naturellement vers la loi « objectivement la plus proche ». La pratique révèle que les parties, si elles sont bien conseillées (et un bon conseil en droit étranger est certainement de plus en plus accessible : v. O. Hartenstein, *Die Privatautonomie im Internationalen Privatrecht als Störung des europäischen Entscheidungseinklangs*, Tübingen, 2000, p. 1 et s.) se servent de la faculté dans le but exclusif de parvenir au mieux aux objectifs matériels visés. On se plaît d'ailleurs le plus souvent d'avancer que c'est bien l'objectif sous-jacent à ces règles, ce qui est particulièrement visible lorsque le choix est accordé à une partie seulement.

42. Sauf l'exception bien connue de l'art. 1 (4) de la convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955.

conclure que le principe de proximité ne joue ici non plus dans sa version du lien « suffisant » dont il est question ici. Cependant, ceci ne semble pas être le cas. Les États modernes ne semblent pas renoncer du tout à exiger une « certaine » proximité. L'exigence d'un lien « suffisant » doit être recherchée dans l'ordre public international et dans les normes impératives. Ces deux limites en effet, lorsqu'elles se déclenchent, aboutissent à l'application des normes d'un État qui, pour ne pas présenter nécessairement les liens les plus étroits, ce qui n'est point exigé, présente néanmoins un certain lien objectif avec l'espèce<sup>43</sup>.

7.— Le recours aux règles de conflit à rattachement alternatif s'est lui aussi considérablement accru depuis ces deux dernières décennies<sup>44</sup>. Le mécanisme est bien connu : le for établit un cercle de lois, dont il estime qu'elles présentent toutes une proximité *suffisante* pour avoir vocation à être appliquées. Puisqu'il faut en choisir une, la sélection ultime se fait en fonction de leur contenu matériel. Il s'agit parfois de la validité d'un acte, parfois « formelle »<sup>45</sup>

43. En ce qui concerne l'*ordre public*, la pratique de plus en plus révèle que celui-ci n'opère que lorsque l'espèce présente avec le for une certaine *Inlandsbeziehung*, un rattachement étroit (pour la France, v. P. Lagarde, « Ordre public », *Rép. Dalloz Dr. internat.*, II, Paris, 1969, et J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *Rec. Cours*, 2001, t. 292, p. 199-200). On parle d'ailleurs à cet égard depuis quelque temps d'« ordre public de proximité » (Lagarde, « Ordre public », préc., n° 26 ss. ; Jacquet, « La fonction... » préc., p. 199 : il est intéressant de relever que l'exigence d'un certain rattachement paraît expressément prévue dans le Code belge, à l'art. 21, al. 2 : « Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger »). En ce qui concerne les *normes internationalement impératives*, s'agissant de celles *du for*, il semble certain que ces normes n'interviennent que si l'espèce présente avec le for un certain rattachement. Mais il n'est point exigé que le for soit l'État qui présente les liens *les plus étroits*. Ceci vaut également, et d'une manière plus évidente encore, pour les normes impératives étrangères, dans les ordres juridiques, de plus en plus nombreux, qui leur font place (en matière contractuelle, l'application des lois de polices étrangères est expressément prévue dans la convention de Rome à l'art. 7, al. 1<sup>er</sup> ; elle l'est en général, donc en principe pour toute matière, à l'art. 19 de la LDIP, à l'art. 3079 du CCQ, à l'art. 1165 du Code civil d'Ouzbékistan, à l'art. 38, al. 2, du Code civil tunisien, à l'art. 1192, al. 2, du Code civil russe, à l'art. 21, al. 3, du Code belge, ainsi qu'en pratique à l'art. 3515 du Code civil de Louisiane et l'art. 2 du projet de Puerto Rico. Dans toutes ces dispositions, l'on indique expressément l'exigence d'un « lien étroit » ou de « liens étroits » entre l'État étranger et la situation à régler).

44. F. Soirat, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, thèse, Paris 1995, p. 441, selon lequel ces règles « autrefois circonscrites au contrat et à la forme des actes juridiques patrimoniaux, [...] pénètrent désormais la plupart des matières qui composent le droit privé ».

