

UNIVERSITÉ MONTESQUIEU - BORDEAUX IV

ÉCOLE DOCTORALE de DROIT (E.D. 41)

ASPECTS FONCTIONNELS DE L'UNIVERSALISATION
ÉTUDE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Thèse pour le Doctorat en Droit

Présentée par

Jean SAGOT-DUVAUROUX

Et soutenue publiquement

Le 14 novembre 2008

MEMBRES DU JURY

Monsieur Éric AGOSTINI

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

Madame Léna GANNAGÉ

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), **rapporteur**

Monsieur Jean-Pierre LABORDE

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV, Président de l'Université

Monsieur Matthias LEHMANN

Professeur à l'Université de Halle (Allemagne)

Monsieur Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), **rapporteur**

Madame Sandrine SANA-CHAILLÉ de NÉRÉ

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV, **directeur de thèse**

A mon Grand-père,

*Merci à Caroline et à mes parents
pour leur soutien et leur aide
pendant la réalisation de cette
thèse.*

PLAN SOMMAIRE

PARTIE I : LES ENJEUX DU PROCESSUS D'UNIVERSALISATION DU DROIT

Titre 1 : Les impasses générées par le particularisme

Chapitre 1 : La transgression des intérêts particuliers

Section 1 : L'insécurité juridique inhérente aux relations internationales

Section 2 : L'efficacité limitée des mécanismes rectificatifs

Chapitre 2 : La transgression de l'intérêt général

Section 1 : L'affaiblissement des éléments de la loi dans l'ordre international

Section 2 : L'efficacité limitée des mécanismes rectificatifs

Titre 2 : Les perspectives offertes par l'universalisation du droit

Chapitre 1 : Les perspectives offertes par l'universalisation des règles générales

Section 1 : Le support principal du processus d'universalisation des règles générales

Section 2 : Le support accessoire du processus d'universalisation des règles générales

Chapitre 2 : Les perspectives offertes par l'universalisation des situations juridiques individuelles

Section 1 : Définition de l'universalisation des situations juridiques individuelles

Section 2 : Utilité de l'universalisation des situations juridiques individuelles

PARTIE II : LES METHODES DU PROCESSUS D'UNIVERSALISATION DU DROIT

Titre 1 : L'universalisation des règles générales

Chapitre 1 : L'universalisation des règles générales au niveau communautaire

Section 1 : La communautarisation du droit matériel

Section 2 : La communautarisation du droit international privé

Chapitre 2 : L'universalisation des règles générales au niveau mondial

Section 1 : L'universalisation du droit matériel

Section 2 : L'universalisation des règles de conflit

Titre 2 : L'universalisation des situations juridiques individuelles

Chapitre 1 : La reconnaissance des situations juridiques étrangères

Section 1 : La diminution des obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques étrangères

Section 2 : Les avancées de la reconnaissance directe des situations juridiques étrangères

Chapitre 2 : L'exportation des situations juridiques constituées dans le for

Section 1 : La référence à l'ordre juridique étranger

Section 2 : Les tentatives du for visant à imposer son point de vue à l'étranger

Arch. Philo. Droit	Archives de Philosophie du Droit
Bull. civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
chron.	chronique
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
coll.	collection
CPJI	Cour permanente de justice internationale
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Dalloz affaires
dir.	(sous la) direction
éd.	édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Grands arrêts	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit internationale privé par B. ANCEL et Y.LEQUETTE.
Ibid.	Ibidem (à l'endroit indiqué dans la précédente citation)
infra	au-dessous
J.-Cl.	Juris-classeur
JCP	Juris-classeur Périodique édition générale
JCP E	Juris-classeur Périodique édition entreprise
JDI	Journal du droit international, Clunet
jurisp.	jurisprudence
LPA	Les petites affiches
obs.	observations
op. cit.	ouvrage précité
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationale Privatrecht
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice des communautés européennes
Rép. civ. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. comm. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit communautaire
Rép. inter. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit international
Rev. aff. eur.	Revue des affaires européennes
Rev. arb	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RRJ	Revue de recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
supra	au-dessus
TGI	Tribunal de Grande Instance
Trav.com.fr.dr.inter.privé	Travaux du comité français de droit international privé

INTRODUCTION

1. « Ils confessent que la justice n'est pas dans ces coutumes, mais qu'elle réside dans les lois naturelles, connues en tout pays. Certainement ils le soutiendraient opiniâtrement, si la témérité du hasard qui a semé les lois humaines en avait rencontré au moins une qui fût universelle ; mais la plaisanterie est telle, que le caprice des hommes s'est si bien diversifié, qu'il n'y en a point »¹.

Cette discontinuité, décrite par Pascal, entre idéal philosophique d'une justice universelle et réalité normative apparaît aujourd'hui encore comme une évidence. Pour le juriste, dont la tâche première est la compréhension et l'analyse du droit positif, elle est d'autant plus flagrante qu'elle prend corps au sein même de son objet d'étude. Elle ne peut ainsi plus être perçue comme la simple conséquence logique des finalités distinctes de la philosophie et de la science juridique.

Pourtant, alors que le relativisme normatif et l'inexistence corrélative de règles qui « embrassent la totalité des êtres et des choses »² demeurent difficilement contestables, la sémantique liée à l'universel fait peu à peu son apparition dans le droit positif. C'est ainsi qu'une vocation universelle est reconnue à certains concepts tels que les droits de l'homme, les crimes contre l'humanité, le patrimoine commun de l'humanité, la couverture maladie, la *lex mercatoria* ou encore, plus récemment, la *lex electronica*³.

Néanmoins, en observant le pluralisme juridique actuel, on ne peut que se montrer sceptique à l'égard de ces « déclarations d'universalité ». Même les droits de l'homme, notions à vocation universelle s'il en est, ont des contenus variables selon la région du globe où l'on se trouve⁴.

¹ B. PASCAL, *Pensées*, Flammarion, 2007, Section V, n° 294.

² *Le Grand Larousse universel*, Larousse, 1997, V° Universel.

³ Voir M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, tome I, *Le Relatif et l'Universel*, Seuil, 2004, p. 44.

⁴ Voir L. GANNAGE, « Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen », *RID comp.* 2006, p. 116 et « A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux », in *Mélanges en l'honneur de H. GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 265, spéc. n° 7 et s.

2. Pourquoi, alors, le droit positif, dont l'efficacité se mesure précisément à sa capacité à faire correspondre l'être à un devoir être qu'il prédéfinit, s'encombre-t-il de telles proclamations purement esthétiques qui ne font qu'affaiblir son autorité et par conséquent sa crédibilité ?

3. C'est qu'en vérité « la tension entre le relatif et l'universel »⁵ est inhérente à la matière juridique.

4. Elle l'est en raison du débat incessant relatif aux fondements du droit⁶. Selon que l'on considère que le droit est la projection sur la vie sociale de l'équilibre inné de la nature ou qu'il doit être appréhendé pour lui-même, en tant que fait de société, on ne lui reconnaît en effet pas le même caractère.

5. Pour les tenants de l'école du droit naturel⁷, le modèle idéal est nécessairement universel. Dans cette perspective, le fondement du caractère coercitif du droit procède d'un principe supérieur de justice qui s'impose à l'homme et à la société. Que ce principe soit dicté par la nature des choses selon ARISTOTE⁸ et les jus-naturalistes antiques, par une loi divine adressée aux hommes selon SAINT THOMAS d'AQUIN⁹ ou par la raison humaine selon les philosophes des Lumières comme notamment GROTIUS¹⁰ et plus tard KANT¹¹, il prétend toujours à une certaine universalité.

6. Au contraire, les positivistes, à la suite de COMTE¹², considèrent que les choses doivent être observées pour elles-mêmes et dans leurs relations les unes aux autres. Le

⁵ *Op. cit.*, p. 25.

⁶ Sur lequel voir notamment F. GENY, *Science et technique en droit positif*, t. II, Sirey, 1915, n° 98 et s. ; M. VILLEY, *Philosophie du droit*, t. I, *Définitions et fins du droit*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1986 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n° 8 et s. ; J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux*, Sirey, 11^{ème} éd., 2006, n° 25 et s.

⁷ Sur laquelle voir notamment R. SALEILLES, « Ecole historique du droit naturel », *RTD civ.* 1902, p. 81.

⁸ *Ethique à Nicomaque*, trad. J. TRICOT, Vrin., 11^{ème} éd., 1997.

⁹ Voir H.-D. GARDEIL et F.-X. PUTALLAZ, *Initiation à la philosophie de SAINT THOMAS D'AQUIN*, Les Ed. du Cerf, 2007.

¹⁰ *De juris belli ac pacis* (1965), *Le Droit de la guerre et de la paix*, trad. P. PRADIER-FODERE, PUF, coll. « Léviathan », 1999.

¹¹ *Fondements de la métaphysique des mœurs*, in *Œuvres philosophiques*, t. II, trad. L. FERRY, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1985.

¹² *Cours de philosophie positive*, Flammarion, 1995.

relativisme et le pluralisme sont ainsi des réalités qui, en tant que telles, constituent des vérités qu'il s'agit simplement d'expliquer.

Pour KELSEN¹³, principal chef de ligne du positivisme étatique, le relativisme et le pluralisme du droit sont les conséquences logiques de la partition du monde en différents Etats souverains ; toute norme étant le produit nécessaire de l'Etat, elle ne peut être universelle qu'avec l'avènement d'un Etat mondial.

Quant à DUGUIT¹⁴ et la doctrine du positivisme sociologique, ils estiment que le particularisme et le relativisme résultent naturellement de la maxime « *ubi societas ubi jus* ». Toute règle de droit trouvant son fondement dans l'interdépendance des hommes vivant dans une société considérée, la diversité des réalités sociales observables ne peut qu'engendrer une pluralité de systèmes juridiques.

7. Il est vrai que, confronté à la complexification des systèmes juridiques, le juriste contemporain se contente souvent de comprendre et d'expliquer le droit positif tel qu'il est, laissant le soin au philosophe de s'interroger sur ses fondements. Il est cependant difficilement concevable qu'il élude complètement la question en appréhendant le droit comme un ensemble de règles désincarnées dont la légitimité, appréciée selon des critères de pure logique, dépendrait seulement de leur incidence sur la cohérence globale du système¹⁵. Bien qu'il soit, ou précisément parce qu'il est, une science normative, le droit ne peut perdre de vue que les comportements humains constituent sa matière première et l'organisation, conforme aux critères du juste et de l'utile¹⁶, de la vie en société sa finalité. Ainsi, le débat

¹³ *Théorie pure du droit*, trad. A. PHILONENKO, Dalloz, 1962.

¹⁴ *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, rééd. Dalloz, 2003.

¹⁵ Voir J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, précité, n° 24 : « La recherche du fondement de la coercition étatique qui caractérise la règle de droit, et donc le fondement même de la règle de droit, appartient plus au philosophe qu'au juriste. Il n'est pas concevable, cependant, que le juriste élude la question : il risquerait, ce faisant, de méconnaître à jamais la portée de sa science et, partant, les responsabilités qui lui incombent ».

¹⁶ Sur lesquels voir M. VILLEY, « Préface historique, l'utile et le juste », *Arch. Philo. Droit* 1981, p. 2 ; J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 1.

relatif à ses fondements, encore présent lors de la rédaction du code civil¹⁷, demeure d'actualité¹⁸ et continue, par conséquent, à opposer universalistes et relativistes.

8. En toute hypothèse, même dans une perspective purement positiviste, le droit ne peut se débarrasser de cette tension entre le relatif et l'universel. Elle est inscrite au sein même de la définition de la règle de droit. En effet, en tant que règle générale, abstraite, permanente et obligatoire, elle prétend à une vocation universelle qu'elle ne peut pourtant pas atteindre sans perdre l'un des caractères qui la distingue des autres règles de conduite.

Parce qu'elle est générale, permanente et abstraite, son application ne se limite généralement pas aux faits sociaux localisés sur le territoire de l'Etat qui l'a édictée. C'est d'ailleurs ce qui faisait dire au doyen BATIFFOL que toute loi, considérée dans son seul élément rationnel, a en elle-même une vocation universelle¹⁹.

Cependant, en tant que telle, la règle de droit se manifeste également par son élément impératif, son caractère obligatoire. Celui-ci, conféré par la virtualité d'une sanction, réprime à lui seul sa volonté d'application à l'ensemble des faits qui entrent dans la catégorie abstraite définie dans son présupposé. En effet, le seul appareil de contrainte légitime étant l'Etat et le monde se divisant en une pluralité d'entre eux, toute règle juridique est condamnée à ne valoir, sauf coopération de la part des autres, que dans celui où elle est née²⁰.

¹⁷ Rappelons en effet que dans le livre préliminaire du projet de code civil français, la conception universaliste du droit était clairement affirmée dans l'*incipit* du texte selon lequel : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes ». Témoignage poignant de l'acuité du débat relatif aux fondements du droit, cette disposition a finalement été écartée par le Tribunal car considérée comme « déplacée à la tête du code civil et indigne d'y figurer ». Voir sur ce point F. EWALD, *La Naissance du Code civil. La raison du législateur*, Flammarion, 1989, p. 92 et M. DELMAS-MARTY, ouvrage précité, p. 27.

¹⁸ Pour des tentatives récentes de réhabilitation du droit naturel voir J.-F. NIORT et G. VANNIER, *Michel VILLEY et le droit naturel*, L'Harmattan, 1994 à propos de l'œuvre de M. VILLEY et P. KAYSER, « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *RRJ* 1998-2, p. 387.

¹⁹ *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz, 2002, n° 53 et 54 : « En réalité, chaque législateur, tout en sachant qu'il légifère pour une société définie dans le temps et dans l'espace, regarde aussi en un sens ses prescriptions comme ayant une valeur universelle et définitive » et H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993, n° 25 : « visant à gouverner l'action des hommes par des règles générales, le droit comporte à la fois un élément rationnel, dans ses propositions générales, et un élément impératif, dans l'autorité qui les formule et les sanctionne. Le problème des relations de l'ordre interne et de l'ordre international fait apparaître la dissociation de ces éléments ».

²⁰ Voir R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI* 1936, IV, t. 58, p. 243, spéc. p. 302 et s : « L'ordre juridique est exclusif dans le sens qu'il exclut le caractère juridique de ce qui ne rentre pas en lui-même ».

9. Comment gérer cette discontinuité entre la vocation universelle des règles de droit et le fait qu'elles ne puissent conserver leur caractère obligatoire qu'au sein de l'ordre juridique dont elles sont issues ?

10. C'est là l'objet même du droit international privé, défini comme l'ensemble des règles applicables aux relations internationales entre personnes privées. En effet, conscients qu'il serait vain de vouloir se reconnaître compétent, tant d'un point de vue juridictionnel que législatif, à l'égard de toutes les relations interindividuelles se nouant dans le monde, les ordres juridiques nationaux ont, d'eux-mêmes, élaboré des règles spécifiques destinées à limiter le champ d'application de leur activité normative et judiciaire et, par là même, à accepter de reconnaître la compétence des autres²¹. Il est cependant apparu que ces règles, dites de conflit, ne permettaient pas pour autant de régler les conflits engendrés par « la vocation virtuellement universelle » de tout ordre juridique²². En effet, faute de consensus quant aux critères de choix, l'éventualité demeure que plusieurs lois ou plusieurs tribunaux revendiquent simultanément leur compétence.

C'est dans ce contexte que, on le verra²³, empêche l'entière satisfaction des intérêts particuliers et la protection efficace de l'intérêt général, que naquit, à la fin XIX^e et au début du XX^e siècle, la doctrine universaliste²⁴. Celle-ci s'est efforcée de trouver un fondement universel, un principe supérieur, justifiant l'avènement de règles de droit international privé universelles.

²¹ Qu'elles soient unilatérales ou bilatérales, les règles de conflit de lois et celles de compétence judiciaire internationales ont toujours pour effet de limiter la compétence de la loi ou des tribunaux du for, voir *infra* n° 172 et 173.

²² R. AGO, cours précité, p. 297.

²³ Voir *infra* Première Partie, Titre 1.

²⁴ Sur la controverse entre universalisme et particularisme voir notamment M. GUTZWILER, « Le développement historique du droit international privé », *RCADI* 1929, IV, t. 29, p. 287, spéc. p. 348 et s. ; M. ANCEL, « La tendance universaliste dans la doctrine comparative au début du XX^e siècle », in *Festschrift für E. RABEL*, t. I, Tübingen, 1954, p. 17 ; M. SIMON-DEPITRE, « La méthode universaliste en droit international privé d'après LEVY-ULLMANN », in *L'œuvre juridique de LEVY-ULLMANN*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, t. XII, 1955, G. BOLARD, « Universalisme ou nationalisme : l'hésitation française », *Annuaire suisse de droit international* 1977, p. 83 ; G. VAN HECKE, « Universalisme et particularisme des règles de conflit au XX^e siècle », in *Mélanges en l'honneur de J. DABIN*, t. I, Sirey, 1963, p. 939 ; D. EVREGENIS, « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI* 1966, II, t. 118, p. 313, spéc. p. 383 et s. ; J.-A. CARILLO SALCEDO, « Le renouveau du particularisme en droit international privé », *RCADI* 1978, III, t. 160, p. 181 ; E. KERCKHOVE, *Particularisme et universalisme dans les conflits de lois*, thèse dactyl., Lille, 1988 ; J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1999 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, précité, n° 25 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2007, n° 98 et s. ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Domat-Montchrestien, 9^{ème} éd., 2007, n° 69 et s.

11. Pour SAVIGNY²⁵ et la doctrine universaliste allemande²⁶, ce principe est d'ordre logique et axiologique.

Selon l'auteur, les législations des Etats de civilisation latine et chrétienne, parce qu'elles procèdent toutes du droit romain et défendent par conséquent des valeurs communes, doivent aboutir à un droit international privé commun. Cette « communauté de droit entre les différents peuples » (*völkerrechtliche Gemeinschaft*) constitue une donnée essentielle qui devrait naturellement conduire les Etats à accepter d'appliquer des lois étrangères et à retenir des solutions communes, faisant « en sorte que la décision rendue soit toujours la même, quel que soit le pays où le jugement a été rendu »²⁷.