45. Et ce en matière de testaments (art. 26 de l'EGBGB, art. 93 de la LDIP, art. 1047 du Code burkinabé, art. 68 de la loi roumaine, art. 48 loi italienne, art. 3528 du Code civil de Louisiane, art. 50 de la loi coréenne, art. 33, al. 1<sup>er</sup>, de la loi slovène, art. 54 de la loi tunisienne, art. 1224, al. 2, du Code civil russe, art. 30 de la loi du Liechtenstein, art. 83 du Code belge ; la source d'inspiration a été au moins pour la plupart de ces solutions celle prévue à la convention de La Haye de 1961 en matière de forme des dispositions testamentaires), contrats et actes juridiques unilatéraux (art. 9 convention de Rome, art. 3538 du Code civil de Louisiane, art. 3109 du CCQ, art. 11 de la loi italienne, art. 37 de la loi vénézuélienne,

mais aussi « matérielle »<sup>46</sup>, ou plus généralement de l'établissement d'une situation juridique<sup>47</sup>, parfois de la plus grande protection d'une partie réputée faible, telle que le créancier d'aliments<sup>48</sup>, le consommateur<sup>49</sup>, le travailleur<sup>50</sup>, l'assuré<sup>51</sup>, le lésé<sup>52</sup>, le réservataire<sup>53</sup>. Il est évident que, dans l'un ou dans l'autre cas, ce critère d'identification de la loi applicable parmi les lois jugées suffi-

---

art. 13 de la loi slovène, art. 68 de la loi tunisienne, art. 38 du projet de Puerto Rico), contrats de mariage (art. 15 de l'EGBGB, art. 56 de la LDIP), donation (art. 1048 du Code burkinabé, art. 56, al. 3, loi italienne, art. 56 de la loi tunisienne), célébration de mariage (art. 3520 du Code civil de Louisiane, art. 3088 du CCQ, art. 28 de la loi italienne, art. 36 de la loi slovène, art. 46 de la loi tunisienne, art. 36 de la loi coréenne), reconnaissance d'enfant (art. 35, al. 3 loi italienne). En matière de conditions pour contracter mariage (art. 13 de l'EGBGB, art. 44, al. 2, LDIP, art. 18 de la loi roumaine), pour obtenir le divorce (art. 21 de la loi du Liechtenstein, mais en pratique aussi, l'art. 17 de l'EGBGB, art. 61 de la LDIP, art. 31, al. 2, de la loi italienne, art. 22 de la loi roumaine), pour reconnaître un enfant (art. 72, al. 1<sup>er</sup>, LDIP, art. 35, 1<sup>er</sup> alinéa, de la loi italienne; art. 41 (2) de la loi coréenne), pour conclure un contrat ou un acte juridique unilatéral (art. 3539 du Code civil de Louisiane, art. 39 du projet de Puerto Rico), pour faire testament (art. 94 de la LDIP, art. 29 du projet de Puerto Rico). Il s'agit essentiellement de la filiation en général (art. 19 EGBGB, tel qu'il a été récemment modifié, art. 3091 du CCQ, art. 52 de la loi tunisienne, art. 40 de la loi coréenne, art. 15 du projet de Puerto Rico), légitime (art. 33, al. 2, de la loi italienne, art. 22 de la loi du Liechtenstein, art. 16 du projet de Puerto Rico), naturelle (art. 311-17 du Code civil français, art. 28 loi roumaine, art. 26 de la loi du Liechtenstein, art. 41 loi coréenne), « paternelle » (art. 1031, al. 2, du Code burkinabé) ainsi que de la légitimation (art. 311-16, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil français, art. 34 loi italienne, art. 23 de la loi du Liechtenstein, art. 42 loi coréenne).

46. En matière de conditions pour contracter mariage (art. 13 de l'EGBGB, art. 44, al. 2, LDIP, art. 18 de la loi roumaine), pour obtenir le divorce (art. 21 de la loi du Liechtenstein, mais en pratique aussi, l'art. 17 de l'EGBGB, art. 61 de la LDIP, art. 31, al. 2, de la loi italienne, art. 22 de la loi roumaine), pour reconnaître un enfant (art. 72, al. 1<sup>er</sup>, LDIP, art. 35, 1<sup>er</sup> alinéa, de la loi italienne; art. 41 (2) de la loi coréenne), pour conclure un contrat ou un acte juridique unilatéral (art. 3539 du Code civil de Louisiane, art. 39 du projet de Puerto Rico), pour faire testament (art. 94 de la LDIP, art. 29 du projet de Puerto Rico).

47. Il s'agit essentiellement de la filiation en général (art. 19 EGBGB, tel qu'il a été récemment modifié, art. 3091 du CCQ, art. 52 de la loi tunisienne, art. 40 de la loi coréenne, art. 15 du projet de Puerto Rico), légitime (art. 33, al. 2, de la loi italienne, art. 22 de la loi du Liechtenstein, art. 16 du projet de Puerto Rico), naturelle (art. 311-17 du Code civil français, art. 28 loi roumaine, art. 26 de la loi du Liechtenstein, art. 41 loi coréenne), ainsi que de la légitimation (art. 311-16, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil français, art. 34 loi italienne, art. 23 de la loi du Liechtenstein, art. 42 loi coréenne).