On remarque ainsi que l'existence de valeurs communes en Europe est, pour l'auteur, fondamentale. Non seulement c'est cette prétendue communauté de droit qui conduit naturellement les Etats à abandonner leurs solutions traditionnelles de droit international privé, mais en plus, c'est à partir de celle-ci qu'il convient de dégager les règles communes devant s'imposer. En effet, d'après SAVIGNY, c'est sur la base de ces données communes qu'« il faut montrer le lien qui rattache les rapports de droit à un lieu déterminé, assigner à chaque classe de droit un siège déterminé par sa nature »²⁸.

Bien qu'il se soit attaché à justifier son modèle universaliste sur des bases exclusivement juridiques et logiques en donnant une importance toute particulière au droit romain, SAVIGNY se situe finalement dans la droite ligne de l'école du droit naturel²⁹. En effet, le droit commun qu'il préconise repose presque intégralement sur la reconnaissance d'une culture européenne commune. Or, en considération de la diversité des systèmes, ce constat relève finalement davantage d'un parti pris axiologique que d'une observation neutre de la réalité sociale et juridique.

²⁵ *Traité de droit romain*, t. VIII, 1849, trad. GUENOUX, rééd. Panthéon-Assas, 2002.

²⁶ Voir notamment L. VON BAR, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 1989, trad. J. HATT, Paris, 1914.

²⁷ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, précité, n° 99.

²⁸ Ouvrage précité, § 348.

²⁹ Voir H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, précité, n° 74 et s. ; Ph. FRANCESKAKIS, « Droit naturel et Droit international privé », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, Dalloz et Sirey, t. I, 1960, p. 114 ; M. DELMAS-MARTY, ouvrage précité, p. 33 : « SAVIGNY en arrive ainsi à l'idée d'un grammaire juridique universelle, pas si éloignée de la conception de l'école du droit naturel qu'il avait pourtant dénoncée comme une chimère dont il fallait « délivrer la science du droit comme on l'a déjà fait de l'utopie » ».

12. Pour MANCINI³⁰ et l'école italienne de droit international du XIX^e siècle³¹, le principe supérieur justifiant l'avènement d'un système universel de règles de conflit de lois est d'ordre politique.

C'est en effet sa volonté d'affirmer l'existence d'une nation italienne unifiée et affranchie du joug autrichien qui a conduit cet ardent défenseur du principe politique des nationalités à imaginer un système de droit international privé devant s'imposer à l'ensemble des Etats³². Influencé par la théorie des climats de MONTESQUIEU³³, MANCINI considère, à l'instar de FICHTE³⁴ et plus tard de RENAN³⁵, les Etats comme des communautés d'intérêts, unis par une race, une langue, une religion ou encore une tradition historique qui leur sont propres. En conséquence, il en déduit que « chaque souveraineté, si elle ne veut pas manquer à ses devoirs et se rendre coupable d'une violation des lois internationales, ne peut pas légitimement refuser toute application des lois étrangères sur son territoire, et soumettre les personnes et les rapports juridiques qui, par leur propre nature, dépendent de ces lois, à l'action incompétente de la loi territoriale³⁶ ». Plus techniquement, cela signifie, pour MANCINI, que l'ensemble des Etats doivent, en vertu d'un principe supérieur fondé sur une conception politique particulière de la nationalité, reconnaître à la loi nationale des individus une compétence de principe. Celle-ci étant faite pour les sujets, elle doit les suivre où qu'ils se trouvent et ne cesser d'être compétente que dans des cas exceptionnels limitativement énumérés par l'auteur³⁷.

³⁰ Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, rééd Giappichelli, Turin, 2000.

³¹ Voir notamment FIORE, *Diritto internazionale privato*, 1975, 4^{ème} éd., 1904-1913 et DIENA, *Principi di diritto internazionale pubblico e privato*, 2^{ème} éd., 1914-1917, cités par H. BATIFFOL et P. LAGARDE, ouvrage précité, n° 25, note n° 25.

³² A ce titre on remarquera que nationalisme et universalisme, souvent considérés comme contradictoires, peuvent finalement s'avérer compatibles. De la même manière, il n'existe aucun lien irréductible entre territorialisme et particularisme, voir J.-P. NIBOYET, « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? », *Rev. crit. DIP* 1950, p. 509.

³³ *De l'esprit des lois*, in *Œuvres complètes*, t. II, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1951, p. 474 : « S'il est vrai que le caractère de l'esprit et les passions du cœur soient extrêmement différents dans les divers climats, les lois doivent être relatives à la différence de ces passions et à la différence de ces caractères ». Et plus généralement sur l'influence de la théorie des climats de MONTESQUIEU sur la doctrine de droit international de MANCINI voir M. DELMAS-MARTY, ouvrage précité, p. 34.

³⁴ *Discours à la nation allemande*, 1907, Ed. Imprimerie Nationale, 1992.

³⁵ Voir M. DELMAS-MARTY, ouvrage précité, p. 34.

³⁶ « De l'utilité de rendre obligatoires les règles générales du droit international privé », *JDI* 1874, p. 228.

³⁷ Pour MANCINI, la loi nationale perd sa compétence de principe dans trois hypothèses. Tout d'abord, lorsque son application s'avère incompatible avec les nécessités de la conservation de l'Etat. Il en va notamment ainsi lorsqu'une loi, dite « d'ordre public international ou absolu », se veut applicable alors qu'elle n'est pourtant pas la loi personnelle des individus concernés par la relation en cause. Ensuite, la loi nationale n'est plus applicable, toujours selon l'auteur, dans le domaine contractuel ; elle cède sa compétence à la loi d'autonomie. Enfin, en matière de formes des actes juridiques, MANCINI estime que la règle *locus regit actum* doit être maintenue pour des raisons pratiques.

Il en résulte ainsi un système de droit international privé idéal et doté d'une vocation universelle.

13. Enfin, pour PILLET³⁸ et la doctrine universaliste française de l'époque, le principe supérieur servant de justification à un modèle universel de droit international privé est d'ordre juridique.

Largement influencé par sa formation publiciste, il considère en effet que les « principes d'organisation communs à tous les Etats et fondamentaux en droit international public » doivent nécessairement engendrer un système universel de conflit de lois.

Le rôle qu'il reconnaît au droit international public dans l'élaboration des différents droits internationaux privés est d'ailleurs double.

Tout d'abord, envisageant le conflit de lois comme un conflit de souverainetés, il considère le droit international privé comme « un rameau issu du tronc du droit international public »³⁹. Dès lors, il estime que c'est à celui-ci que revient la mission de déterminer, à l'égard de tous les Etats, la loi compétente pour une catégorie donnée de rapports. D'après PILLET, le droit international public indique de « donner préférence à la loi de l'Etat qui a le plus grand intérêt à ce que le but poursuivi par la loi en question soit atteint »⁴⁰. C'est sur la base de ce principe directeur, dit « du moindre sacrifice », qu'il élaborera une série de rattachements à vocation universelle. Pour ce faire, il s'appliquera à discerner, pour chaque type de rapport, « ce qui est le plus essentiel, de la généralité ou de la permanence, en fonction du but social des règles »⁴¹.

Ensuite, retenant une conception moniste à primauté internationale de l'ordre juridique⁴², il admettra l'existence d'un principe supérieur de droit international public imposant aux différents Etats de « respecter au maximum les intérêts des autres »⁴³ et, par conséquent, d'adopter le système de droit international privé qu'il préconise.

14. En définitive, même si c'est sur la base de fondements différents et pour des raisons diverses, les principaux auteurs universalistes se sont tous attachés, à l'image de KANT en

³⁸ *Traité pratique de droit international privé*, Sirey, 1923.

³⁹ *Ibid.*, n° 8.

⁴⁰ *Ibid.*, n° 33.

⁴¹ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 71.

⁴² Sur laquelle voir J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Domat-Montchrestien, 7^{ème} éd., 2006, p. 183.

⁴³ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, précité, n° 101.

philosophie⁴⁴, à prôner un universalisme abstrait, absolu, idéal et transcendantal⁴⁵. Pourtant, aucune des doctrines décrites ne s'est finalement imposée en droit positif. En effet, à elle seule, la diversité des systèmes juridiques de droit international privé montre chaque jour qu'il n'existe aucun principe supérieur, consacré juridiquement, qui oblige les Etats à abandonner leurs solutions nationales. Il est vrai que les auteurs cités étaient généralement conscients que les modèles qu'ils proposaient ne correspondaient pas aux données du droit positif⁴⁶. Leur but premier n'était pas de décrire la réalité mais d'orienter la discipline du droit international privé dans une direction jugée idéale au regard de certains postulats de départ. Cependant, cet excès d'idéalisme et le manque de répercussion en droit positif a largement nuit à la doctrine universaliste. Elle a d'ailleurs suscité, à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle une vive réaction particulariste⁴⁷.

15. Cette étude consacrée à l'universalisation du droit ne peut, et ne veut, avoir pour objet de réhabiliter ces différentes doctrines universalistes ou de rechercher un nouveau fondement à un droit commun idéal s'imposant à l'ensemble des Etats. Une telle entreprise nous conduirait nécessairement à quitter le terrain du droit positif pour rejoindre celui de l'axiologie, de la politique ou du droit international public. Il ne s'agirait plus d'expliquer et de décrire la réalité du droit international privé, mais de plaider pour un modèle idéal aspirant à l'universalité en raison de la supériorité des solutions qu'il propose. Or, ni notre compétence, ni la matière dans laquelle s'inscrit cette recherche ne nous permettent de nous lancer dans ce genre de considérations.

⁴⁴ Le caractère abstrait de l'universalisme de KANT, en philosophie, et des auteurs cités, en droit international privé, tient au fait que l'universel est considéré comme un critère de l'*a priori* et nécessairement préalable à l'expérience. En cela, il s'oppose à l'universalisme concret de HEGEL pour qui l'universel doit impérativement être enrichi de tout ce qui a été effectivement accompli par la médiation de l'expérience.

⁴⁵ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, 1^{ère} éd., 2007, n° 33 : « un critère départiteur sera (...) recherché, parfois dans un ordre transcendant (droit naturel ; communauté idéologique ou historique ; droit international ; droit de l'homme) (...) ».

⁴⁶ Voir Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, ouvrage précité, n° 98 : « SAVIGNY et MANCINI, chefs de deux grandes écoles qui vont recruter des disciples jusqu'à la fin du XIX^e siècle, ne contestent pas la compétence des règles nationales de droit international privé, mais ils demandent aux interprètes de ces dispositions et aux législateurs nationaux de prendre désormais en considération des données universelles, et, par là même, d'orienter les systèmes nationaux de droit international privé vers un droit idéal universel ».

⁴⁷ Constatant la faiblesse du rôle joué par les sources internationales, ce courant doctrinal, principalement représenté par ANZILOTTI en Italie, KAHN en Allemagne et BARTIN en France, s'est efforcé de justifier le caractère national du droit international privé en montrant le lien nécessaire entre les solutions du droit interne de chaque ordre juridique et ses règles de conflit. C'est ainsi que pour BARTIN, « Les règles de conflit sont des règles nationales, dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne dont elles circoncrivent le domaine. Elles leur restent liées comme l'ombre au corps, parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan international », *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899, Préface p. 11.

16. Dès lors que l'on s'en tient à une perspective de droit positif, force est au contraire de constater qu'aucune solution ne s'impose en raison de sa supériorité intrinsèque ou d'une prétendue supériorité de l'ordre international sur les ordres juridiques internes⁴⁸. Les ordres juridiques nationaux demeurent généralement libres d'adopter les solutions matérielles et conflictuelles qui leur semblent les plus appropriées et qui leur paraissent servir au mieux leurs conceptions respectives de la justice et de l'utilité sociale. Il est même possible d'aller plus loin et de considérer qu'*a priori* les Etats n'ont aucune raison d'abandonner leurs solutions internes au profit de solutions communes. En effet, lorsqu'un Etat adopte une règle matérielle ou conflictuelle, c'est parce qu'il estime que celle-ci est la plus satisfaisante au regard des finalités du droit. Ainsi, à ses yeux, seule l'universalisation de celle-ci peut s'avérer souhaitable. Etant donné l'indépendance des ordres juridiques et le fait qu'ils ne considèrent pas tous de la même manière la justice matérielle et la justice conflictuelle, toute universalisation semble vouée à l'échec.

17. Pourtant, on constate que les Etats ne sont pas restés campés sur leurs positions. Pas plus que les doctrines universalistes, les doctrines particularistes ne permettent de rendre compte de la réalité du droit positif. On remarque en effet que depuis un certain temps, un rapprochement s'est opéré entre les différents ordres juridiques. Celui-ci se manifeste notamment par un essor considérable des sources internationales en matière de règles de conflit⁴⁹, par une unification croissante du droit matériel dans certains secteurs⁵⁰ ou par la

⁴⁸ Voir H. BATIFFOL et P. LAGARDE, ouvrage précité, n° 25 : « Les « universalistes » soutiennent au contraire que ces problèmes, concernant la société internationale, sont de nature internationale et doivent recevoir une solution internationale. Les solutions nationales existant en fait sont des pis-aller, au fond inacceptables, et qu'il faut éliminer. (...) L'opposition, à première vue irréductible, tient certainement à la difficulté de savoir comment il y a lieu de concevoir l'ordre international par rapport à l'ordre interne. Si on admet la notion d'un ordre international, qui semble bien postulée par l'existence de relations internationales, il paraît inévitable que cet ordre se subordonne les ordres internes : de même que l'ordre national n'a de sens que s'il se subordonne les groupements familiaux ou professionnels, constitués par ses membres, de même l'ordre international pour être digne de ce nom, ne doit-il pas lier à ses exigences les ordres nationaux ? Il en résulterait que les sources internes du droit international privé n'auraient de valeur que dans la mesure de leur conformité à l'ordre international.

Mais force est bien de constater que l'ordre interne s'est établi historiquement avant l'ordre international, lequel n'a encore ni autorité législative proprement dite, ni par suite sanctions directement organisées. Il est donc légitime que l'ordre interne développe spontanément et efficacement des règles sur les questions auxquelles l'ordre international n'est pas encore en mesure de formuler des solutions, et dont il pourrait d'ailleurs ensuite difficilement assurer l'observation ».

⁴⁹ Voir notamment Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILES-SOMMIERES, *Droit international privé*, précité, n° 33 et s.

⁵⁰ Voir par exemple les nombreuses conventions internationales en matière de droit maritime.

circulation de plus en plus aisée des décisions et donc des situations juridiques individuelles qui en résultent.

Ainsi, si l'on ne peut pas parler d'universalisme au sens d'un modèle commun ne souffrant aucune exception et s'imposant aux différents Etats, au moins est-il possible de percevoir un mouvement d'universalisation du droit. Cette universalisation peut être définie comme le processus par lequel une solution abstraite ou concrète – selon qu'elle est contenue dans une règle générale ou qu'elle résulte de l'application d'une règle à un rapport social donné – tend à se généraliser en étant adoptée par un nombre toujours plus important d'ordres juridiques⁵¹.

18. Comment expliquer un tel processus lorsque l'on sait qu'en principe aucune obligation ne pèse sur les Etats ? Comment se fait-il que les ordres juridiques nationaux acceptent spontanément d'abandonner certaines de leurs solutions afin d'en élaborer de nouvelles, communes à l'ensemble ou à une partie d'entre eux ?

19. Il nous semble difficile d'expliquer ce phénomène par la supériorité intrinsèque de certaines solutions qui, du fait de leur caractère idéal, devraient s'imposer aux ordres juridiques nationaux. La diversité des législations matérielles et des systèmes conflictuels n'est que très rarement le fruit du hasard. Elle est le plus souvent la traduction de conceptions différentes de la justice et de l'utilité sociale. Il y a ainsi peu de chances pour que la supériorité d'une solution s'impose à tous avec la force de l'évidence.

20. Il nous paraît en revanche possible d'expliquer ce rapprochement entre les ordres juridiques nationaux par le fait qu'une solution particulière, retenue unilatéralement par un Etat, subit nécessairement la concurrence des autres et perd, de ce fait, de sa pertinence globale dès lors que la relation s'inscrit dans l'ordre international ; c'est-à-dire lorsqu'elle est affectée d'un ou plusieurs éléments d'extranéité.

En effet, si dans l'ordre interne chaque ordre juridique se trouve normalement en mesure d'imposer la solution qu'il préconise, il n'en va généralement pas de même dans l'ordre

⁵¹ Même si les deux notions sont étroitement liées, l'universalisation du droit, ainsi considérée, ne se confond pas exactement avec l'harmonie internationale des solutions. D'une part, l'harmonie internationale des solutions est le plus souvent utilisée pour décrire une généralisation des seules solutions abstraites. D'autre part, cette expression permet uniquement de décrire un résultat qu'il convient d'atteindre mais n'indique rien quant aux moyens et aux procédés susceptibles d'entraîner à un tel résultat. Au contraire, derrière les termes « universalisation du droit » on perçoit à la fois le résultat recherché et la manière d'y parvenir.

international. La pluralité et la concurrence des ordres juridiques concernés par la relation en cause est telle que le for ne peut que rarement être assuré que la loi qu'il recommande d'appliquer sera finalement celle qui régira, dans les faits, le litige ou que la décision rendue par ses organes décisionnels sera respectée à l'étranger. Il s'ensuit alors deux séries de conséquences.

21. En premier lieu, l'indépendance et la concurrence des ordres juridiques nationaux nuisent aux intérêts des particuliers engagés dans des relations internationales car elles engendrent une imprévisibilité du droit applicable, et par conséquent une insécurité juridique, spécifique à l'ordre international.

C'est sans doute en droit international privé que le caractère fictif de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » est le plus apparent, de sorte que l'on a pu comparer cette branche du droit à un véritable « saut dans l'inconnu »⁵². La diversité des règles de conflit et des législations matérielles empêche en effet bien souvent les particuliers de prévoir avec un degré de certitude suffisant le droit applicable à leur relation.

22. S'il règne dans l'ordre international un climat d'insécurité particulier, c'est avant tout parce que les acteurs des relations internationales n'ont qu'une possibilité réduite de prévoir l'*identité* du droit matériel qui sera finalement reconnu compétent et donc la solution juridique adoptée pour régir le litige auquel ils sont parties.

La relation se rattachant, par hypothèse, à deux ordres juridiques au moins, plusieurs lois mais aussi plusieurs juridictions sont susceptibles de revendiquer leur compétence. Le risque est alors important que les attentes des parties quant à l'identité du droit applicable se trouvent déjouées. Il est en effet fort probable que les individus se voient appliquer une loi qu'ils ne croyaient pas compétente.

D'ailleurs, même dans l'hypothèse où les parties ont correctement pu déterminer l'identité du droit applicable à leur relation, une incertitude continue à peser en ce qui concerne son *contenu*. En effet, les individus engagés dans des relations internationales sont susceptibles de se voir appliquer un droit matériel qui leur est étranger et dont ils ne connaissent que vaguement la substance.

⁵² L. RAAPE, cité par P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 201.

On constate ainsi que c'est tant la diversité des systèmes de droit international privé que celle des législations substantielles qui font naître une imprévisibilité du droit applicable spécifique à l'ordre international⁵³.

Cette insécurité juridique inhérente au droit des relations internationales entre personnes privées est d'autant plus problématique qu'elle ne cesse pas lorsqu'un juge intervient pour fixer l'identité et le contenu du droit applicable. En effet, le jugement n'a en principe d'autorité que dans l'ordre juridique national auquel il appartient. Il peut ainsi se trouver contredit au sein des ordres juridiques concurrents. Peuvent alors apparaître des situations boiteuses susceptibles, une nouvelle fois, de contredire les attentes des parties, légitimement fondées sur les décisions qui leur sont personnellement adressées.

23. Ces différents cas d'insécurité juridique, causés par le particularisme et l'indépendance des ordres juridiques nationaux, sont très préjudiciables pour les particuliers engagés dans des relations internationales. Ceux-ci se trouvent en effet bien souvent dans l'incapacité de prévoir l'identité et le contenu exact du droit applicable et ne peuvent, de ce fait, adapter leurs comportements en conséquence⁵⁴.

24. Il en résulte une remise en cause de la pertinence des solutions retenues unilatéralement par chaque ordre juridique national. En effet, considérée en tant que telle, chaque règle de conflit, chaque règle matérielle, chaque décision apparaît aux yeux de l'ordre juridique duquel elle émane comme la meilleure, c'est-à-dire comme la mieux à même de promouvoir sa conception de la justice et de l'utilité sociale. Dans le cas contraire, il serait difficile de comprendre les raisons de son adoption ou de son élaboration et surtout de son maintien. Cependant, dès lors qu'on la replace dans un contexte particulariste et de concurrence générale des ordres juridiques nationaux, sa pertinence globale est moins

⁵³ Voir *infra* n° 49 à 57.

⁵⁴ Au regard du dommage que cette imprévisibilité du droit applicable est susceptible d'entraîner, un auteur a d'ailleurs mis en évidence l'existence d'un véritable « risque juridique » spécifique aux relations internationales entre personnes privées : voir S. CHAILLE DE NERE, *Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé*, PUAM, 2003, n° 14 : « Si les contrats internationaux ne se distinguent pas des contrats internes par des besoins spécifiques découlant d'un environnement politique et économique plus instable et plus concurrentiel, il existe bien, malgré tout, un élément caractéristique essentiel qui donne aux contrats de l'ordre international une véritable spécificité. Cet élément, fondé sur le rattachement du contrat à plusieurs ordres juridiques, consiste dans l'exposition des contrats à un risque que ne connaissent pas les contrats de l'ordre interne. Nous appelons ce risque le « risque juridique » car il peut être défini comme l'éventualité d'un dommage causé aux parties ou à l'une d'entre elles par la soumission du contrat à une règle de droit qu'elles ne croyaient pas applicable ». Bien qu'attaché par l'auteur à la matière contractuelle, ce risque juridique est susceptible d'exister dès que la relation affecte plusieurs ordres juridiques.

évidente en raison de cette imprévisibilité, causée par son isolement sur la scène internationale, qui la caractérise. En effet, comme le note le doyen BATIFFOL, « il est facile de percevoir qu'il (le besoin de prévisibilité) est un facteur du juste »⁵⁵.

Autrement dit, il est *a priori* tout à fait légitime que chaque ordre juridique tente, en adoptant unilatéralement des solutions qui lui sont propres, de promouvoir sur la scène internationale sa conception de la justice et de l'utilité sociale. Cependant, en ne se souciant pas de la coordination des solutions qu'il propose avec celles retenues par les ordres juridiques concurrents, il ne permet pas une pleine satisfaction des intérêts particuliers. Il participe, au contraire, à une violation de « ce droit fondamental qu'est le droit à la certitude du droit »⁵⁶.

25. En résumé, la prévisibilité d'une solution constitue indéniablement l'un des éléments permettant de juger de sa pertinence d'un point de vue global. Or, dans l'ordre international, la réalisation de cet objectif n'est pas possible si la solution unilatéralement retenue demeure isolée. Ainsi, s'ils veulent satisfaire convenablement les intérêts particuliers qu'ils ont en charge, les Etats doivent tenir compte du contexte juridique international qui les entoure et ne peuvent complètement faire abstraction des solutions étrangères susceptibles de concurrencer les leurs.

26. En second lieu, la concurrence et l'indépendance des ordres juridiques nationaux les empêchent de promouvoir efficacement leur conception de l'intérêt général.

En effet, c'est en élaborant des règles générales qui traduisent leur conception de la justice des relations interindividuelles et en rendant, sur la base de celles-ci, des décisions particulières que les Etats protègent l'idée qu'ils se font de l'intérêt général. Cependant, dès lors que l'on se trouve dans l'ordre international, cette protection s'avère moins efficace.

D'une part, du fait de l'indépendance et de l'autonomie des ordres juridiques, aucun d'entre eux ne peut assurer l'effectivité totale de son point de vue relativement à un litige à caractère international. Celui-ci risque en effet de se voir contredit par un ordre juridique concurrent qui, dans les faits, sera en mesure d'imposer le sien.

D'autre part, l'autorité des lois et décisions est, dans l'ordre international, d'autant plus fragile que les particuliers utilisent parfois la diversité juridique à des fins égoïstes. Il est en

⁵⁵ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1^{ère} éd., 1979, p. 131.

⁵⁶ W. WENGLER, *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable* », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 657, spéc. p. 668.

effet toujours tentant de mettre à profit la mésintelligence entre les différents ordres juridiques pour chercher à obtenir à l'étranger ce qui ne peut être obtenu chez soi⁵⁷.

27. Ainsi, assez paradoxalement, alors que le particularisme trouve sa source dans la volonté naturelle de chaque ordre juridique d'imposer et de promouvoir sa conception de l'intérêt général, il empêche finalement, pour chacun d'eux, une protection efficace et systématique de celle-ci.

28. En définitive, prises isolément les solutions retenues pour régir les relations internationales entre personnes privées apparaissent naturellement, aux yeux de l'Etat duquel elles émanent, comme les plus satisfaisantes. Cependant, dès lors qu'elles subissent la concurrence de solutions étrangères différentes, leur aptitude à satisfaire les divers intérêts en jeu est, y compris du point de vue de l'ordre juridique national qui les promeut, moins évidente. Du fait de leur particularisme, elles génèrent une insécurité juridique propre à l'ordre international et ne sont pourvues que d'une autorité très relative. Ainsi, au plan international, ce sont tant les intérêts particuliers que l'intérêt général qui souffrent de la diversité juridique.

29. A nos yeux, c'est dans cette contradiction que réside l'élément-clé qui permet de comprendre les raisons qui poussent les ordres juridiques nationaux, et plus particulièrement l'ordre juridique français, à sortir de leur isolement en acceptant d'abandonner les solutions qu'ils retiennent unilatéralement pour des solutions communes à l'ensemble des Etats, ou du moins à une partie d'entre eux. En effet, l'universalisation, parce qu'elle permet d'améliorer la prévisibilité du droit et de rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international, est susceptible d'aboutir à des solutions globalement plus satisfaisantes pour les ordres juridiques nationaux malgré les concessions qu'elles exigent d'eux. En d'autres termes, c'est parce qu'il « remplit une fonction pratique avant d'avoir tout autre caractère »⁵⁸ que ce processus présente un certain attrait pour les différents Etats.

⁵⁷ Voir *infra* n° 117 et s.

⁵⁸ *Le petit Robert*, Le Robert, V° *Fonctionnel*.

30. C'est tout l'objet de cette étude que de mettre en évidence ces aspects fonctionnels du processus d'universalisation du droit et d'analyser, au regard de ceux-ci, le droit positif des relations internationales entre personnes privées.

L'approche choisie est ainsi clairement distincte de celle qu'adoptèrent les auteurs universalistes de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle. Il ne s'agit pas en effet de justifier l'universalisation du droit par l'existence de solutions considérées comme supérieures, de l'envisager comme un devoir être idéal⁵⁹, mais, plus pragmatiquement, de considérer que ce processus, déjà observable, peut, dans une certaine mesure, permettre d'améliorer la qualité globale de la réglementation des relations internationales entre personnes privées.

Ce changement de perspective par rapport à la doctrine classique implique un certain nombre de conséquences.

31. D'une part, n'étant pas perçue comme la conséquence logique de la supériorité de l'ordre international sur les ordres internes⁶⁰ ou de l'existence d'un siège naturel pour chaque rapport de droit, l'universalisation du droit doit être entendue de manière plus large que dans la doctrine classique. Etant donné l'angle d'analyse choisi, nous manquerions certainement notre but si nous faisons des règles de conflit de lois l'objet exclusif de nos recherches. Dès lors que l'on décide d'aborder le phénomène de l'universalisation du droit à travers le prisme de ses aspects fonctionnels, on ne peut que reconnaître à ce vaste processus un caractère protéiforme, chacune de ses manifestations ayant une utilité propre au regard des objectifs de prévisibilité et de rétablissement de l'autorité des lois dans l'ordre international. Il convient ainsi de considérer que l'universalisation peut exister à différents niveaux.

Tout d'abord, plusieurs types de règles générales sont susceptibles d'être touchés par le processus d'universalisation du droit. De ce fait, ce sont tant les règles de conflit de lois que les règles internationales de compétence judiciaire ou les règles matérielles⁶¹ qui constitueront notre objet étude. Ce large domaine d'investigation nous conduira ainsi au cœur des mutations

⁵⁹ Ce qui ne signifie pas pour autant que ces auteurs n'aient pas perçu l'intérêt pratique de l'universalisation du droit, voir à ce propos P. MAYER et V. HEUZE, ouvrage précité, n° 69. Néanmoins, les aspects pratiques de l'universalisation étaient considérés comme une conséquence souhaitable d'un universalisme abstrait fondé sur un principe supérieur et transcendant. En aucun cas ils ne constituaient la justification principale du modèle idéal proposé.

⁶⁰ La soumission des ordres internes au droit international public ne s'entend en effet que pour les règles qui ont directement pour fonction de régler les rapports internationaux, c'est-à-dire les règles de conflit de lois et de juridictions.

⁶¹ Voir déjà G.-M. ELKORDY, *Les règles matérielles en droit international privé. Etude du particularisme et de l'universalisme d'une nouvelle méthode*, thèse dactyl., Toulouse, 1993.

récentes qui affectent le droit international privé et nous obligent à repenser la matière. L'impact de la construction européenne sur les conflits de lois et de juridictions sera, à cet égard, un objet d'analyse privilégié.

Ensuite, le processus d'universalisation ne concerne pas uniquement les règles générales. Il a également pour objet le prolongement de celles-ci, c'est-à-dire les situations juridiques individuelles. Une telle manifestation du processus d'universalisation du droit existe lorsqu'une situation juridique individuelle résultant d'une décision, ou même de l'application extrajudiciaire de règles générales, d'un ordre juridique donné est admise à produire ses effets dans l'ensemble des autres ou tout au moins au sein de ceux qu'elle est susceptible d'affecter. Ce nouvel élargissement de notre champ d'investigation, par rapport à ce qui était le domaine de réflexion des universalistes classiques, est nécessaire selon nous pour appréhender l'ensemble de la question des aspects fonctionnels de l'universalisation du droit. Il nous conduira ainsi à étudier, dans la perspective qui est la nôtre, des questions telles que celles relatives à la circulation des décisions ou à l'extension actuelle du champ d'application de la méthode de la reconnaissance unilatérale⁶².

32. D'autre part, à partir du moment où l'on ne considère pas l'universalisation comme un idéal à atteindre en raison de la supériorité intrinsèque de certaines solutions, ce processus est susceptible d'exister, en droit positif, sans pour autant revêtir un caractère absolu. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous avons préféré employer l'expression « universalisation du droit » ou même « processus d'universalisation du droit » plutôt que celle d'universalisme, traditionnellement utilisée par la doctrine classique de droit international privé. L'abandon de ce terme est d'ailleurs d'autant plus indiqué que le suffixe correspond mal à l'approche que nous avons choisie. Il ne s'agit en effet pas de s'ériger en défenseur de l'universalisation du droit et de tenter d'orienter à tout prix l'évolution du droit positif en proposant un modèle idéal, mais simplement d'essayer de comprendre et d'analyser les raisons qui poussent les ordres juridiques nationaux, et plus particulièrement l'ordre juridique français, à coordonner leurs solutions avec celles des autres.

Rappelons en effet que nous partons du principe que l'universalisation n'a pas de valeur en elle-même. Elle ne devient attractive que parce qu'elle permet d'atteindre certains

⁶² Voir S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *Rev. crit DIP* 2007, p. 307.

objectifs. Autrement dit, les vertus que l'on reconnaît à ce processus ne tiennent pas à la teneur des solutions rendues universelles, mais aux avantages procurés par leur généralisation.

33. Une telle conception du processus d'universalisation du droit serait surtout incompatible avec l'approche fonctionnelle que nous avons choisi d'adopter. A partir du moment où elle est conçue comme ne pouvant être qu'absolue, l'universalisation perd nécessairement sa dimension fonctionnelle. Ainsi considérée, elle supposerait en effet que les ordres juridiques nationaux mettent de côté l'ensemble de leurs solutions et abandonnent, du même coup, les exigences de justice et d'utilité sociale qu'elles traduisaient. Or, il y a là un danger qui explique peut-être l'insuccès des doctrines universalistes des XIX^e et XX^e siècles. En effet, loin d'être perçu comme un processus pourvu d'une utilité fonctionnelle au service d'une meilleure coordination, l'universalisation du droit serait au contraire ressentie par les différents ordres juridiques comme un obstacle à la promotion de leurs conceptions fondamentales.

Aussi, les aspects fonctionnels de l'universalisation n'apparaissent-ils que lorsque les sacrifices qu'elle suppose sont compensés par ses avantages en termes d'amélioration de la prévisibilité et de rétablissement de l'autorité des lois dans l'ordre international. Autrement dit, au regard d'un ordre juridique particulier, il faut que les solutions communes paraissent finalement plus avantageuses que les siennes propres malgré les concessions exigées.

34. Toute la difficulté réside donc dans la détermination des hypothèses où un tel équilibre est susceptible d'être atteint. En observant et en analysant le droit positif, on se rend compte que ce domaine, propice à l'universalisation d'un point de vue fonctionnel, dépend principalement de trois facteurs.

Le premier est d'ordre géographique. Il est en effet évident que les compromis nécessaires à l'universalisation du droit varient en fonction du nombre et de l'identité des pays concernés.

Dès lors que l'universalisation sera réalisée au sein d'un groupe d'Etats liés par une conception semblable de l'intérêt général, ou plus exactement de la justice, conflictuelle ou matérielle, des relations entre personnes privées, les sacrifices qu'elle exigera de la part des différents ordres juridiques s'avèreront moins contraignants. Il s'ensuit qu'au sein de cette communauté de droit le processus d'universalisation du droit apparaîtra plus facilement comme globalement satisfaisant d'un point de vue fonctionnel.

Au contraire, dès lors qu'elle est censée concerner un ensemble de pays au sein duquel il existe une grande hétérogénéité législative, et en amont des conceptions très différentes de la justice et de l'utilité sociale, l'universalisation semble plus difficilement réalisable. Dans une telle configuration, il y a en effet peu de chances que les ordres juridiques nationaux considèrent que les avantages procurés en termes d'amélioration de la prévisibilité du droit et de rétablissement de l'autorité des lois puissent compenser les sacrifices nécessaires à l'élaboration de solutions communes.

C'est la raison pour laquelle l'universalisation prend fréquemment la forme d'une régionalisation du droit⁶³. Concernant la France, c'est d'ailleurs particulièrement vrai du fait des progrès de la construction politique et juridique de l'Europe communautaire. On assiste aujourd'hui à une véritable communautarisation du droit qui rend d'ailleurs souvent difficiles les progrès de l'universalisation du droit au niveau mondial⁶⁴.

35. Le deuxième paramètre tient à la forme que le processus d'universalisation du droit est susceptible de revêtir.

Dans la perspective qui est la nôtre, l'universalisation du droit ne doit pas être considérée comme un phénomène ne concernant que les règles de conflits de lois⁶⁵. Ce processus peut non seulement toucher l'ensemble des règles générales intervenant dans la réglementation des relations internationales entre personnes privées (règles de compétence judiciaire, règles de conflit de lois, règles matérielles), mais il est également susceptible d'atteindre les situations juridiques individuelles. Or, chacune des figures de l'universalisation du droit ne présente pas les mêmes caractères fonctionnels et ne suppose pas, de la part des ordres juridiques, les mêmes compromis.

Par exemple, s'il est certain que l'unification du droit matériel permet de résoudre l'ensemble des cas d'imprévisibilité spécifiques à l'ordre international, elle implique en revanche de très importantes concessions de la part des Etats, de sorte que la fonctionnalité globale de cette forme d'universalisation du droit demeure finalement assez limitée⁶⁶.

Au contraire, l'utilité de l'unification des règles de conflit de lois est très grande car non seulement elle permet d'améliorer considérablement la prévisibilité du droit applicable, mais

⁶³ Voir A. BONOMI, « Le droit international privé entre régionalisme et universalisme – quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les Etats tiers », *Revue suisse de droit international et européen* 2006, p. 295.

⁶⁴ Voir *infra* n° 487 et s.

⁶⁵ Voir *supra* n° 31.