48. V. art. 311-18 du Code civil français, art. 18 de l'EGBGB, art. 1041 du Code burkinabé, art. 3094 du CCQ, art. 51 de la loi tunisienne, art. 163 du Code civil russe, art. 46 de la loi coréenne, art. 74 du Code belge.

49. Art. 29 de l'EGBGB, art. 3117 du CCQ, art. 27 de la loi coréenne, art. 1212 du Code civil russe, art. 42 du projet de Puerto Rico, ainsi que bien sûr l'art. 5 de la convention de Rome.

50. Art. 30 de l'EGBGB, art. 101 de la loi roumaine, art. 3118 du CCQ, art. 28 de la loi coréenne, art. 41 du projet de Puerto Rico, ainsi que l'art. 6 de la convention de Rome.

51. Art. 43 du projet de Puerto Rico.

52. V. les dispositions citées *supra*, note 33.

53. Art. 3099 du CCQ, art. 46, comma 2, de la loi italienne, art. 79 du Code belge.

samment proches n'a rien à voir avec la proximité<sup>54</sup>. Le plus ample est le cercle des lois « candidates » à l'application, le plus « lâche » est donc ou peut être le lien de proximité objective jugé suffisant pour qu'une loi soit appliquée.

La doctrine a montré avoir assez de peine à séparer ces règles de celles prévoyant l'autonomie de la volonté. S'agissant de la protection d'une partie, celle-ci dispose pratiquement d'un pouvoir de « choix » de la loi applicable entre la loi la plus protectrice et elle moins protectrice : ce pouvoir est d'ailleurs parfois expressément prévu<sup>55</sup>. S'agissant de la validité d'un acte, les parties peuvent choisir, pour donner naissance à la relation visée, entre telle forme (prévue par l'une des lois suffisamment proches) et telle autre (prévue par une autre loi), donc entre telle loi et telle autre<sup>56</sup>.

54. En ce sens, déjà Bucher, « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », in *Mélanges A. Schnitzer*, Genève, 1979, p. 48 : « Celle-ci [la loi applicable] peut donc fort bien être une loi différente de celle du « lien le plus étroit » ou du « centre de gravité ».

55. V. sur ce point les art. 41, 42 et 43 du projet de Puerto Rico, lesquels, bien que prévoyant l'applicabilité de la loi de Puerto Rico en présence d'un certain contact avec cet État, essentiellement la résidence de la partie à protéger, indiquent que la mise de côté de la loi d'autonomie n'a lieu qu'« *unless the consumer (employee, insured) requests otherwise* ». En matière de délits, l'« alternativité » visant à assurer au lésé la plus grande protection se manifeste pratiquement toujours sous forme de faculté de choix attribuée à la personne lésée : v. par exemple l'art. 62 de la loi italienne. En matière de filiation, qui représente un des terrains d'élection des règles alternatives (v. A. Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Genève, 2003, ainsi que P. Picone, « *Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione* », in *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 304 ss.; v. aussi le *Cours* de J. Foyer, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *Rec. Cours*, 1985, t. 193, p. 9 ss.), le choix est le plus souvent « tranché » par le législateur, mais celui-ci ne fait que se « substituer » à l'enfant, lequel n'est pas seulement partie « faible » mais n'a souvent pas la capacité pour exercer valablement une « volonté » conforme à ses véritables intérêts (et c'est d'ailleurs essentiellement de cela que découle sa « faiblesse »). Que le critère de sélection doit être l'« intérêt » de l'enfant il semble assez certain (ceci ressort assez clairement par exemple de l'art. 3091 du CCQ, qui parle de la loi « qui est plus avantageuse pour celui-ci » : v. Gonzalez-Campos, « Diversification », *op. cit.*, p. 365). Il ne nous paraît pas abusif de dire que la loi correspondant au mieux à ses intérêts est donc celle sur laquelle se porte la « volonté hypothétique » de l'enfant. Ceci semble d'ailleurs prouvé par le fait que, là où l'enfant a la capacité de choisir lui-même la loi applicable, il n'y a plus aucun obstacle à ce qu'il le fasse : l'art. 311-16, al. 2, en matière de légitimation semble le prouver.

56. À une conclusion similaire parviennent – nous semble-t-il – Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, préc., p. 506, lesquels s'expriment ainsi à propos du caractère facultatif de la règle *locus regit actum* : « La loi locale n'offre aux parties qu'un modèle possible de formes à observer : leur choix peut se porter sur une autre loi. Il faut préciser la justification et le contenu de la liberté ainsi donnée aux parties [...] » (c'est nous qui soulignons). S'il est vrai que d'une volonté expresse ou implicite on ne peut parfois pas parler, il ne paraît pas abusif de recourir néanmoins à la « volonté hypothétique » : si au moment de l'accomplissement de l'acte, on avait proposé aux parties de choisir entre telle loi qui valide l'acte et telle loi qui l'invalide, si elles s'étaient en somme représentées la question de la loi applicable, on peut sûrement avancer qu'elles auraient exprimé leur préférence au profit de la loi qui valide l'acte et écarté celle qui ne le valide pas. En effet, le grief traditionnel adressé à cette construction-doctrinale, à savoir que l'interprétation *a posteriori* de cette volonté se prête souvent à bien d'incertitudes, ne saurait raisonnablement être retenu ici (v. récemment sur ces incertitudes en matière contractuelle, A. Bonomi, « *Conversion of the Rome Convention on Contracts into*

8.— Encore relativement peu étudiées, les règles prévoyant la corrélation entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle<sup>57</sup>, à savoir qui font coïncider le *forum* avec le *ius*, sont elles aussi en forte croissance dans le droit international privé moderne. Leurs domaines d'élection sont ceux où les individus souhaitant donner naissance à une situation juridique doivent à cet effet demander l'assistance d'une autorité publique : que l'on pense au divorce, à l'adoption, à la déclaration d'absence ou de mort, à la déclaration d'incapacité et à la nomination d'un tuteur ou curateur, à la constitution de certains trusts, à la célébration du mariage et des unions non matrimoniales, au changement de nom<sup>58</sup>. Cette application « généralisée »

---

*an EC Instrument : Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission* », *Yearbook of Private International Law*, 2003, p. 68 : « *the interpretation of this silence can be the beginning of long and complicated discussions between the parties to the dispute : obviously this runs counter to the goals of simplicity and predictability* »). Lorsqu'un ou deux individus accomplissent un acte juridique, au moment où ils accomplissent cet acte, ils « veulent », ou en tout cas ils s'attendent à ce que l'acte existe comme acte juridique, à savoir qu'il soit valable. La « volonté commune » des parties paraît dans ces cas assez univoque. Elle est – pourrait-on dire – *in re ipsa*.

57. Une des études les plus substantielles à ce sujet est celle de Picone, « *Metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori* », *op. cit.*, p. 371 ss. (pour un résumé en langue française, v. Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *Rec. Cours*, t. 276, 1999, p. 143 et s.); v. aussi C. Dubler, *Les clauses d'exception*, Genève, 1983, p. 188 ss.; K. Siehr, *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht*, Heidelberg, 1986, p. 36 s.

58. V., en matière de divorce, art. 61, al. 1<sup>er</sup>, LDIP, l'art. 3521 du Code civil de Louisiane, l'art. 21, comma 3, de la loi du Liechtenstein, l'art. 160 du Code civil russe, l'art. 14 du projet de Puerto Rico (on sait que cela est également la solution traditionnelle anglaise : *Zanelli v. Zanelli*, (1948) 64 T.L.R. 556, confirmé par la section 46 (2) du *Matrimonial Causes Act* du 1973); il faut également signaler que le champ d'application des normes matérielles en matière de divorce est très généreusement délimité par le biais d'une règle unilatérale générale en France (art. 310 du Code civil) et spéciale en Italie (art. 31, al. 2), en Allemagne (art. 17, al. 1<sup>er</sup>), en Roumanie (art. 22), en Hollande (art. 1<sup>er</sup> de la loi du 25 mars 1981), en Espagne (nouveau art. 107), ainsi que dans le Code belge (art. 55, al. 3) : ces dispositions, bien que ne pas consacrant encore la méthode en question, réduisent très fortement le recours à une loi étrangère. En matière d'adoption, il faut citer l'art. 77, al. 1<sup>er</sup>, de la LDIP, l'art. 38 de la loi italienne, l'art. 313-5 du Code civil français introduit par la loi du 6 février 2001 (en ce qui concerne les seuls effets), les articles 3 (conditions) et 4 (effets) de la loi en matière d'adoption internationale du 3 juillet 2003 des Pays-Bas, l'art. 19 du projet de Puerto Rico (cette solution est retenue aussi en Angleterre : *Re B. (S.) (An Infant)* (1968) Ch. 204, 210). En matière de déclaration d'absence ou de mort, il faut citer l'art. 41, al. 3, de la LDIP, l'art. 1170 du Code civil de l'Ouzbékistan, l'art. 15 de la loi du Liechtenstein, l'art. 12 de la loi coréenne, l'art. 1200 du Code civil russe, en pratique aussi l'art. 9, dernier alinéa, de l'EGBGB. En matière de déclaration d'incapacité, on indiquera l'art. 16 de la loi du Liechtenstein, et aussi en substance l'art. 3085, al. 2, du CCQ; en matière de tutelle et curatelle, l'art. 1174 du Code civil d'Ouzbékistan l'art. 28 de la loi du Liechtenstein; en matière de contestation de paternité, l'art. 18 du projet de Puerto Rico. En matière de trust, il semble que par exemple le « *constructive trust* » ne puisse naître que d'un prononcé judiciaire : v. A. Bell, *Forum shopping in transnational litigation*, Oxford, 2003, p. 39. Si on tient compte des situations juridiques créées par une décision émanant d'une autorité administrative, les applications de la méthode en question s'élargissent à la célébration du mariage, le changement de nom, les unions non matrimoniales.