⁶⁶ Voir *infra* n° 302 et s.

en plus elle exige des sacrifices moindres de la part des ordres juridiques⁶⁷. En effet, s'il est certain que ces règles ne sont pas neutres et désincarnées⁶⁸, il faut admettre qu'elles sont moins en prises avec les conceptions fondamentales de l'ordre juridique duquel elles émanent.

C'est ce qui explique que l'universalisation est plus ou moins aboutie selon la forme qu'elle revêt. Alors que les règles de conflit de lois représentent le support privilégié du processus d'universalisation du droit, les autres règles générales et les situations juridiques individuelles ne forment que son support secondaire ou accessoire.

36. Dans une perspective fonctionnelle, le troisième facteur déterminant le domaine de l'universalisation du droit est d'ordre matériel. Deux raisons font en effet que les aspects fonctionnels de l'universalisation du droit diffèrent selon la matière considérée.

D'une part, le besoin d'améliorer la prévisibilité et celui de rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international – objectifs que le processus d'universalisation se propose de réaliser – sont plus ou moins prégnants selon la branche du droit dont il est question. C'est par exemple en matière contractuelle que le besoin de prévisibilité est le plus vivement ressenti par les particuliers engagés dans des relations internationales car le contrat est avant tout un acte de prévision⁶⁹.

D'autre part, les divergences entre les différentes conceptions fondamentales sont plus ou moins marquées selon la matière. Il s'ensuit que la recherche de solutions communes ne requerra pas toujours les mêmes sacrifices de la part des différents Etats. Il est par exemple classique de souligner que certains principes de droit des contrats comme la nécessité d'un consentement libre et éclairé ou l'exigence de bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat sont généralement partagés par l'ensemble des ordres juridiques nationaux. En revanche, on constate qu'il existe, en droit de la famille, des conceptions fondamentales très éloignées et souvent incompatibles.

Ainsi, l'ampleur de l'universalisation du droit varie également en fonction du domaine du droit privé où l'on se situe.

37. En définitive, la synthèse de ces différents éléments fournit une grille d'analyse à partir de laquelle il est possible de mieux comprendre les enjeux et les implications de

⁶⁷ Voir *infra* n° 254 et s.

⁶⁸ Voir notamment Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Trav. com. fr. dr. inter. privé*, 1980-1981, p. 43.

⁶⁹ H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en l'honneur de F. TERRE*, Dalloz, PUF, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 267.

l'universalisation du droit. C'est ce qui fait tout l'intérêt d'appréhender le processus d'universalisation du droit dans sa dimension fonctionnelle. Une telle approche permet en effet de rendre compte et d'expliquer l'état actuel du droit des relations internationales entre personnes privées.

L'étude des aspects fonctionnels de l'universalisation présente également un caractère prospectif dans la mesure où des orientations nouvelles pourront être proposées afin d'améliorer la qualité globale de la réglementation des relations internationales entre personnes privées, notamment au regard des objectifs de prévisibilité et de renforcement de l'autorité des lois.

Mais surtout, elle permet de comprendre un certain nombre de mutations actuelles du droit international privé comme, notamment, sa communautarisation et le renouvellement de ses méthodes⁷⁰. On s'aperçoit, en effet, que c'est bien souvent cette attention toute particulière que portent les ordres juridiques nationaux aux aspects fonctionnels du processus d'universalisation du droit qui dicte ces évolutions.

38. Finalement, c'est en recherchant ce que les ordres juridiques nationaux, et tout particulièrement l'ordre juridique français, ont à perdre et à gagner dans l'entreprise d'universalisation du droit que l'on peut comprendre les procédés techniques qu'ils mettent en œuvre afin de progresser dans cette voie. Il est donc indispensable de mesurer les enjeux du processus d'universalisation du droit – et ce faisant de s'assurer de la réalité de ses aspects fonctionnels – pour pouvoir porter un regard critique sur la manière dont il se manifeste.

39. Autrement dit, c'est à la lumière des enjeux de l'universalisation du droit (Première Partie) qu'il convient d'analyser les méthodes par lesquelles les Etats, et notamment la France, y participent (Seconde Partie).

Première Partie : Les enjeux du processus d'universalisation du droit

Seconde Partie : Les méthodes du processus d'universalisation du droit

⁷⁰ Parmi lesquelles voir notamment l'extension du champ d'application de la méthode de la reconnaissance individuelle ou l'apparition de procédés unilatéraux servant à assurer l'exportation à l'étranger des situations juridiques individuelles constituées dans l'ordre du for, voir *infra* n° 529 et s. et 588 et s.

PREMIERE PARTIE : LES ENJEUX DU PROCESSUS D'UNIVERSALISATION DU DROIT

40. Dans une approche fonctionnelle, le processus d'universalisation du droit ne présente d'intérêt que s'il rend possible la réalisation de certains objectifs préalablement fixés. L'appréciation qualitative de cette opération ne dépend donc nullement de ses caractères ou vertus intrinsèques mais seulement de sa propension à atteindre un ou plusieurs résultats prédéterminés.

Il est donc logique de d'identifier, avant tout, les fonctions que le processus d'universalisation est censé remplir. L'utilité fonctionnelle de ce processus pourrait apparaître évidente pour certains. En réalité, il n'y a là qu'un pressentiment qu'il convient de vérifier par un raisonnement déductif.

41. Ce raisonnement de structure scientifique, hypothèse-vérification, que nous nous proposons d'adopter débute donc inévitablement par une intuition fondée sur l'observation de la réalité. En portant un regard, même furtif, sur le système national de réglementation des relations internationales entre personnes privées, on s'aperçoit vite que celui-ci pâtit de son isolement sur la scène internationale et de son particularisme par rapport à ceux promus par les autres ordres juridiques. En effet, la diversité des règles générales nuit à la réalisation de finalités particulières du droit comme, notamment, l'effectivité et la prévisibilité qui elles-mêmes participent aux finalités plus générales que sont la justice et l'utilité sociale⁷¹.

42. L'intuition selon laquelle le processus d'universalisation du droit constitue un procédé apte à rectifier ces travers de la réglementation des relations internationales entre personnes privées naît donc naturellement d'une analyse *a contrario* de ces constatations.

⁷¹ Voir M. VILLEY, « Préface historique, l'utile et le juste », *Arch. Philo. Droit* 1981, p. 2 ; J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 1.

Malgré l'apparente évidence de cette supposition, il n'en demeure pas moins que ce postulat n'est pour l'instant qu'une intuition qu'il convient de vérifier. Cette vérification ne peut résider dans une simple description du droit positif. Ce n'est en effet pas parce que le processus d'universalisation est en marche qu'il permet pour autant de pallier les inconvénients provoqués par le particularisme.

43. Ainsi pour mesurer les véritables enjeux du processus d'universalisation, il convient dans un premier temps de mettre en évidence les impasses auxquelles conduit le particularisme (Titre 1) avant d'entrevoir les perspectives offertes par ce procédé de coordination des ordres juridiques (Titre 2).

TITRE 1 : LES IMPASSES GENEREES PAR LE PARTICULARISME

44. La doctrine particulariste est née à la fin du XIX^e siècle en réaction contre la conception universaliste qui dominait jusqu'alors. Les auteurs justifiaient la faiblesse des sources internationales par le lien ténu existant entre les règles de conflit et le droit matériel. C'est ainsi que BARTIN écrivait : « les règles de conflit sont des règles nationales, dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne dont elles circonscrivent le domaine. Elles leur restent liées comme l'ombre au corps, parce qu'elles ne sont pas autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international »⁷².

Ainsi, le particularisme des droits substantiels appellerait nécessairement un particularisme des systèmes de droit international privé. Il est en effet certain que chaque Etat a en charge une certaine conception de la justice des rapports privés qu'il se doit de sauvegarder nonobstant l'intervention d'un élément d'extranéité. Pourtant, à l'usage, un tel particularisme, tant des droits matériels que des règles de conflit, s'est avéré imparfait à plusieurs égards. D'une part les attitudes divergentes des différents ordres juridiques ont généré, au détriment des sujets du droit international, une insécurité juridique sans commune mesure dans l'ordre interne. D'autre part, la justification initiale du particularisme s'est trouvée par la suite démentie. En effet, le manque de coordination entre les ordres juridiques les empêche, en réalité, d'imposer leur conception de la justice des rapports privés.

45. Face à ce double constat les Etats n'ont eu de cesse, toujours dans une optique particulariste, d'imaginer des mécanismes destinés à pallier ces inconvénients. Pourtant, les résultats obtenus n'ont pas été à la hauteur des efforts consentis.

On peut ainsi en conclure que le particularisme, parce qu'il contrevient aux intérêts particuliers (Chapitre 1) comme à l'intérêt général (Chapitre 2), conduit nécessairement à une impasse.

⁷² Voir note n° 47.

CHAPITRE 1 : LA TRANSGRESSION DES INTERETS PARTICULIERS

46. Du point de vue de l'intérêt des individus, plusieurs maux ont été imputés au particularisme. Il a notamment été avancé que la diversité des règles substantielles et/ou des règles de conflit faisait croître le coût des transactions internationales⁷³. L'incertitude entourant l'identité de la loi applicable engendrerait, en effet, un surcoût pour les particuliers, contraints de se doter d'un conseil juridique supplémentaire. Ce surcoût serait d'ailleurs d'autant plus grave qu'il fausserait la concurrence en favorisant les acteurs résidant dans le pays dont le droit est appliqué⁷⁴.

Cependant cet argument économique nous paraît plus que douteux.

D'abord, il ne montre les tares du particularisme que pour un secteur limité : celui du droit des contrats. D'ailleurs, même dans ce domaine, l'incidence de ce surcoût est loin d'être évidente. Des études ont montré qu'en matière de droit de la consommation, par exemple, le premier facteur mettant un frein à la conclusion d'un contrat n'est pas l'existence d'un élément d'extranéité mais le prix du produit⁷⁵.

Ensuite, la mise en œuvre du processus d'universalisation engendre, elle aussi, des coûts en partie imputables aux sujets qui sont censés en profiter. Le bilan coûts-avantages de l'unification n'est donc pas nécessairement positif⁷⁶.

Enfin, ce surcoût, s'il existe, est généré par l'imprévisibilité du droit applicable. Il nous semble donc que c'est, avant tout, contre cette insécurité qu'il convient de lutter et non contre ses effets secondaires.

47. Pour éviter de tomber dans « l'apologétique de l'unité »⁷⁷ et préserver notre approche fonctionnelle, mieux vaut ainsi considérer que, du point de vue des individus, le processus d'universalisation trouve son unique justification dans la spécificité juridique des relations

⁷³ Voir notamment en ce sens, O. LANDO, « Principes de droit européen des contrats. Une première approche vers un code civil européen ? », *RDAL* 1997, p. 189, spéc. p. 190.

⁷⁴ Voir C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, chron. p. 79, spéc. p. 81.

⁷⁵ Voir E. DESCHEEMAER, « Un droit européen des contrats ? », *McGill Law Journal* 2002, p. 791, spéc. p. 823.

⁷⁶ Voir V. HEUZE, « A propos d'une « initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002, I, 152, spéc. n° 4 et 5.

⁷⁷ E. DESCHEEMAER, article précité, p. 825.

internationales. Cette spécificité qui réside dans la pluralité des ordres juridiques ayant vocation à régir la situation en cause génère une insécurité contre laquelle il convient de lutter (Section 1).

Cependant, le simple constat de cette infirmité de la réglementation particulariste des rapports internationaux entre personnes privées ne rend pas en soi le particularisme blâmable. Cette situation ne conduira réellement à une impasse que si chaque ordre juridique se trouve dans l'impossibilité d'obvier à cette insécurité juridique au moyen de mécanismes mis en œuvre de manière unilatérale (Section 2).

Section 1. L'insécurité juridique inhérente aux relations internationales

48. L'insécurité juridique inhérente aux relations internationales se concrétise par une imprévisibilité du droit. Celle-ci est provoquée par la pluralité et l'indépendance des ordres juridiques ayant vocation à régir chaque situation (§1). Or, la satisfaction de l'exigence de prévisibilité du droit applicable est primordiale pour les individus impliqués dans des rapports internationaux (§2), si bien que l'on ne peut se satisfaire de ce statu quo.

§1- Une imprévisibilité provoquée par le particularisme

49. CORNU définit la sécurité juridique comme « toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins à réduire l'incertitude dans la réalisation du droit »⁷⁸. Un tel principe est donc très général et connaît de multiples concrétisations⁷⁹. Il implique notamment « la protection contre la rétroactivité ; la consolidation des situations individuelles ; le respect des engagements ; la

⁷⁸ G. CORNU et Ph. MALINVAUD, *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadriges, 8^{ème} éd, 2007.

⁷⁹ Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, Domat-Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, n° 135 et s.

promesse d'une relative stabilité de l'environnement juridique ; la clarté et la cohérence de la règle de droit... »⁸⁰.

Ces différentes facettes sont regroupées sous un même principe car elles correspondent à une exigence commune : la concordance entre la perception par les individus du droit positif et sa réalisation effective.

A contrario, la sécurité juridique est compromise lorsque les représentations individuelles du droit objectif sont erronées. Cependant toute erreur dans la perception du droit objectif n'est pas constitutive d'un cas d'insécurité juridique. La confusion doit être provoquée par une défectuosité des règles qui régissent la situation en question⁸¹. On ne saurait parler d'insécurité juridique si la méprise est imputable aux individus eux-mêmes. C'est là toute la difficulté car il est bien souvent malaisé de déterminer si le sentiment de surprise suscité, chez les individus, par la réalisation effective du droit positif est le fait d'un manque de diligence de leur part ou d'une imperfection de la réglementation⁸².

50. Pour faire le départ entre ces deux situations, il n'est d'autres alternatives que d'utiliser un standard juridique. En effet, l'appréciation de la légitimité de l'erreur des individus dans la perception du droit positif ne peut être réalisée que de manière abstraite. L'erreur doit être excusable au regard de l'acuité de la défectuosité de la réglementation et de la diligence que l'on peut attendre du « bon père de famille ».

51. De telles situations d'insécurité existent, bien entendu, au niveau interne. Elles sont d'ailleurs très souvent dénoncées par la doctrine. C'est ainsi que de nombreuses voix se sont

⁸⁰ B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges P. GELARD*, Montchrestien, 1999, p. 30. Voir également sur la notion de sécurité juridique B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 151 ; M. FROMOND, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, p. 151 ; F. TULKENS, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *RIEJ* 1990, p. 25 ; M. KDHIR, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *RA* 1993, p. 538 ; G. PELISSIER, « Développements récents de l'impératif de sécurité juridique », *LPA* 20 fév. 1998, p. 6 ; F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 46 ; G. COLLET, « La sécurité juridique devant le Conseil constitutionnel », *Rev. jur. Ouest* 2002, p. 93 ; A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, chron. p. 2814 ; J.-M. SOULAS DE RUSSEL et PH. RAIMBAULT, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RID comp.* 2003, p. 85.

⁸¹ Comme par exemple un manque de clarté, une imprévisibilité ou encore un changement brutal de la réglementation.

⁸² A ce titre, on peut noter que l'imperfection qui fait naître le sentiment de surprise chez les individus affecte la teneur des règles (obscurité, complexité...) ou leur insertion dans le droit positif préexistant (changement brutal de législation, rétroactivité, profusion législative...).

élevées, par exemple, contre le caractère rétroactif des règles d'origine jurisprudentielle⁸³, l'inflation législative⁸⁴ ou encore le problème de l'articulation des normes de niveaux hiérarchiques différents⁸⁵.

De toute évidence, ces cas d'insécurité se retrouvent dans les relations internationales entre personnes privées. Le particularisme n'en est cependant pas la cause puisqu'ils ne sont pas directement provoqués par la pluralité des ordres juridiques. Les mécanismes de réajustement connu en droit interne sont suffisants⁸⁶.

52. En revanche, il existe des hypothèses d'insécurité propres aux rapports internationaux entre personnes privées. En effet, l'interférence d'un ou plusieurs éléments d'extranéité donne à différents ordres juridiques vocation à régir la relation considérée. Cette spécificité juridique des relations internationales⁸⁷ entraîne de nombreux aléas dans la perception du droit applicable⁸⁸. Il existe ainsi une imprévisibilité du droit applicable qui nuit aux particuliers, qui ne peuvent s'acquitter en toute légalité de « leurs obligations juridiques de comportement »⁸⁹. Ces erreurs, engendrées par la pluralité des législations ayant vocation à régir le rapport de droit, se situent à deux points de vue⁹⁰.

53. En premier lieu, les intéressés peuvent se méprendre sur l'identité du droit applicable.

⁸³ Sur la question voir notamment P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, chron. p. 247 ; J. BEGUIN, G. CANIVET et N. MOLFESSION, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir », *JCP E* 2004, 2041 à propos de Cass. civ. 2^{ème} 8 juill. 2004, *D.* 2004, jurisp. p. 2956 ; CE Ass. 11 mai 2004, *Association AC !*, *Dr. adm.* juill. 2004, n° 115 ; C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, chron. p. 988 ; Ch. MOULY, « le revirement pour l'avenir », *JCP* 1994, I, 3776, p. 325.

⁸⁴ Sur laquelle voir notamment R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chron. p. 43 ; M. GAST-MEYER, « La simplification du droit », *RRJ* 2005, p. 1183 ; P. MBONGOT, « De « l'inflation législative » comme discours doctrinal », *D.* 2005, p. 1300 ; J.-Cl. ZARKA, « A propos de l'inflation législative », *D.* 2005, chron. p. 660 ; F. DEBOVE, « L'overdose législative », *Dr. pén.* 2004, chron. p. 6 ; E. GRASS, « L'inflation législative a-t-elle un sens », *Dr. pén.* 2003, p. 141 ; Y.-L. GEGOUT, « La simplification future de notre législation : mythe ou réalité ? », *Vie jud.* 1996, p. 2.

⁸⁵ Voir B. OPPETIT, « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.* 1990, chron. p. 73.

⁸⁶ Comme par exemple la mise en place de revirements de jurisprudence pour l'avenir, des mécanismes d'information des particuliers sur les évolutions du droit positif, des textes limitant la rétroactivité....

⁸⁷ Sur laquelle voir également *supra* n° 21 et 22.