de la *lex fori* vaut tantôt pour les seules conditions de naissance de la situation juridique (ce sera surtout cette hypothèse qu'on aura à l'esprit), tantôt (mais bien plus rarement) pour les seuls effets découlant de cette situation<sup>59</sup>, tantôt (et peut être le plus souvent) pour les conditions et les effets à la fois<sup>60</sup>.

Les liens entre les règles sur la compétence législative et les règles sur la compétence juridictionnelle sont de telle nature que les premières s'en trouvent « absorbées » dans les secondes. L'intérêt se porte donc naturellement sur les règles de compétence juridictionnelle. Mais il serait hâtif de conclure qu'il n'y a ici aucune place pour les conflits de lois. Dire que les règles sur la loi applicable sont « absorbées » dans celles sur la compétence juridictionnelle signifie que les premières coïncident ou se confondent avec les secondes, qu'elles se « dissimulent » derrière celles-ci. Ce n'est pas qu'elles n'existent pas. Ici, les critères de juridiction semblent remplir en effet en même temps la fonction de déterminer le champ d'application dans l'espace de la loi du for<sup>61</sup>.

Il se trouve que les critères de compétence juridictionnelle sont, dans ces domaines comme dans d'autres, assez larges. Le droit positif montre qu'il suffit souvent, pour déclencher la compétence juridictionnelle du for, que dans le for se trouve le domicile (ou la résidence habituelle) ou la nationalité d'une partie. Il faut bien mettre en lumière la conséquence de cela. Les autorités du for – on a dit – sont compétentes à prononcer la situation juridique demandée sur la base du constat d'un *certain* lien de l'espèce avec le for, celui incorporé par le critère de juridiction. Or, la compétence juridictionnelle en vient à déterminer aussi le champ d'application des normes du for, ceci signifie que, pour que la loi du for soit appliquée, il suffit d'une certaine (au moins en comparaison avec les rattachements traditionnels) proximité avec le for. La recherche de la plus grande proximité n'est donc pas nécessaire<sup>62</sup>.

Ceci entraîne comme conséquence qu'il pourrait y avoir plusieurs lois suffisamment proches pour être chacune déclarée applicable par son pays respectif. L'identification, parmi ces plusieurs lois applicables, de celle qui sera concrètement appliquée, c'est-à-dire de quelle loi sera effectivement « utilisée » pour donner naissance à la situation juridique, sera remise pra-

59. V. par exemple l'art. 370-4 : « Les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française ». Une analyse des justifications de cette solution ainsi que de ses éventuels problèmes d'application est effectuée par P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *Rev. crit. DIP* 2001. 290 s.

60. V. par exemple l'art. 41, al. 3, de la LDIP : « Les conditions et les effets de la déclaration d'absence sont régis par le droit suisse ».

61. En ce sens, paraît-il, même si assez indirectement, Picone, « *Metodo dell'applicazione generalizzata* », préc., p. 182, note 181.

62. La possibilité, préconisée par Dubler, *Les clauses d'exception* préc., p. 199 s., d'écarter le « rattachement » prévu dans les règles de compétence juridictionnelle si la « proximité » avec le for qu'il exprime, bien qu'évaluée comme « suffisante » dans l'abstrait, s'avère très « lâche » dans le cas concret semble le confirmer.

tiquement à la volonté, en tout cas à l'initiative, des intéressés. Ceux-ci peuvent en effet constituer la situation juridique recherchée selon ce droit (et donc demander la coopération de ces autorités), ou selon cet autre droit (et donc demander la coopération de ces autres autorités). Ici encore donc, le « choix » entre les plusieurs lois jugées suffisamment proches, est fait en dernier lieu par les intéressés.

9.— Les « méthodes » analysées jusqu'ici laissent encore de côté un certain nombre de règles. Il s'agit des règles bilatérales localisatrices. À la différence de celles que l'on vient de considérer jusqu'ici, où le principe de la recherche du lien le plus étroit a laissé la place à la recherche d'une « proximité suffisante », ces règles reposent encore sur la variante de la proximité qu'on a qualifié de « traditionnelle ». Toutefois, cette dernière forme de proximité doit faire face à une redoutable limite, celle du renvoi. Le renvoi, au moins au premier degré (c'est donc celui-ci qu'on aura surtout à l'esprit), est aujourd'hui accepté dans la plus grande majorité des pays. Comme on se plaît à le relever, l'application du renvoi se fait à l'époque moderne de façon sélective<sup>63</sup>. Mais il semble que cette « sélection » exclut précisément les domaines où la règle de conflit traditionnelle a été déjà abandonnée au profit d'un des autres types dont il a été question plus haut. En d'autres termes, le terrain d'application le moins discuté du renvoi demeure précisément celui des règles de conflit bilatérales localisatrices traditionnelles.

Là où il se déclenche, le renvoi au premier degré aboutit à appliquer la loi du for. Le principe de proximité traditionnel serait respecté si on pouvait dire que la loi du for est, dans l'abstrait, la loi la plus proche. Or, celle-ci est la conviction de l'État que le for juge le plus proche de l'espèce. Il y a donc une divergence entre l'État du for et cet autre État. Mais l'État du for ne peut pas abdiquer sa vision de la plus grande proximité et emprunter celle d'un autre. Ici, il est difficile de ne pas accepter l'argument souvent mis en avant, surtout dans le passé, contre le renvoi : le for ne peut pas dire, d'un côté : « J'estime que l'État le plus proche est cet État étranger », et de l'autre : « Cet État étranger m'a convaincu, il a bien raison de dire que l'État le plus proche c'est moi ». Bref, si on accepte le renvoi et qu'on applique la loi du for, on ne peut raisonnablement pas s'appuyer sur le principe de la plus grande proximité au sens traditionnel.

Faut-il donc conclure que la loi du for s'applique par le jeu du renvoi indépendamment de toute « proximité » ? La réponse négative s'impose. Si l'on garde à l'esprit que la loi du for est appliquée parce que l'État que le for estime le plus proche considère de son côté plus proche encore la loi du for, la loi du for, pour ne présenter ni la plus grande proximité dans l'abstrait (dans la vision du for) ni la plus grande proximité sur la base des circons-

---

63. V. d'ailleurs la résolution adoptée par l'Institut de droit international, *Annuaire*, t. 68, 1999, II, p. 410 s.

tances concrètes (une telle recherche est étrangère au renvoi), présente cependant avec la situation une « proximité suffisante » certaine<sup>64</sup>.

En conclusion, les systèmes modernes semblent être parvenus dans bien des domaines à se passer volontiers de la recherche de la loi objectivement « la plus proche ». Une certaine proximité est, bien que toujours exigée, jugée le plus souvent satisfaisante. En termes de proximité, on n'a pas besoin de plus que cela, mais on ne peut pas se contenter de moins que cela. Le principe de proximité est appelé à jouer de manière croissante dans sa variante de la « proximité suffisante ». Pour être différent de celui que le droit international privé traditionnel lui assigne, à savoir l'identification directe de la loi applicable, le nouveau rôle du principe de proximité est cependant tout aussi délicat. Il lui revient en effet de tracer le « cercle » des lois jugées suffisamment proches pour avoir « vocation » à être appliquées.

### III. LE DOMAINE DU PRINCIPE DE PROXIMITÉ VA-T-IL S'ÉLARGIR ?

10.— Un champ d'application nouveau s'est ouvert récemment dans la matière délictuelle<sup>65</sup>. Dans cette matière, comme on le verra, le principe de proximité se manifeste aussi bien dans sa fonction d'élaboration que dans celle de correction de la règle de conflit. Cette bivalence du principe fait naître des interrogations aussi quant à sa sphère matérielle d'application, c'est-à-dire dans la détermination des catégories juridiques auxquelles il se rapporte.

L'analyse sera limitée aux règles de conflit élaborées dans des instruments internationaux, qui seules offrent un matériel suffisant, vue l'ampleur des efforts récents de codification internationale.

La conférence de La Haye a entrepris des études sur les actes illicites en droit international privé à partir des années soixante. Son point de départ a été le mémorandum du professeur Bernard Dutoit en ce temps-là secrétaire au Bureau permanent, dans lequel il concluait à l'impossibilité d'élaborer une convention générale sur la loi applicable aux actes illicites vu la grande diversité des solutions selon les types des délits.

Le mémorandum Dutoit exposait un véritable catalogue des différents types d'actes illicites, ce qui a convaincu la Conférence d'établir un plan des

64. V. Mayer/Heuzé, *Droit international privé*, préc., p. 151 : « le fait que la règle de conflit étrangère désigne [la loi du for] prouve qu'elle a des titres objectifs à l'application », en d'autres termes un « lien étroit ». V. aussi Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, p. 200.