⁸⁸ Sur la prévisibilité du droit applicable dans les relations internationales voir notamment W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 657 ; M.-N. JOBARD-BACHELIER, *L'apparence en droit international privé (Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé)*, LGDJ, t. 178, 1984, n° 46 et s. ; S. CHAILLE DE NERE, *Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé*, précité, n° 14.

⁸⁹ W. WENGLER, article précité, p. 60.

⁹⁰ Voir M.-N. JOBARD-BACHELIER, *op. cit.*, n° 47 et s.

En effet, l'absence de concordance des règles de compétence directe et l'existence de compétences concurrentes font que la détermination du « for de référence »⁹¹ ne pourra être opérée qu'au terme de l'assignation du demandeur devant le tribunal de son choix. Or, tous les systèmes de conflits de lois ne correspondant pas, il sera le plus souvent très difficile, pour les individus impliqués dans des relations internationales, de déterminer par avance quel sera le droit applicable⁹².

Qui plus est, même en déterminant par avance le for de référence, il n'est pas évident que le droit applicable puisse être identifié avec certitude. En effet, son identification finale résulte, le plus souvent, d'un processus complexe entremettant des normes de natures diverses (règles de conflit, de renvoi, de droit matériel). Ainsi, même si le système conflictuel de référence a pu être déterminé préalablement, encore ne faut-il pas qu'une mauvaise appréciation des termes de la règle de désignation du droit applicable se produise. Un décalage entre la perception du droit positif et sa réalité peut donc à nouveau survenir

A cela on peut ajouter que les sujets ignorent parfois jusqu'au caractère international de la relation dans laquelle ils sont engagés. L'intervention des règles de conflit de lois, à l'initiative du juge saisi ou à la demande de l'une des parties, pourra conduire à l'application d'un droit étranger dont les intéressés, ou certains d'entre eux, n'avaient pas prévu la compétence.

54. En second lieu, même si les individus ont pu déterminer avec certitude la règle de conflit applicable et la teneur de celle-ci, ils pourront toutefois commettre des erreurs sur le contenu du droit applicable, pourtant correctement identifié⁹³. Ces difficultés ne sont certes pas propres aux relations internationales. En effet, dans l'ordre interne également une mauvaise connaissance du contenu substantiel des règles matérielles est fréquente. Cependant, de telles erreurs sont aggravées dans l'ordre international du fait de la pluralité des droits matériels ayant vocation à régir la situation. La connaissance des termes du droit étranger⁹⁴

⁹¹ On appelle « for de référence », la juridiction à partir de laquelle il faut raisonner. Le terme de « juge saisi » est volontairement écarté car il doit être possible de savoir à quel système de droit international il convient de se référer avant qu'un contentieux ne survienne.

⁹² Voir en ce sens W. WENGLER, article précité, p. 659 : « A cet égard, ni cette science (le droit international privé) ni la pratique n'ont guère compris pendant des siècles qu'en fin de compte les sujets du droit international privé sont gravement lésés car ils ne sont à même de prévoir avec la plus grande sécurité possible le droit que le tribunal compétent va appliquer par l'intermédiaire du rattachement considéré par lui comme déterminant ».

⁹³ Voir M.-N. JOBARD-BACHELIER, thèse précitée, n° 58.

⁹⁴ Ici le terme étranger signifie davantage « qui n'est pas propre ou naturel à quelqu'un » qu'« appartenant à une autre nation », voir *Le Petit Robert*, précité, V° *Etranger*.

applicable est souvent rendue difficile par d'éloignement culturel, la langue, une information déficiente...

55. Ainsi, les représentations individuelles de la légalité sont plus souvent erronées dans les relations internationales du fait, essentiellement, de la pluralité des ordres juridiques et de leur particularisme. Ces erreurs dans la perception de l'identité ou des termes du droit applicable sont-elles pour autant génératrices de cas d'insécurité juridique ? Sont-elles imputables aux sujets des relations internationales ou sont-elles provoquées par une imperfection de la réglementation des rapports de droit international privé ?

56. Il nous semble qu'en droit international privé les erreurs sur l'identité du droit applicable, ou sur son contenu, sont la plupart du temps excusables ; elles sont celles que commettrait le « bon père de famille ». Comme l'indique Mme JOBARD-BACHELIER, « en droit international, les intéressés ne savent pas à l'avance, la plupart du temps, quel sera le for saisi. Par conséquent, la représentation, au regard du droit international, qu'ils se feront de la réalité juridique de leur situation prendra un caractère d'abstraction beaucoup plus poussé que celui qui peut affecter les représentations qu'ils ont à se faire, en droit interne, d'une application par les tribunaux du seul Etat susceptible d'être concerné par leur litige, des règles de droit. »⁹⁵.

On ne peut, en effet, exiger d'un individu normalement diligent qu'il connaisse l'ensemble des systèmes juridiques étrangers.

Plus juridiquement, la légitimité des erreurs individuelles repose, en droit international privé, sur deux arguments.

Tout d'abord, l'erreur peut être considérée comme excusable en raison du principe de relativité des rattachements⁹⁶. En effet, si l'on considère qu'un rattachement ne prévaut pas nécessairement sur un autre mais qu'il s'agit au contraire d'une réponse différente apportée à un même problème, il semble difficile d'imposer aux sujets du droit international de connaître avec certitude le rattachement finalement retenu.

⁹⁵ Thèse précitée, n° 48.

⁹⁶ *Ibid.* n° 50 : « Il suffit sans doute d'observer, pour l'instant, que la pluralité des facteurs de rattachement susceptibles d'être retenus par les différents systèmes juridiques nationaux pour rattacher une situation internationale donnée à un droit déterminé, au moins dans certains domaines, et faute de conventions internationales unifiant très largement les règles de conflit des différents Etats, débouche nécessairement sur une grande relativité des choix qui, en définitive, sont opérés par ceux-ci. Cette relativité ne favorise pas une représentation sûre du droit applicable de la part des particuliers exposés à commettre des erreurs en raison de leur éloignement par rapport à la source d'où jaillira la règle qui leur sera applicable ».

Ensuite, la distance entre les représentations subjectives et la réalité des solutions prescrites est souvent légitime du fait du caractère éminemment fictif de la maxime « *nemo censetur* » dans l'ordre international. Dans les rapports internationaux entre personnes privées, la maxime ne peut plus être considérée comme une présomption de connaissance car elle ne traduit plus aucune probabilité. Il ne s'agit plus de poser pour vrai ce qui n'est que probable mais simplement de poser une règle qui est ouvertement contraire à la réalité⁹⁷. Le maintien de la règle n'en demeure pas moins fondé car il est indispensable à l'application systématique du droit. En revanche, cela ne doit pas empêcher d'y voir une véritable fiction et d'en tirer toutes les conséquences et notamment le caractère excusable des erreurs dans les représentations individuelles de la réalité juridique.

57. Il est important de noter qu'à ce stade de la démonstration on entend par excusable l'erreur que commettrait un individu normalement diligent. La reconnaissance de ce caractère sert, pour l'instant, simplement à déceler des cas d'insécurité juridique propres à l'ordre international. Il ne s'agit pas de dire que ces erreurs doivent nécessairement recevoir un traitement en droit positif. On remarque seulement qu'elles sont toutes générées par le particularisme des systèmes juridiques. Ainsi, une universalisation des règles de conflits ou des règles de droit matériel, selon la nature de l'erreur en question, pourrait permettre d'en réduire l'impact et d'améliorer la prévisibilité du droit. Cela ne suffit néanmoins pas à légitimer le processus d'universalisation des règles générales. Encore faut-il, en effet, que l'amélioration de la prévisibilité du droit applicable soit un impératif prégnant dont il faut nécessairement tenir compte dans l'élaboration de la réglementation des relations internationales entre personnes privées. Le particularisme ne conduit réellement à une impasse et des perspectives ne sont envisageables dans le processus d'universalisation que si l'amélioration de la sécurité juridique des individus s'avère indispensable au regard des finalités essentielles du droit.

⁹⁷ M.-N. JOBARD-BACHELIER, thèse précitée, n° 48.

§2- La nécessité d'une meilleure prévisibilité des solutions

58. Dans l'ordre international, les représentations erronées du droit positif sont donc souvent excusables. On rappellera que cet adjectif n'est pas ici utilisé afin d'en déduire une conséquence de droit positif, comme par exemple la mise en œuvre de la théorie de l'apparence, mais simplement pour déceler les cas d'insécurité juridique et les différencier des hypothèses dans lesquelles la méprise est imputable aux individus du fait de leur manque de diligence.

59. Cette légitimité des erreurs dans les représentations subjectives du droit tient à la spécificité juridique de la réglementation des rapports de droit international privé. Le déficit de prévisibilité du droit applicable est, en effet, sans commune mesure avec celui qui pourrait exister dans des situations purement internes. Après avoir expliqué les raisons de cet aléa juridique, il s'agit maintenant de savoir s'il convient d'exiger une réaction de la part du droit positif comme, par exemple, la mise en œuvre du processus d'universalisation ou celle de mécanismes particularistes alternatifs. En d'autres termes, le particularisme ne conduira à une véritable impasse que si l'imprévisibilité qu'il engendre nuit à la réalisation des finalités essentielles du droit. Ce n'est que dans cette hypothèse que le processus d'universalisation offrira des perspectives fonctionnelles intéressantes. Tout dépend finalement de l'importance que l'on accorde à l'exigence de prévisibilité du droit.

60. Ainsi, peut-on souffrir une telle transgression des intérêts particuliers ou faut-il exiger une amélioration de la sécurité juridique ?

61. On pourrait être tenté de trouver un fondement juridique à la nécessité d'améliorer la prévisibilité des solutions applicables aux rapports internationaux entre personnes privées. Celui-ci reposerait sur la valeur hiérarchique du principe de sécurité juridique.

62. Au niveau national, le Conseil Constitutionnel paraît pourtant réticent à consacrer formellement ce principe⁹⁸. Comme l'explique M. CHAPUS, cela vient de sa trop grande

⁹⁸ Jurisprudence constante depuis Cons. const. 28 déc. 1995, déc. n° 95-269 DC, *JO* du 31 déc. 1995, p. 19099. Voir la confirmation explicite du secrétaire général du Conseil constitutionnel J.-E. SCHOETTL dans sa

généralité⁹⁹. En effet, ses concrétisations sont si nombreuses qu'admettre sa constitutionnalisation revient à un véritable « saut dans l'inconnu »¹⁰⁰. C'est pourquoi il n'existe pas de consécration générale de la sécurité juridique qui n'a, par conséquent, pas valeur constitutionnelle.

Cela ne veut pas dire pour autant que le juge constitutionnel est totalement hostile à la reconnaissance de ce principe. De nombreuses décisions ont, en effet, consacré plusieurs exigences concrètes qui en constituent la substance. Cependant, au sein de cette jurisprudence constitutionnelle, élaborée au cas par cas, il est une exigence qui fait l'objet d'un refus catégorique de reconnaissance : le principe de confiance légitime¹⁰¹. Ce principe est « le corollaire de celui de la sécurité juridique mais envisagé sous l'angle des intérêts des particuliers (prévisibilité, stabilité, clarté...) »¹⁰². C'est donc exactement la facette du principe de sécurité juridique qui est mise en danger par le manque d'harmonisation des solutions.

Ainsi, il ne semble pas que le particularisme puisse être condamné au regard d'une exigence constitutionnelle de prévisibilité du droit applicable.

63. D'ailleurs le Conseil d'Etat n'accueille pas avec beaucoup plus de faveur cette exigence de confiance légitime. Comme l'indique M. CHAPUS¹⁰³, on note bien un jugement d'un tribunal administratif qui fait état de « ce principe de la confiance légitime dans la clarté et la prévisibilité des règles juridiques et de l'action administrative »¹⁰⁴. Cependant ce jugement a été réformé en appel¹⁰⁵ et demeure isolé¹⁰⁶.

64. Pour trouver une consécration du principe de sécurité juridique en droit positif, il convient donc de se tourner vers le droit européen des droits de l'homme ou le droit

note sous Cons. const. 7 nov. 1997, déc. n° 97-391 DC, *AJDA* 1997, p. 969 dans laquelle il indique que la sécurité juridique ne constitue pas une norme constitutionnelle.

⁹⁹ Ouvrage précité, n° 135.

¹⁰⁰ *Ibid.* et dans le même sens G. COLLET, article précité, p. 97: « Or on peut estimer que, tant le rattachement à l'article 16 précité – ou au principe de sûreté proclamé par l'article 2 de la Déclaration de 1789 – que le caractère vague du principe de sécurité juridique soulignent à quel point la concrétisation d'une telle norme au niveau constitutionnel risquerait d'aboutir à une totale discrétionnalité du contrôle juridictionnel ».

¹⁰¹ Jurisprudence constante depuis Cons. const. 30 déc. 1996, déc. n° 96-385 DC : « aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe dit de confiance légitime ». Voir également Cons. const. 7 nov. 1997, *Debré et autres*, déc. n° 97-391 DC, *D.* 1999, somm. p. 235, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN.

¹⁰² G. COLLET, article précité, p. 99 ; V. également J.-P. PUICHOSSET, « Vous avez dit confiance légitime ? », in *Mélanges BRAIBANT*, Dalloz, 1996, p. 581.

¹⁰³ Ouvrage précité, n° 135.

¹⁰⁴ TA Strasbourg 8 déc. 1994, *Entreprise Transports Freymuth*, *AJDA* 1995, p. 555.

¹⁰⁵ CAA Nancy 17 juin 1999, *Entreprise Transports Freymuth*, *RFDA* 2000, p. 354, concl. P. VINCENT.

¹⁰⁶ Voir notamment CE 30 déc. 1998, *Entreprise Chagnaud*, *AJDA* 1999, p. 96 : « La requérante ne saurait se prévaloir utilement d'un moyen tiré de la méconnaissance des principes de confiance légitime et de sécurité juridique (...) ».

communautaire¹⁰⁷. En effet, la Cour de justice des communautés européennes¹⁰⁸ et la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁹ ont consacré un principe général de sécurité juridique.

L'existence de ce principe supra-législatif impose-t-il au législateur français de combattre le particularisme en se lançant dans le processus d'universalisation, au nom d'une amélioration de la prévisibilité du droit ?

65. Rien n'est moins sûr car l'universalisation des règles générales ne peut se faire par la volonté d'un seul Etat. Elle est nécessairement le fruit d'un compromis entre les différents ordres juridiques y participant. L'instrument privilégié de sa concrétisation est d'ailleurs la convention internationale. Ainsi, il faut que ce principe s'impose à tous les ordres juridiques concernés par le processus d'universalisation. La consécration du principe de sécurité au niveau européen ne peut, en toutes hypothèses, justifier que partiellement le processus d'universalisation. Les Etats membres de la communauté ou signataires de la Convention européenne des droits de l'homme sont en effet les seuls obligés par ce principe.

66. Mais surtout, la consécration d'un principe général de sécurité juridique n'est qu'apparente. MM. BOULOUIS et CHEVALLIER expliquent, en effet, que cette notion est « tautologique et redondante »¹¹⁰ car la sécurité juridique est tout simplement l'une des finalités essentielles du droit, à travers l'idée d'ordre et d'organisation des rapports sociaux. Affirmer l'existence d'un principe général de sécurité juridique n'a donc pas de réelle signification. C'est ce qui explique que les juges communautaires et européens s'en servent en réalité pour servir des fins précises.

Ainsi, permet-il notamment à la Cour de justice de veiller aux correctes application et transposition du droit communautaire ou encore d'empêcher, dans certains cas, la rétroactivité d'un acte¹¹¹. Ce principe n'a pas, en réalité, en droit communautaire, de fondement textuel précis. C'est ce qui permet à la Cour de l'utiliser avec parcimonie et opportunisme en opérant un contrôle de proportionnalité entre les intérêts particuliers sacrifiés et les autres intérêts en

¹⁰⁷ Voir cependant une jurisprudence remarquée de la Cour de cassation prise sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention EDH. Mais l'annotateur reste très sceptique sur cette reconnaissance du principe de sécurité en droit interne : E. BEN MERZOUK, « La fausse consécration du « principe de sécurité juridique » », note sous Cass. civ. 2^{ème} 30 janv. 2003, *D.* 2003, jurispr. p. 2722.

¹⁰⁸ Pour une affirmation récente voir CEDH 10 juill. 2001, *Tricard c/ France*, Req. n° 40472/98 selon lequel le « principe de sécurité juridique » impose à l'Etat signataire les délais prescrits par la loi.

¹⁰⁹ Et notamment le principe de confiance légitime : Voir par exemple CJCE 29 avr. 2004, (2 esp), aff. C-482/01 et C-493/01, *Rec.* 2004, p. I-5257 ; *Europe* 2004, p. 34, note E. BERNARD.

¹¹⁰ *Les grands arrêts de la Cour de justice des communautés européennes*, t. I, Dalloz, 6^{ème} éd., 1994, p. 76.

¹¹¹ F. POLLAUD-DULIAN, article précité, p. 491.

présence. Il est ainsi difficile d'appréhender les implications positives de ce principe. C'est d'ailleurs ce qui a fait douter certains de son utilité : « dans de nombreux cas (...) cet appel à la sécurité juridique en tant qu'elle constituerait, en elle-même, un principe général peut ne pas apparaître indispensable ou même nécessaire. Il n'en est pas seulement ainsi lorsque ce principe est conjugué avec l'une de ses expressions spécifiques dont le contenu a le mérite d'être plus précis et plus consistant, mais tout autant lorsqu'une solution identique aurait pu se justifier par des motifs plus rigoureux »¹¹².

67. La reconnaissance communautaire du principe de sécurité juridique ne peut donc pas justifier un processus aussi vaste que celui de l'universalisation des normes générales et condamner par là même le particularisme. En effet, la satisfaction de la sécurité juridique ne peut se faire de manière absolue. Elle est une exigence parmi d'autres dans l'élaboration des solutions qui ne doivent pas contrevenir à d'autres intérêts parfois peu conciliables avec le respect de ce principe.

La reconnaissance du principe de sécurité juridique, et donc du besoin de prévisibilité du droit, au niveau communautaire, ne peut ainsi pas rendre obligatoire la mise en oeuvre du processus d'universalisation. Elle a, en effet, un impact limité tant au niveau géographique que du point de vue de son intensité normative.