65. Pour les actes illicites, le rattachement à la loi de l'événement a été supplanté par le principe dit « de la faveur » (*Günstigkeitsprinzip*). La règle anglaise de la *proper law of the tort*, qui d'ailleurs n'assurait pas de résultats satisfaisants en cas de dommages postérieurs (*Spätschäden*), a été également écartée (v. E. Jayme et Ch. Kohler « *Europäisches Kollisionsrecht 2002 : Zur Wiederkehr des internationalen Privatrechts* », *IPrax* 2002, p. 461-467, à p. 470). Le débat doctrinal se tourne presque exclusivement autour de la meilleure façon d'entendre le principe de proximité.

travaux à entreprendre pour des actes spécifiques en fonction de la nécessité de parvenir à une convention internationale, et naturellement des chances qu'il y avait d'y réussir.

Un premier résultat a été marqué par l'adoption en 1968 de la convention sur les accidents de la circulation routière et en 1972 de la convention sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits. Ces deux conventions ont choisi des groupements de facteurs de rattachement pour répondre à tous les cas de figure dans les hypothèses d'accidents de la circulation ou de dommages causés par des produits. De cette manière elles ont suivi, pour ainsi dire, une configuration analytique du principe de proximité.

La conception générique du principe suivi aux États-Unis – celle exprimée par la formule de la *closest connection* – s'est faite jour aussi en Europe, notamment dans la proposition du Groupe européen de droit international privé pour une convention européenne sur la loi applicable aux délits, qui prône l'application de la loi du pays avec lequel l'obligation contractuelle présente les liens les plus étroits<sup>66</sup>.

Suivant le modèle de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et pour faciliter la tâche de l'opérateur juridique, la proposition énonce des présomptions qui puissent orienter le choix. Cette énumération se conclut avec la reconnaissance de la clause d'exception qui exprime le principe de proximité dans sa fonction antithétique : « Les présomptions des paragraphes 2 et 3 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que l'obligation présente des liens plus étroits avec un autre pays ». Or, s'il est vrai qu'au temps du cours général de P. Lagarde la matière des délits opposait à la « clause une résistance plus forte que celle des contrats » (p. 103), force est de constater que la clause n'a fait que progresser au cours de ces dernières années.

La proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dite « Rome II », tout en prévoyant le rattachement alternatif de la loi du pays où le dommage survient ou menace de survenir et de celle du pays de la résidence habituelle commune du sujet et de l'auteur du dommage édictait plusieurs règles spéciales pour certains délits (responsabilité du fait des produits défectueux, concurrence déloyale, atteintes à la vie privée, etc.) et introduisait la clause échappatoire « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que l'obligation non contractuelle présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays ».

Au cours de la première lecture le Parlement européen a supprimé nombre des règles sur les délits spéciaux mais a sauvé la clause échappatoire, en lui donnant une formulation analytique inconnue dans l'instrument jumeau de la convention de Rome. Pour conclure à l'existence des liens plus étroits, le texte amendé suggère en effet de tenir compte des élé-

66. V. le texte dans *Rev. crit. DIP* 1998. 802.

ments tels que : la résidence habituelle du responsable et du sujet lésé, l'existence entre les parties d'une relation juridique, l'existence d'un contrat d'assurance, etc. On attend la conclusion de l'*iter* législatif.

11.— Dans leur chronique pour l'année 2001, Jayme et Kohler ont fait ressortir l'importance toujours croissante du principe de la reconnaissance mutuelle en le présentant comme une véritable alternative à la méthode conflictuelle<sup>67</sup>. Il y a en effet un courant doctrinal important qui préconise l'application de la loi du pays d'origine à la réglementation des rapports privés<sup>68</sup>. D'après ce point de vue, la désignation comme loi applicable d'une loi autre que celle du pays d'origine d'un prestataire de service établie dans un État membre constituerait une restriction au commerce intracommunautaire. La question qui se pose est alors d'établir si cette règle est susceptible ou non d'être reconduite au principe de proximité.

D'une part, les précisions dont la règle présumée est assortie sont tellement marquantes que l'on pourrait douter de son véritable caractère conflictuel<sup>69</sup>; d'autre part, de par sa nature même la proximité ne s'oppose pas à des liens aussi étroits que ceux sous-entendus à la règle. D'ailleurs, la règle même d'après laquelle on doit prendre en considération les résultats de l'application plutôt que la règle de conflit dans son schéma abstrait ne semble pas incompatible avec la proximité.

Si l'on adhère à l'opinion exprimée en dernier, on verrait s'ouvrir à la théorie de la proximité un champ tout à fait nouveau dans lequel le résultat matériel doit être évalué du point de vue de l'ordre juridique supérieur du droit communautaire, et plus exactement du respect des libertés fondamentales établies par cet ordre. Il s'agirait donc d'une proximité en faveur du droit communautaire.