68. De la même manière, déduire une condamnation du particularisme, par la Cour européenne, du principe de sécurité juridique paraît difficile. En effet, la Cour déduit généralement ce principe de l'article 6§1 de la Convention et du droit à un procès équitable¹¹³. Or, comme l'indique M. POLLAUD-DULIAN, le lien entre sécurité juridique et droit à un procès équitable est loin d'être évident¹¹⁴. Ceci est d'ailleurs d'autant plus vrai lorsque l'exigence de sécurité juridique dont il s'agit est la prévisibilité de l'identité et de la teneur du droit applicable. Les sujets du droit international doivent effectivement pouvoir se représenter

¹¹² J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Mélanges PECASTORE*, Nomos Verlag, 1987, p. 53. Voir également F. POLLAUD-DULIAN, article précité, p. 491 qui explique la normativité limitée du principe de sécurité juridique en démontrant que l'on ne peut en déduire l'existence de droits subjectifs au profit des individus : « Il est donc excessif de vouloir assimiler ce besoin ou cet intérêt à un droit subjectif ou même à un principe normatif : il contribue à expliquer certaines règles, mais n'a pas, en soi, la valeur d'un droit subjectif. Si l'on veut parler d'un principe à son propos, ce principe équivaut à l'un des intérêts et objectifs sociologiques légitimes que le législateur doit avoir en tête, notamment dans le droit transitoire, mais qu'il peut écarter parce que d'autres intérêts sont, dans tel ou tel cas, plus importants ».

¹¹³ Voir par exemple CEDH 30 oct. 1998, *F. E c/ France*, Req. n° 38212/97 dans lequel le droit d'exercer un recours effectif est subordonné à la prévisibilité et l'accessibilité de la norme jurisprudentielle pour le justiciable.

¹¹⁴ Article précité, p. 492.

avec certitude la réalité du droit positif avant même que ne survienne un contentieux ; le juridique préexiste de toute évidence au judiciaire. En d'autres termes, les individus doivent pouvoir adapter leurs comportements aux prescriptions légales en dehors de toute idée de procès.

De plus, la Cour européenne invoque généralement le principe de sécurité juridique pour résoudre un cas concret dans lequel un justiciable est surpris par l'application d'une loi de validation ou d'une loi interprétative, par principe rétroactives. C'est de ce sentiment de surprise, apprécié *in concreto* en la personne du plaignant, que la Cour déduit une violation des droits de la défense garantis à l'article 6 de la Convention. Cette appréciation *in concreto*, conjuguée à l'utilisation casuelle que fait la Cour du principe de sécurité juridique, empêche d'y voir une prescription générale obligeant les Etats signataires à harmoniser leurs législations pour satisfaire à l'exigence de prévisibilité du droit applicable.

69. Ainsi, malgré ses progrès, le principe de sécurité juridique ne peut raisonnablement pas justifier juridiquement le processus d'universalisation et condamner sans appel le particularisme.

70. Néanmoins, ces premiers pas du principe de sécurité sur la scène juridique ne sont pas anodins. En effet, s'il est difficile d'y voir un véritable principe à valeur normative en raison de sa trop grande généralité, il n'en demeure pas moins qu'il représente un objectif à atteindre. C'est ainsi que pour certains il s'agit au moins d'un objectif à valeur constitutionnelle¹¹⁵. Plus concrètement cela signifie que les atteintes à la sécurité juridique des individus doivent être justifiées par la satisfaction d'un but d'intérêt général. Ainsi en est-il, par exemple, des lois de validation rétroactives¹¹⁶.

Ceci est finalement assez logique car la justice et l'opportunité d'une solution s'apprécient de manière globale. Il faut ainsi considérer tant le contenu matériel de la prescription que la qualité formelle de son énoncé, son accessibilité et sa bonne articulation

¹¹⁵ Voir notamment B. MATHIEU, article précité, p. 32 : « A partir du moment où l'on admet que la sécurité juridique est un objectif à valeur constitutionnelle, elle peut constituer l'un de ces objectifs d'intérêt général à valeur constitutionnelle requis du législateur en matière de validation ».

¹¹⁶ F. POLLAUD-DULIAN, article précité, p. 494.

avec le reste du droit positif¹¹⁷. Pour poursuivre correctement ses finalités essentielles, le droit doit nécessairement respecter le principe de sécurité.

Ainsi, DEMOGUE écrivait, à propos de cette exigence, « que nous touchons ici au plus grand desiderata de la vie juridique et sociale, au moteur central : le besoin de sécurité »¹¹⁸. Par là, l'auteur ne voulait pas dénier les finalités de justice et d'utilité sociale poursuivies par le droit. Il rappelait, à juste titre, que le droit doit agir comme une force ordonnante de ces deux principes¹¹⁹. Il paraît en effet assez évident qu'une application imprévisible du droit ne peut complètement satisfaire à l'exigence de justice du fait de son caractère arbitraire¹²⁰.

D'une certaine manière on peut estimer que l'imprévisibilité inhérente aux relations internationales entre personnes privées réduit également l'utilité des prescriptions dictées en droit interne. En effet, du point de vue des individus, il n'est plus possible de s'appuyer sur les données du droit positif pour adopter un comportement, voire une stratégie, en correspondance. Il est pourtant certain que « prévoir est à la fois l'origine et le moyen de toutes les entreprises humaines, grandes ou petites »¹²¹.

71. Finalement, il n'existe pas réellement de principe général et absolu de sécurité juridique qui justifierait, voire imposerait, la mise en œuvre, par les Etats, du processus d'universalisation du droit. En revanche, cet objectif est l'un des facteurs qui concourt à la qualité et à la pertinence des solutions retenues. Or, dans l'ordre international, l'imprévisibilité du droit se ressent avec plus d'acuité du fait de la pluralité et de l'indépendance des ordres juridiques. Ainsi, le processus d'universalisation pourrait permettre d'enrayer cette imperfection de la réglementation des relations internationales et rendre les solutions plus justes et plus opportunes, même du point de vue d'un seul ordre juridique.

Cependant, il est évident que l'intérêt des individus n'est pas le seul pris en compte dans l'élaboration du droit régissant les relations internationales. Le droit matériel, et dans une moindre mesure les règles de conflits, sont élaborés en tenant également compte de l'intérêt

¹¹⁷ Voir en ce sens W. SAUER, « Sécurité juridique et justice », in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil en l'honneur d'Edouard LAMBERT, cinquième partie : Le droit comparé comme science sociale*, LGDJ, 1973, p. 34.

¹¹⁸ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit français*, 1911, éd. La mémoire du droit, 2001, p. 63.

¹¹⁹ Voir J. CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ., 10^{ème} éd., 2001, p. 193-194 : « Il est une valeur que les théoriciens du droit, tels Paul ROUBIER, regardent comme fondamentale : c'est la sécurité juridique. Ils la placent avant la justice même et le progrès : c'est elle qu'il convient de sacrifier en dernier lieu, parce qu'elle conditionne les deux autres ».

¹²⁰ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, précité, p. 131 : « il est facile de percevoir qu'il (le besoin de prévisibilité) est un facteur du juste ».

¹²¹ P. VALERY, *Cahiers*, Gallimard, 2003.

général dicté par des données réelles, historiques, rationnelles et idéales qui varient au sein de chaque ordre juridique¹²². Or, il n'est pas question pour chacun des Etats d'abandonner de manière inconsidérée les valeurs défendues par la société qui le compose. En revanche, il est important de prendre en considération la spécificité juridique des relations internationales entre personnes privées, et d'œuvrer, lorsque cela contribue à l'élaboration de solutions plus opportunes, dans le sens d'une meilleure prévisibilité du droit.

En définitive, le particularisme ne se justifie plus, pour chacun des Etats, lorsque l'infléchissement de la solution interne est rendu nécessaire par le besoin d'amélioration de la prévisibilité. Autrement dit, l'élaboration de solutions particulières n'a plus lieu d'être lorsque l'insécurité générée est telle qu'elles apparaissent finalement moins satisfaisantes que des solutions communes qui certes impliqueraient un certain nombre de concessions mais qui, d'un autre côté, répondraient davantage au besoin de prévisibilité des particuliers engagés dans des relations internationales.

72. Néanmoins, le processus d'universalisation du droit n'offrira de perspectives réelles que si l'amélioration de la sécurité juridique ne peut pas être assurée par d'autres mécanismes qui ne nécessiteraient pas ce compromis de la part de chacun des ordres juridiques concernés. Aussi convient-il de s'assurer, par l'étude des mécanismes alternatifs au processus d'universalisation, que le particularisme mène bien à une impasse.

Section 2. L'efficacité limitée des mécanismes rectificatifs

73. L'imprévisibilité du droit qui affecte les relations internationales privées mérite, au moins dans certains cas, une réaction de la part du droit positif. En effet, l'incertitude dans laquelle sont souvent placés les acteurs de la scène internationale est telle que la solution préconisée, par le sentiment de surprise qu'elle suscite, ne répond plus aux exigences de justice et d'utilité sociale pourtant recherchées par chacun des ordres juridiques pris isolément. Le processus d'universalisation serait une réponse logique à cette problématique.

¹²² E. AGOSTINI, *Droit comparé*, PUF, 1^{ère} éd., 1988, n° 5 et s.

Néanmoins sa mise en œuvre requiert, de la part des Etats, des compromis et des infléchissements par rapport aux conceptions de justice sociale reflétées par leurs législations internes. C'est pour cela qu'il convient de s'assurer que l'amélioration de la prévisibilité ne peut pas utilement être réalisée de manière unilatérale. La légitimité du processus d'universalisation dépend, en effet, de l'absence de méthodes alternatives qui n'imposeraient pas à l'Etat de composer avec les autres ordres juridiques.

Les Etats ont ainsi imaginé plusieurs méthodes afin de lutter contre cette incertitude. Dans certains cas, ces procédés opèrent préventivement pour éviter que le sentiment de surprise se manifeste chez les sujets du droit international (§1). Dans d'autres, ils corrigent l'insécurité provoquée par l'application de la loi désignée en adaptant le droit positif aux représentations subjectives de celui-ci (§2).

Néanmoins, l'analyse montre qu'aucun procédé alternatif n'est réellement satisfaisant¹²³. L'imprévisibilité du droit applicable aux relations internationales ne peut efficacement être combattue de manière unilatérale.

§1- L'efficacité limitée des procédés alternatifs préventifs

74. Les Etats ont parfois tenté de prévenir, unilatéralement, l'incertitude générée par la pluralité des ordres juridiques. La réaction du droit positif s'apparente alors à une prise en compte des attentes légitimes des parties dans l'élaboration de la réglementation des relations internationales. En calquant le droit positif sur les croyances individuelles, les cas d'insécurité sont, en effet, censés être prévenus.

Dans cette perspective, deux attitudes préventives sont envisageables : permettre aux parties de choisir la loi applicable à leurs relations (A) ou désigner comme loi applicable celle qui correspond aux attentes légitimes des parties. La norme de désignation du droit compétent désigne alors la loi dont on peut raisonnablement prévoir l'application (B). De tels

¹²³ C'est à dessein que nous n'envisagerons pas ici les mécanismes destinés à régler les conflits de systèmes tels que le renvoi ou les différentes solutions relatives au problème des questions préalables car, d'une part, ces procédés ne permettent que rarement, et le plus souvent de manière fortuite, de combler les lacunes du particularisme et, d'autre part, lorsqu'un tel objectif est atteint c'est généralement parce qu'il en résulte une universalisation de la situation juridique en cause. Il ne s'agit alors plus, à proprement parler, de mécanismes alternatifs à l'universalisation du droit. Voir *infra* n° 559 et s.

mécanismes, s'ils sont efficaces, légitiment d'une certaine manière le particularisme. En effet, si des solutions au problème de l'imprévisibilité peuvent être trouvées de manière unilatérale par chacun des ordres juridiques, le processus d'universalisation perd, au moins en partie, sa raison d'être. Rappelons en effet qu'il n'a pas de valeur en soi mais doit pouvoir justifier d'une valeur fonctionnelle.

Pourtant, aucun de ces mécanismes n'est réellement convaincant. On peut en effet douter de leur aptitude à réduire l'incertitude qui pèse sur la détermination de l'identité ou du contenu du droit applicable. Au demeurant, lorsqu'ils concourent à un tel objectif c'est parce qu'il s'agit en réalité d'une forme d'universalisation du droit. On n'est plus, alors, en présence de procédés alternatifs.

A- L'electio juris

75. On peut d'ores et déjà remarquer que l'efficacité de ce mécanisme est tributaire de l'attitude des parties. En effet, faute de choix de leur part, l'aléa juridique demeure le même. Or, l'*electio juris* n'est pas possible dans toutes les matières car les individus ne sont pas toujours en mesure de prévoir le rapport de droit dans lequel ils sont ou seront impliqués. Il est vrai qu'un tel choix ne pourrait se faire qu'une fois devant le tribunal. Cependant cela exige un certain consensus entre les litigants ce qui n'est pas toujours envisageable. Au demeurant, les acteurs du droit international doivent, pour adapter leurs comportements, pouvoir identifier les prescriptions du droit applicable en dehors de tout contentieux.

En outre, le choix d'une loi applicable à leur relation permet certes aux parties de se prémunir contre une surprise quant à l'identité du droit applicable, cependant rien n'empêche qu'une nouvelle incertitude vienne affecter le contenu de celui-ci du fait de son extranéité.

76. Mais surtout, il faut, pour se prémunir efficacement contre la menace de l'application d'une loi imprévue, que le juge saisi donne effet à la *professio juris*. Il suffit que le litige soit porté, pour une raison ou une autre, devant une juridiction dont le droit international privé n'accorde aucune valeur au choix opéré pour que celui-ci n'apporte plus aucune garantie.

77. On pourrait nous objecter que les parties peuvent également s'assurer, au moyen d'une clause de choix du juge compétent, que celui-ci admettra la validité de l'accord d'*electio juris*

opéré préalablement. Mais on se heurte alors à la même difficulté : la menace constituée par l'application d'une loi dont les parties n'avaient pas prévu l'application n'est écartée que si le litige est porté devant la juridiction d'un ordre juridique qui admet la validité de la clause attributive de juridiction. Autrement dit, il faut que la juridiction saisie en premier, ou même parfois en second, suive le choix des litigants et en déduise sa compétence ou son incompétence.

78. Finalement, il est certain que l'*electio juris*, conjugué à un choix du juge compétent, permet, dans une certaine mesure, de maîtriser l'aléa juridique généré par la pluralité des législations potentiellement applicables. Cependant ce n'est pas le choix en lui-même qui procure cette sécurité mais la valeur que les ordres juridiques lui accordent. Ainsi, la certitude procurée n'a réellement de valeur que si elle provient d'une règle universelle qui donne force obligatoire au choix de la loi applicable ou/et du juge compétent. Il ne s'agit alors plus d'un mécanisme alternatif au processus d'universalisation mais, au contraire, d'une mise œuvre particulière de celui-ci¹²⁴.

B- La prise en compte des attentes des parties dans l'élaboration de la réglementation

79. Dans cette seconde hypothèse, les attentes légitimes des parties sont un facteur présidant à l'élaboration de la réglementation des relations internationales. Cette prise en considération des légitimes attentes des individus peut se faire de manière abstraite ou concrète.

80. Un premier procédé consiste à identifier préalablement et de manière abstraite, pour chaque type de relation juridique, la loi dont les parties peuvent légitimement ou raisonnablement prévoir l'application¹²⁵. On adapte ainsi le rattachement aux attentes légitimes des parties. La prise en compte de cette donnée dicte, au moins partiellement, le contenu même de la règle de conflit¹²⁶.

¹²⁴ Sur laquelle voir *infra* n° 225 à 232.

¹²⁵ G. WEISZBERG, *Le « raisonnable » en droit du commerce international*, thèse dactyl., Paris II, 2003, n° 179 : « Il a déjà été possible d'affirmer que le droit international privé tendait à satisfaire les attentes légitimes des intervenants, quels qu'ils soient, à la faveur d'un principe de prévisibilité des solutions que la matière tendrait à ériger en règle cardinale ».

¹²⁶ *Ibid.*, n° 183.

Une telle préoccupation n'est pas étrangère à la méthode conflictuelle classique telle qu'elle a été dégagée par SAVIGNY¹²⁷. En désignant la loi applicable en fonction de la nature du rapport de droit, la règle de conflit classique prend en compte, de manière abstraite, les attentes légitimes des parties. En effet, la méthode traditionnelle repose sur une analyse de la nature de la relation en cause afin de déterminer, à partir d'un élément caractéristique, le siège du rapport de droit. L'objectivité de la localisation de chaque type de relation garantit ainsi, aux sujets du droit international, une certaine prévisibilité¹²⁸.

C'est la raison pour laquelle, malgré la concurrence certaine des méthodes en droit international privé et en dépit d'une certaine crise de la règle de conflit savignienne¹²⁹, la méthode conflictuelle traditionnelle constitue toujours, à l'heure actuelle, le mode de réglementation de principe des rapports internationaux entre personnes privées.

La sécurité juridique qu'elle offre n'est pourtant pas idéale. C'est ce que l'on s'est efforcé de démontrer dans les développements antérieurs¹³⁰. En effet, du fait de la pluralité des lois potentiellement applicables, la prévisibilité du droit est plus qu'aléatoire dans l'ordre international. Ainsi, malgré la localisation objective qu'elle opère, la méthode traditionnelle n'assure pas aux individus une prévisibilité suffisante.

81. C'est que la localisation n'est pas réellement objective. Elle est même largement tributaire de la subjectivité de l'Etat duquel émane la règle de conflit puisque la nature d'un rapport de droit s'analyse en fonction des règles matérielles qui le façonnent.

A nos yeux, il existe, en effet, une certaine contradiction à parler de la nature d'un rapport de droit. Pour reprendre la sémantique chère à GENY¹³¹, un rapport de droit est le construit dont le donné correspondant est une relation sociale. Aussi, le rapport de droit n'a d'existence qu'en vertu des dispositions juridiques qui en dessinent les contours. Ce qui est commun à tous les ordres juridiques c'est le rapport social spontané comme par exemple l'union entre un homme et une femme en vue de créer une vie de famille. En revanche, la juridicisation de

¹²⁷ F.C. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, précité.

¹²⁸ Voir dans ce sens F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, 1973, n° 288 ; S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 58 : « Enfin, et c'est à nos yeux l'élément déterminant, le caractère abstrait et systématique de la construction assure aux intéressés la plus grande prévisibilité. La règle de conflit savignienne permet en effet de connaître par avance, avec un haut degré de certitude, l'ordre juridique dans lequel s'inscrit la relation de droit international privé ».

¹²⁹ G. KEGEL, « *The Crisis of the conflict of laws* », *RCADI* 1964, II, t. 112, p. 1.

¹³⁰ Voir *supra* n° 52 et s.

¹³¹ *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1921, p. 96.

cette relation, c'est à dire l'institution du mariage, est, elle, particulière à chaque ordre juridique¹³².

82. Ceci explique que l'analyse de la nature du rapport de droit est particulière à chaque système juridique puisqu'elle est fondée sur la législation qui régit la relation sociale de départ. Ainsi, même si la méthode savignienne constituait le mode global de réglementation des rapports internationaux dans l'ensemble des ordres juridiques, cela ne conduirait pas à la l'adoption de règles de conflits identiques.

Cette divergence des solutions nuit à la prévisibilité. Le droit applicable varie, en effet, en fonction du for de référence¹³³. La méthode savignienne ne peut ainsi, à elle seule, assurer aux sujets du droit international sécurité et prévisibilité. Sa pertinence est donc tributaire du processus d'universalisation.

83. En réponse à cette faiblesse de la méthode traditionnelle, un second procédé de désignation du droit compétent a été imaginé. Il a toujours pour but de prévenir l'aléa juridique inhérent aux relations internationales. Ce procédé agit en amont, c'est-à-dire avant que le cas d'insécurité juridique soit avéré. Il s'agit également d'adapter le rattachement aux attentes légitimes des parties.

Cependant, contrairement à la méthode conflictuelle classique, le choix de la loi se fait en fonction des faits de l'espèce. Le facteur de rattachement n'est plus abstrait ; il est déterminé concrètement pour chaque situation. Le juge doit rechercher quelle est la loi la plus appropriée en fonction de la configuration de la situation en question. Cette recherche de la « *better law* »

¹³² A nos yeux c'est d'ailleurs une des raisons pour laquelle SAVIGNY avait cantonné la méthode traditionnelle des conflits de lois à la communauté juridique romano-germanique. En effet, la méthode bilatérale ne peut fonctionner que si les ordres juridiques concernés par la relation en cause ont juridicisé le rapport social correspondant. Cela implique qu'un tel rapport, ou du moins une relation apparentée, soit ancrée dans le corps social de chacun des Etat concernés. Ainsi, de trop grands écarts culturels rendent difficile le fonctionnement de la méthode traditionnelle. Ces difficultés se rencontrent notamment au moment de la qualification malgré la souplesse des catégories juridiques. En ce sens P. LAGARDE, « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI* 1986, I, t. 196, p. 9, n° 4 : « La « nature » du rapport de droit ne peut résulter que d'une analyse du droit interne et l'on sait depuis KAHN et BARTIN qu'à défaut de communauté juridique entre les droits en conflit cette analyse est condamnée à produire, par le passage obligé de la qualification, des solutions divergentes d'un système à l'autre ».

¹³³ L'imprévisibilité est même en quelque sorte aggravée. En effet, la méthode savignienne a une apparence d'objectivité sur laquelle se fondent naturellement les parties qui appréhendent généralement les institutions à la lumière du droit qui leur est familier. Ainsi si le contentieux échoit devant un autre ordre juridique, le sentiment de surprise risque d'être grand si le juge saisi fait une analyse complètement différente de la question en cause en vertu des conceptions de sa propre législation et applique *in fine* une loi différente. Il n'y a, en termes de sécurité juridique, rien de pire que ces apparentes évidences qui ne le sont en réalité qu'au sein d'un seul ordre juridique ; le doute a lui, au contraire, le mérite d'entraîner une certaine vigilance.

n'est pas pour autant abandonnée à l'arbitraire des juges. Plusieurs critères ont ainsi été proposés.

Ces critères concrets de choix de la loi ont été mis en évidence par plusieurs auteurs dont les thèses ont été reprises dans de nombreuses études doctrinales. Il ne s'agit pas ici d'analyser de manière approfondie ces différentes méthodes, maintenant connues de tous, de réglementation des relations internationales mais simplement de démontrer qu'elles ne peuvent constituer des réponses satisfaisantes au problème de l'imprévisibilité du droit dans l'ordre international.

Pour certains la loi la plus appropriée est celle de l'Etat qui a le plus d'intérêt à régir la situation. Il est évident que cette directive de recherche de la « *proper law of the tort* » n'offre que peu de garanties aux parties quant à la prévisibilité du droit. En effet, cette doctrine bien connue des intérêts gouvernementaux imaginée par CURRIE¹³⁴ ne prend pas en compte les intérêts des particuliers impliqués dans les relations internationales. En donnant priorité aux intérêts des Etats concernés, la prévisibilité est sacrifiée.

84. Pour d'autres, la *proper law* est celle qui, après comparaison de l'application concrète des différentes lois potentiellement compétentes, offre la solution la plus en adéquation avec les exigences de justice de l'ordre juridique du juge saisi¹³⁵. Dans cette proposition doctrinale élaborée, comme chacun sait, par CAVERS, la prise en compte des attentes légitimes des parties n'est pas exclue. En effet, le caractère inéquitable de l'application concrète d'une loi provient en partie de l'imprévisibilité de la solution dictée par la règle de conflit¹³⁶. Ainsi, dans la recherche de la loi offrant la solution la plus juste, seront prises en compte les légitimes attentes des parties. Cependant, l'appréciation de la pertinence de la solution n'est pas uniquement dictée par les prévisions des parties. Elle se fait également par rapport aux

¹³⁴ B. CURRIE, *Selected essays on the conflicts of law*, Duke University Press, 1963.

¹³⁵ D. CAVERS, « *A critique of the choice of law problem* », *Harvard Law Review* 1933, p. 173.

¹³⁶ Voir *supra* n° 70 et plus spécialement, H. THIRLVAY, « La recherche de la solution équitable en droit international privé », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1982, p. 79, spéc. p. 84 : « J'arrive à présent à l'idée que, dans certains cas, l'essentiel de l'inéquitable, dans le domaine particulier du droit international privé, pourrait tenir de l'impossibilité pour les parties, au moment critique à l'égard de la solution juridique en cause, de prévoir la solution que le juge se trouve obligé d'imposer après coup, en vertu de la règle de conflit. Comme on l'a vu, un des aspects fondamentaux du mécanisme juridique de conflit de lois, susceptible d'entraîner des résultats peu satisfaisants, est le fait que le législateur ou le juge se trouve dans l'impossibilité de prévoir le résultat concret de la règle de rattachement dans les cas futurs, faute de connaître en la matière les systèmes internes de tous les pays du monde ».

impératifs de justice et d'équité tels qu'ils ressortent de la législation interne du for de référence¹³⁷.

Ainsi, cette méthode de réglementation ne permet pas de prévenir de manière satisfaisante l'insécurité juridique propre à l'ordre international. D'une part, les attentes légitimes des parties ne représentent pas le seul critère de choix de la loi. D'autre part, il existe nécessairement une résurgence de particularisme dans l'appréciation de la solution la plus juste ou équitable. Particularisme générateur d'imprévisibilité puisque la solution dépendra alors avant tout du for de référence.

85. Enfin, une dernière variante de cette méthode concrète de coordination des ordres juridiques découle du principe de proximité. Celui-ci, théorisé par M. LAGARDE¹³⁸, ne constitue pas un principe normatif. Cependant, cette construction intellectuelle, dégagée de l'analyse de certaines dispositions françaises ou étrangères, innerve l'ensemble du droit international privé. Il influence notamment le domaine des conflits de lois. En effet, il est souvent pris en compte dans l'élaboration des règles de conflits. Il peut ainsi constituer le critère de choix de la loi en fonction des faits de l'espèce. C'est d'ailleurs ce que préconise MORRIS¹³⁹ lorsqu'il indique de retenir comme compétente la loi qui entretient les liens les plus étroits avec la situation. Cette directive de choix de la loi compétente peut notamment se concrétiser par la technique dite « des points de contacts »¹⁴⁰. Elle aboutit, finalement, à choisir la loi du pays vers lequel la convergence est la plus forte¹⁴¹. Cette méthode, désormais largement éprouvée, a l'avantage, par rapport aux deux précédentes, de faire preuve d'une plus grande objectivité ; objectivité généralement considérée comme un gage de prévisibilité. C'est la raison pour laquelle cette variante de la méthode concrète de choix de la loi a connu

¹³⁷ *Ibid.* p. 85 : « Il ne faut négliger que les intérêts en quelque sorte « nationaux » reconnus par l'ordre juridique du for peuvent exercer une influence indirecte mais certaine dans le domaine que nous considérons, en ce sens que l'idée que se forme le juge national de ce qui constitue la solution prévisible – donc équitable – de l'affaire dont il est saisi sera forcément calquée sur les solutions fournies en pareil cas par la loi du for. (...) Qui plus est, ce n'est pas simplement le droit *stricto sensu* du for qui contribue ainsi à former la conception de l'équitable chez le juge national ; celui-ci aura tendance, même sans s'en apercevoir, à transférer, dans les situations à lui soumises de caractère international, des idées couramment reçues dans la société nationale et à apprécier l'équité à la lumière de ces idées ».

¹³⁸ Voir P. LAGARDE, « Le principe de proximité en droit international privé », précité et également P. BALLARINO et G. P. ROMANO, « Le principe de proximité chez P. LAGARDE », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 37 ; C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt après », in *Mélanges en l'honneur de PAUL LAGARDE*, précité, p. 507 ; P. GANNAGE, « L'application du principe de proximité dans les systèmes interpersonnels, L'exemple des droits proche-orientaux », in *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, précité, p. 257.

¹³⁹ C. MORRIS, « *The proper law of the tort* », *Harvard Law Review* 1951, p. 881.

¹⁴⁰ Voir Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, précité, n° 134 et s.

¹⁴¹ *Ibid.* Les auteurs précisent, en outre, qu'il existe deux variantes selon que l'on apprécie les points de contacts de manière qualitative ou quantitative.

un écho plus important en droit positif¹⁴². Néanmoins, elle ne peut apporter une prévisibilité suffisante.

En effet, toute méthode concrète de coordination des ordres juridiques présente un écueil que l'on ne peut négliger : la solution à la question suscitée par la pluralité des lois potentiellement applicables n'est donnée « qu'*a posteriori* et en fonction de la sensibilité du juge saisi »¹⁴³. Autrement dit, par un effet non désiré, la prévisibilité pourtant recherchée par le critère de choix de la *proper law* est finalement fragilisée par le moment tardif et la subjectivité de la désignation. Une fois de plus, il convient d'insister sur la préexistence du juridique au judiciaire : les protagonistes doivent pouvoir prévoir le droit applicable à leurs relations avant que n'intervienne un procès.

86. Finalement, aucun procédé alternatif au processus d'universalisation ne permet d'assurer aux acteurs du droit international une sécurité suffisante. En effet, la prévisibilité n'est, en toutes hypothèses, garantie qu'au sein de l'ordre juridique qui adopte des critères de choix soucieux de leurs légitimes attentes. Pour que l'objectif de prévisibilité soit plus largement atteint, encore faut-il que l'ensemble des ordres juridiques concernés par la situation adopte la même directive de réglementation des relations internationales.

87. Ce n'est donc pas tant la teneur du rattachement retenu que sa propension à l'universalisation qui permet d'améliorer la prévisibilité¹⁴⁴. La méthode de réglementation, pour assurer la prévisibilité, doit avant tout faire preuve d'une certaine neutralité en vue de faciliter son adoption par l'ensemble des ordres juridiques. Assez paradoxalement, la prise en compte des attentes légitimes dans la règle de désignation n'est pas primordiale et ne représente qu'un pis-aller par rapport au processus d'universalisation. En d'autres termes, le rattrapage opéré unilatéralement par chacun des ordres juridiques, à travers les différents mécanismes exposés, n'a qu'une efficacité très relative puisqu'il n'opère qu'au sein d'un seul ordre juridique.

D'ailleurs, les auteurs qui les ont imaginés ont surtout vanté leurs mérites afin de les ériger en méthode générale de réglementation des relations internationales. La démarche

¹⁴² Par exemple, l'article 4 de la Convention de Rome en est une application évidente.

¹⁴³ S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 57.

¹⁴⁴ En ce sens P. LAGARDE, cours précité, n° 4 : « Les justifications que l'on peut trouver à une telle solution (le principe de proximité) sont nombreuses. C'est avant tout son apparente objectivité qui devrait la rendre facilement universalisable et par là même satisfaire aux objectifs largement admis en droit international privé : (...) le respect des attentes légitimes des parties (...) ».

apparaît alors comme entachée d'une contradiction. En effet, d'un côté on explique la pertinence de ces mécanismes par leur propension à lutter contre l'imprévisibilité générée par le particularisme et d'un autre côté on tire argument de cette vertu pour recommander à tous les ordres juridiques de les adopter comme méthode de réglementation des relations internationales. Leur pertinence n'est alors plus évidente puisqu'ils se traduisent dans des règles universelles et qu'il n'est alors plus besoin de lutter contre l'insécurité générée par le particularisme. En définitive, la meilleure technique de désignation sera souvent celle qui sera partagée par le plus grand nombre d'Etats. On pressent bien là que l'intuition de départ se vérifie. En effet, du point de vue des intérêts particuliers le particularisme mène nécessairement à une impasse et, comme on le verra, seul le processus d'universalisation offre des perspectives satisfaisantes.

88. Une telle conclusion vaut également pour les procédés alternatifs qui interviennent postérieurement au cas d'insécurité juridique.

§2- L'efficacité limitée des procédés alternatifs correctifs

89. A côté des mécanismes préventifs qui consistent essentiellement en une prise en compte des attentes légitimes des parties dans le choix de la loi, il existe des procédés destinés à rectifier, *a posteriori*, les « erreurs d'aiguillage ». Ces mécanismes permettent au juge de substituer à la loi normalement applicable une solution plus en adéquation avec les attentes des parties. Ces procédés agissent donc alors qu'un décalage entre les perceptions individuelles et la réalité du droit positif existe déjà. Plus techniquement, ils ont pour effet d'évincer ou de modifier la loi normalement applicable au profit d'une solution plus prévisible. Ils prennent donc la forme d'exceptions au jeu normal des règles de conflits.

On peut d'ores et déjà remarquer qu'ils ne permettent, comme les procédés préventifs, d'améliorer la prévisibilité qu'à condition que le litige soit porté devant les juridictions de l'Etat ayant adopté de tels mécanismes. Pour une amélioration plus poussée, il faut que l'ensemble des ordres juridiques partage le même point de vue. Mais on n'est plus alors en

présence d'un mécanisme alternatif au processus d'universalisation : on est dans le processus d'universalisation lui-même.

Au demeurant, ces mécanismes correctifs présentent des infirmités qui imposent d'en limiter la portée et l'utilisation. Ils se présentent sous la forme de clauses d'exception¹⁴⁵. Les unes découlent du principe de proximité (A), les autres sont une application de la théorie de l'apparence (B).

A- Les clauses d'exception découlant du principe de proximité

90. Ces clauses peuvent faire exception soit aux règles de conflit de juridictions soit aux règles de conflit de lois.

Le premier type de clause, prévu dans le droit international privé interne, permet d'attribuer exceptionnellement compétence aux juridictions nationales ou, au contraire, de leur dénier cette compétence en dépit des règles de conflit de juridictions.

C'est ainsi, par exemple, que les juridictions belges se reconnaissent compétentes à l'encontre des dispositions de leur code de droit international privé lorsque « la cause présente des liens étroits avec la Belgique » et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou déraisonnable¹⁴⁶.

A l'inverse, il existe des clauses qui permettent aux juridictions d'un Etat de décliner exceptionnellement leur compétence « lorsqu'il y a lieu d'estimer que le for saisi n'est pas approprié ou qu'un for étranger serait plus approprié pour trancher le fond du litige »¹⁴⁷. C'est

¹⁴⁵ Ici il faut comprendre le terme de clause comme une disposition particulière d'un acte juridique. Cependant le terme d'acte juridique doit être entendu au sens large et non seulement du point de vue du droit des obligations. Ainsi, il peut s'agir, comme en la matière, d'une disposition particulière d'un texte de loi. Voir G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Clause*. Ainsi, la clause d'exception, dans un sens strict, est celle « qui permet au juge d'écarter la loi normalement applicable pour appliquer une loi qui a des liens plus étroits avec le rapport juridique en cause. La clause d'exception ainsi entendue suppose donc que la règle de conflit ait une fonction essentiellement localisatrice (...). Lorsque la règle de conflit a pour objectif principal un objectif matériel (comme les règles de conflit à caractère substantiel), ou lorsque est applicable la loi d'autonomie, la clause d'exception n'est pas envisageable » : H. GAUDEMET-TALLON, « Cours général de droit international privé, Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI* 2005, I, t. 312, p. 9, n° 359. Nous incluons dans cette dénomination les dispositions qui permettent d'écarter une règle de compétence directe pour les mêmes raisons. Voir également sur ce type de clauses également appelées clauses échappatoires C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, thèse, Genève, 1983.

¹⁴⁶ Art. 11 du Code belge de droit international privé entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004. Sur lequel voir J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 11, spéc. n° 10 et s. qui indique que la même disposition existe dans la loi suisse de droit international privé (art. 3 de la LDIP).

¹⁴⁷ A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, Bruylant, LGDJ, 2003, n° 1.

notamment le cas des clauses d'exception dite de *forum non conveniens* des droits de *common law*.

Il est évident que pour savoir si la procédure à l'étranger est raisonnable ou si le tribunal saisi est « *conveniens* », les attentes des parties constituent une donnée importante. Ce type de clause est donc, *a priori*, un moyen, au moins au sein de l'ordre juridique qui le retient, d'œuvrer dans le sens d'une amélioration de la prévisibilité.

Ces deux clauses ont, en effet, au moins en partie pour but d'obvier aux désignations peu pertinentes du for au regard des attentes légitimes des parties.