---

67. E. Jayme et Ch. Kohler, « *Europäisches Kollisionsrecht 2001 : Anerkennungsprinzip statt IPR?* », *IPRax* 2001, p. 501-514. La chronique dédiée au problème l'année suivante (déjà citée : v. note 64), constate le retour du droit international privé et celle de 2003 (*IPRax* 2003, p. 485-495) donne un coup d'œil sur les nombreux instruments communautaires entrés en vigueur ou en préparation. Le professeur Lagarde a repris lui-même cette théorie tout récemment (v. « Développement futur du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004, p. 233 et 235) dans une étude prévue après la clôture de notre essai. Dans le cadre de la « méthode de reconnaissance » identifiée par lui, qui est en quelque sorte la réciproque de la méthode de l'application généralisée de la loi du for considérée plus haut, Paul Lagarde souligne la nécessité de préciser dans chaque cas « les liens de la situation avec l'État d'origine jugés suffisants pour justifier l'obligation de reconnaissance » (c'est nous qui soulignons). Ses conclusions (v. p. 342) sont à l'avantage de la reconnaissance mais avec modération.

68. L. Radicati di Brozolo, « Libre circulation dans la CE et règles de conflit », *Rev. crit. DIP* 1993. 401-424; J. Basedow, « *Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheit im europäischen Binnenmarkt : favor offerentis* », *RabelsZ* 1995, p. 1-55; M. Fallon, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré : l'expérience de la Communauté européenne », dans *Rec. Cours*, t. 253, 1995, p. 13-281; G. Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002.

69. V. M. Wilderspin et X. Lewis, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des États membres », *Rev. crit. DIP* 2002. 1-37, 289-313.

Cette nouvelle variation de la proximité exige une vérification à la lumière de l'intensité du rapport qui existe entre la situation à régler et les libertés communautaires. Le facteur décisif de cette évaluation pourra s'avérer la nature impérative des règles existantes dans les deux systèmes en présence, dont l'un n'est pas étatique mais est le droit communautaire.

Dans une série de décisions, dont la plupart très récentes, la Cour de justice des Communautés européennes, a dû trancher le conflit qui s'est posé, en matière de transfert de siège, entre des règles « de police » nationales et libertés communautaires absolument impératives<sup>70</sup> et l'a fait en reconnaissant la primauté du droit communautaire, considéré le plus proche du cas<sup>71</sup>.

13.— Dans le droit de la famille, le principe de proximité a connu des corrections très importantes en vue de finalités qui parfois sont étrangères aux principes traditionnels du droit international privé et parfois peuvent y être ramenées, tout en exigeant un effort d'adaptation considérable.

Qu'il nous soit permis d'abord de mentionner le règlement « Bruxelles II » dont M. Ancel et Mme Huir-Watt disent qu'il est « fondé sur le principe de fongibilité de la justice rendue dans les divers États membres »<sup>72</sup>.

Parmi les domaines nouveaux ouverts à la théorie du droit international privé par la diversité des législations nationales, en contre-tendance avec le rapprochement généralisé du droit de la famille connu dans le récent passé, on signalera la réglementation des unions hors mariage. Lorsque l'enregistrement de l'union est demandé aux autorités d'un certain pays, on constate une tendance assez répandue à l'application, en tout cas aux conditions de fond, de la loi de ce pays, dite « de l'enregistrement »<sup>73</sup>. Il en va de même, semble-t-il, pour le mariage homosexuel<sup>74</sup>. C'est donc aux critères de compétence que revient le rôle de tracer en même temps les limites de cette proximité suffisante qui justifie, aux yeux du pays concerné, l'accès des intéressés au bénéfice de sa loi.

70. V. T. Ballarino, « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes », *Rev. crit. DIP* 2003. 373-402.

71. Cette solution a été suivie même si la liberté communautaire ne trouvait pas dans l'ordre juridique national auquel revenait la compétence, des instruments juridiques adaptés en vue d'une solution satisfaisante du cas, c'est-à-dire la continuité de la personne morale à laquelle il fallait assurer la liberté de mouvement dans l'Union européenne.

72. B. Ancel et H. Muir Watt, « La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II » », *Rev. crit. DIP* 2001. 403-457, spéc. p. 432.

73. V. récemment A. Devers, *Le concubinage en droit international privé*, Paris, LGDJ, 2004; C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonio del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Barcelona, 2004.

74. V. Romano Geeroms, « La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé : de la circulaire ministérielle du 23 janvier 2004 à l'alinéa 2 de l'article 46 du nouveau code », *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Zürich, 2004, p. 105 et s.