91. La clause d'exception peut également infléchir l'application d'une règle de conflit de lois¹⁴⁸. C'est le cas, dans certaines législations de droit international privé, lorsqu'il « apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat »¹⁴⁹. Il n'existe pas, en droit français, de disposition de ce type qui s'applique à l'ensemble du système conflictuel. Cependant on peut ponctuellement trouver des traces de ce mécanisme, comme à l'article 4 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. En effet, la dernière partie de cette disposition¹⁵⁰ fait exception à la loi normalement applicable en vertu des présomptions posées dans les paragraphes antérieurs¹⁵¹.

Ces clauses d'exceptions fondées sur la proximité ont, elles aussi, en partie pour but de ne pas tromper les parties par rapport à leurs prévisions. Ceci est explicite dans le Code belge qui indique dans le premier paragraphe de l'article 19 qu'il doit notamment être tenu compte « du besoin de prévisibilité du droit applicable », pour que la clause d'exception puisse jouer.

92. L'existence de ces techniques montre, encore une fois, que le respect des prévisions des individus est une préoccupation importante pour une grande partie des ordres juridiques.

¹⁴⁸ Pour une étude générale sur ce type de clauses voir P. REMY-CORLAY, *Etude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois*, thèse dactyl., Poitiers, 1997.

¹⁴⁹ Art. 19 du Code de droit international privé belge. Une telle clause d'exception, applicable dans tous les domaines, existe également dans les droits suisse et québécois, voir P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 37, spéc. p. 38.

¹⁵⁰ Art. 4§5 *in fine* : « Les présomptions des paragraphes 2, 3, et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

¹⁵¹ Voir également l'article 4§3 du règlement CE « Rome I » n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ce texte ayant pour objet de transformer, en la modifiant quelque peu, la Convention de Rome du 17 juin 1980 sera applicable, entre les Etats membres, aux contrats conclus après le 17 décembre 2009.

Cependant, l'amélioration de la sécurité juridique qu'elles procurent est, à nos yeux, loin d'être avérée. En effet, outre le cantonnement de leur efficacité au sein de l'ordre juridique ayant présidé à leur mise en place, ces techniques présentent des inconvénients qui en limitent nécessairement l'utilisation.

93. En premier lieu, leur mise en œuvre dépend de l'appréciation par le juge de critères qui manquent de certitude. Le risque est donc important de tomber dans une casuistique tribulaire de l'arbitraire et de la subjectivité du juge. Apprécier ce qu'est « une plus grande proximité » n'est, en effet, jamais évident.

En second lieu, l'évaluation de l'inadéquation du rattachement initialement prévu et de l'étroitesse des liens avec un autre ordre juridique ne se fait pas en fonction des seules attentes des parties. En effet, la prise en compte des seuls intérêts individuels n'est jamais possible, ni souhaitable au demeurant, en droit international privé. La méthode de réglementation doit concilier l'ensemble des intérêts en présence à savoir ceux des tiers, des parties, l'intérêt général et celui de la société internationale¹⁵².

94. En définitive, les clauses d'exception fondées sur la proximité n'améliorent pas réellement la prévisibilité. En nuisant à l'effort de systématisation poursuivi par la méthode classique, elles produisent, au contraire, de nouvelles incertitudes que leur caractère concret ne suffit pas à compenser. D'une part, le respect des prévisions des parties n'est qu'un objectif parmi d'autres recherchés par le principe de proximité. D'autre part, la mise en œuvre de telles clauses est souvent tribulaire d'une appréciation arbitraire du juge saisi.

95. C'est pourquoi, certains auteurs ont tenté d'établir des règles plus rigides qui définiraient précisément les conditions de la mise en œuvre des clauses d'exception et leur régime procédural¹⁵³. Mme REMY-CORLAY propose ainsi de ne faire jouer les clauses d'exception que si l'on peut constater une inadéquation manifeste du rattachement proposé par la règle de conflit et des liens plus étroits avec un autre ordre juridique. Elle ajoute que l'appréciation de ces deux conditions cumulatives et nécessaires à la mise en œuvre de la clause d'exception devrait faire l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation.

¹⁵² *Aspects philosophiques du droit international privé*, précité, n° 102.

¹⁵³ P. REMY-CORLAY, article précité.

La mise en place d'un tel régime, liant le juge, réduirait certainement le risque de casuistique et donc d'imprévisibilité. Cependant, l'encadrement rigide des clauses d'exceptions fait perdre à ce mécanisme les avantages conférés par son caractère concret. On retombe dans la difficulté inhérente à la détermination abstraite de ce qu'est « une plus grande proximité » ou « une inadéquation manifeste du rattachement ». La prédétermination des critères de mise en œuvre de la clause d'exception, comme notamment le respect des attentes légitimes des parties encourt alors la même critique que celle souvent adressée à la méthode traditionnelle¹⁵⁴ : son excès d'abstraction et l'absence de prise en compte de la singularité de la situation en cause.

B- La prise en compte de l'apparence

96. Est apparent « ce qui peut être connu sans recherches approfondies et qui ne correspond pas forcément à la réalité »¹⁵⁵. Autrement dit, c'est ce qui se présente immédiatement à la vue et à la pensée¹⁵⁶. D'un point de vue juridique, ce qualificatif porte sur le droit positif tel qu'il est perçu par les individus. Il n'y a lieu, au demeurant, de relever ce caractère que lorsque le « caractère ostensible, aisément perceptible de la réalité juridique » est « démenti par l'analyse approfondie de l'hypothèse »¹⁵⁷. Ce n'est en effet que lorsque les croyances individuelles fondées sur l'apparence du droit positif sont erronées que ce caractère peut produire « des conséquences juridiques en dépit de l'inefficacité totale à laquelle il faudrait logiquement conclure en vertu des règles applicables »¹⁵⁸. En droit, l'apparence n'a en effet d'incidence que lorsque le caractère visible d'une situation est démenti par la vérité juridique.

La théorie de l'apparence, qui vise à corriger les excès et les inepties d'une application trop mécanique du droit positif¹⁵⁹ en prenant en compte la situation apparente au détriment de celle de droit, s'est surtout développée autour de la notion de droit subjectif¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Voir G. KEGEL, « *The Crisis of conflict of laws* », précité.

¹⁵⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Apparent*.

¹⁵⁶ Voir M. BOUDOT, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Apparence*, n° 11.

¹⁵⁷ J. GHESTIN, G. GOUBEUX avec la participation de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, précité, n° 839.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ C'est ainsi que MM GHESTIN et GOUBEUX estiment que la théorie de l'apparence constitue, avec la fraude et l'abus de droit, un correctif à l'application des normes juridiques à la situation de fait qu'elles visent, destiné au respect des finalités du système juridique, *op. cit.*, n° 760. En effet, comme nous l'avons déjà constaté, le respect des prévisions des parties contribue à la justice et l'utilité des solutions retenues.

Quoi qu'il en soit, la genèse de la croyance erronée vient d'une mauvaise appréhension des éléments de fait ou de droit qui dessinent les contours de ces prérogatives individuelles ; autrement dit, d'une mauvaise recherche de la réalité du droit positif ou des faits de la situation en cause. C'est la raison pour laquelle il n'y a, *a priori*, pas de raison de limiter le domaine de la théorie de l'apparence à la notion de « droits subjectifs apparents ».

Il est certain que cette vision est contestée par de nombreux auteurs qui considèrent que la théorie de l'apparence est inséparable de la notion de droit subjectif¹⁶¹. Cependant, ce qu'ils veulent surtout dire par-là c'est que l'apparence ne saurait modifier les règles du droit objectif et en devenir une source¹⁶². Elle ne doit, en effet, agir que pour écarter ponctuellement et exceptionnellement la règle de droit¹⁶³. En théorie, rien n'empêche que cette mise à l'écart du contenu du droit objectif ait lieu pour venir consolider la validité d'une situation juridique objective apparente comme le mariage par exemple¹⁶⁴.

Ainsi, par exemple, la théorie de l'apparence trouve de nombreuses applications en droit pénal¹⁶⁵. C'est également la raison pour laquelle cette théorie pourrait trouver application, en droit international privé, chaque fois qu'un ou plusieurs individus a cru obtenir un droit, détenir une qualité ou être placé dans une situation en vertu d'une loi qui n'était applicable qu'en apparence.

Mme JOBARD-BACHELIER va même plus loin en expliquant que la notion d'erreur légitime ou commune constitue l'élément essentiel de la théorie de l'apparence. Or, en droit international privé, de telles erreurs sont plus fréquentes qu'en droit interne¹⁶⁶. De ce fait le droit international pourrait constituer la matière de prédilection de la théorie de l'apparence¹⁶⁷.

¹⁶⁰ Pour les diverses applications de la théorie de l'apparence voir J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, ouvrage précité, n° 856 et s. ou encore M. BOUDOT, article précité, n° 54 et s.

¹⁶¹ V. notamment M.-N. JOBARD-BACHELIER, thèse précitée, n° 3.

¹⁶² Néanmoins, en poussant très loin le raisonnement théorique on peut être amené à montrer le contraire. En effet, si l'on estime qu'avant tout le droit est une fiction cognitive et qu'est droit ce que nous croyons être droit, l'erreur véritablement commune ou plus exactement universelle issue d'une situation apparente pourrait logiquement être source du droit objectif. Cette vision du droit développée notamment par E. LEVY en 1926 dans *La vision socialiste du droit* justifie d'ailleurs la maxime « *error comunis facit jus* ». Pour l'appréhension du droit comme une fiction juridique voir notamment C. SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude de traitement du droit interne par le droit international*, Pédone, 2001, p. 13 et s.

¹⁶³ M.-N. JOBARD-BACHELIER, thèse précitée, n° 5.

¹⁶⁴ Ce détachement de la théorie de l'apparence de la notion de droit subjectif implique que la responsabilité civile ne peut en constituer un fondement adéquat. En effet, la situation juridique apparente ne résulte pas toujours d'un comportement fautif car il n'y a pas toujours de titulaire véritable. En outre, les juges utilisent parfois la théorie de l'apparence alors même que le comportement du véritable titulaire est irréfutable : Cass. ass. plén. 13 déc. 1962, *D.* 1963, p. 277 note J. CALAIS-AULOIS.

¹⁶⁵ Sur cette question voir notamment Ph. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, thèse, Grenoble, 1984.

¹⁶⁶ Voir *supra* n° 52 et s.

¹⁶⁷ M.-N. JOBARD-BACHELIER, thèse précitée, n° 40 et s.

Celle-ci, jouant « le rôle d'un correctif au fonctionnement des règles juridiques »¹⁶⁸, conduirait à prendre en compte les erreurs des individus dans l'identification de la loi normalement applicable.

La propension de cette théorie à réduire l'insécurité juridique inhérente aux relations internationales ressort clairement de son régime. En effet, sa mise en œuvre exige la présence d'une erreur légitime ou commune ; erreur qui, justement, caractérise les cas d'insécurité juridique¹⁶⁹.

La théorie de l'apparence en droit international privé agirait ainsi à la manière d'une clause d'exception. Cependant, avec ce type de clause les attentes légitimes des parties constituent finalement presque l'unique critère de mise à l'écart de la loi normalement applicable. Cette donnée n'est plus noyée dans le principe plus vaste de proximité.

97. Pourtant, le jeu de l'apparence doit nécessairement être circonscrit et ne peut constituer une méthode générale destinée à lutter contre l'imprévisibilité du droit dans l'ordre international.

98. Cela tient, en premier lieu, au fondement de la théorie de l'apparence. De toute évidence, dire que cette théorie est fondée sur l'erreur légitime, source de droit, ne suffit pas. Il faut nécessairement se poser la question de savoir pourquoi il convient de tenir compte de ces croyances erronées. Quels sont les principes qui justifient qu'une erreur présentant certains caractères puisse être source de droit ?

Comme l'indiquent MM GHESTIN et GOUBEAUX, « un tel principe répond à un besoin de sécurité des relations juridiques. Si l'on a la certitude de ne pas voir remettre en cause les droits que l'on acquiert en fonction de la situation juridique à laquelle on peut croire raisonnablement en examinant les faits, on n'hésitera pas à agir »¹⁷⁰. Cette théorie a donc pour effet de garantir une sécurité juridique dynamique en favorisant les individus qui agissent¹⁷¹. Mme JOBARD-BACHELIER exprime cette idée à travers la notion de validité juridique selon laquelle « les croyances légitimes sont un élément reconnu par le droit lui-même, de

¹⁶⁸ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, ouvrage précité, n° 838.

¹⁶⁹ Voir *supra* n° 49 et 50.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, n° 849.

¹⁷¹ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit français*, précité, p. 71.

relativité de ses propres règles, à la condition toutefois qu'elles tendent à vivifier l'utilité des comportements »¹⁷².

La théorie de l'apparence n'a, en revanche, plus de raisons de jouer lorsqu'elle est privée de son fondement. Ceci est d'autant plus vrai qu'elle peut nuire à une autre facette de la sécurité juridique : la sécurité juridique statique à laquelle aspire le titulaire véritable¹⁷³. C'est pourquoi cette théorie ne joue généralement qu'au profit de tiers acquéreurs victimes de titulaires ou de représentants¹⁷⁴ apparents¹⁷⁵. Cela permet de faire coïncider la réalité avec l'apparence soit en annulant l'acte accompli par le titulaire véritable, soit en validant l'acte effectué sans titre.

Le domaine de cette théorie est déjà limité *ratione personae* aux seuls tiers acquéreurs et *ratione materiae* au droit des contrats.

99. Mais surtout, le jeu de l'apparence n'est, en second lieu, possible que lorsque le juge doit opérer un arbitrage entre deux intérêts privés. L'intérêt général ou les intérêts des tiers ne sauraient être sacrifiés par la mise à l'écart du contenu de la règle normalement applicable. Ainsi, dès que la règle normalement applicable est porteuse de dispositions spécialement nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général, la théorie ne pourra pas jouer.

D'une certaine manière, le jeu de l'apparence, par l'affaiblissement de l'impérativité de la loi¹⁷⁶ auquel il contribue, nuit en lui-même à l'intérêt général.

Cette théorie ne peut donc qu'exceptionnellement servir à améliorer la prévisibilité du droit dans l'ordre international.

100. En toute hypothèse, même ainsi circonscrite, l'apparence ne permet de lutter contre l'imprévisibilité que s'il s'agit d'un principe adopté par le for de référence¹⁷⁷. Pour qu'il soit efficace, il faut donc que ce principe soit retenu de manière générale et qu'il s'inscrive ainsi dans le processus d'universalisation du droit. Comme les correctifs précédents, le principe de l'apparence est donc insuffisant pour sortir des impasses générées par le particularisme.

¹⁷² *Op. cit.*, n° 29.

¹⁷³ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, ouvrage précité, n° 849.

¹⁷⁴ Voir C.-W. CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, LGDJ, t. 340, 2000.

¹⁷⁵ C'est notamment le cas dans la célèbre affaire *Lizardi* : Cass. req. 16 janvier 1861, *Grands arrêts* n° 5.

¹⁷⁶ En l'espèce le terme de loi regroupe aussi bien les règles de conflit que les règles matérielles. Tout dépend s'il s'agit d'une erreur sur l'identité de la règle applicable ou sur son contenu.

¹⁷⁷ Ceci si l'on considère que la règle non-écrite selon laquelle on doit prendre en compte l'apparence est applicable quelle que soit la loi compétente. Sinon l'apparence ne joue que si la loi désignée par la règle de conflit du juge saisi retient la théorie de l'apparence.

Conclusion du Chapitre 1 :

101. Arrivé au terme de ce chapitre, on peut considérer que, du point de vue de l'intérêt des personnes privées, le particularisme conduit irrémédiablement à une impasse. La pluralité des droits matériels et des systèmes de droit international privé génère une insécurité juridique contre laquelle le droit positif de chaque ordre juridique se doit de réagir. Cette réaction a été tentée par divers mécanismes élaborés de manière unilatérale. Certains, comme l'*electio juris* ou la méthode de la *proper law*, agissent de manière préventive. D'autres, comme les clauses d'exception ou la prise en compte de l'apparence, agissent *a posteriori*.

Pourtant, aucun d'entre eux n'est apparu pleinement satisfaisant. En effet, non seulement leur propension intrinsèque à améliorer la prévisibilité du droit pour les sujets du droit international est discutable, mais en plus, leur efficacité est le plus souvent tributaire de l'attitude des ordres juridiques concurrents. En d'autres termes, ils ne sont efficaces que s'ils s'inscrivent dans le processus d'universalisation. Mais, il ne s'agit plus, alors, de mécanismes alternatifs. Aucune issue au problème de l'imprévisibilité du droit ne semble pouvoir ainsi être trouvée dans une optique purement particulariste.

102. On pourrait cependant légitimement penser que, malgré ces inconvénients, le maintien du particularisme se justifie par le refus de chaque Etat de transiger par rapport à sa conception de l'intérêt général. La persistance d'une pluralité des lois substantielles, et dans une moindre mesure des règles de conflit, s'expliquerait alors par les différentes conceptions de la justice des relations individuelles qu'elles soutiennent. L'intérêt général de chaque Etat primerait donc sur l'intérêt qu'ont les particuliers à plus de sécurité juridique.

Cette justification ne peut pourtant pas être admise.

D'une part, comme nous l'avons indiqué, la pertinence d'une solution et sa conformité à l'intérêt général s'apprécient de manière globale. Les considérations relatives à la sécurité juridique et plus précisément à la prévisibilité du droit ne sauraient être occultées.

D'autre part, et c'est sûrement là le plus grave, le particularisme nuit à la réalisation des objectifs d'intérêt général poursuivis unilatéralement par chaque ordre juridique.

Cette nouvelle impasse qu'il convient à présent de mettre en lumière, condamne toute justification du particularisme au nom de l'intérêt général.

CHAPITRE 2 : LA TRANSGRESSION DE L'INTERET GENERAL

103. Les individus poursuivant généralement par leurs actions des fins égoïstes, c'est à une autorité supérieure qu'a été confiée la défense de l'intérêt général. Dans la configuration politique actuelle, c'est aux Etats qu'incombe cette tâche. Ainsi, chaque Etat, détenteur de l'autorité publique, veille à assurer la justice dans les rapports individuels et collectifs. Plus concrètement, c'est en édictant des lois garantes de leur conception de l'intérêt général que les Etats imposent aux individus d'agir dans le respect des conceptions de justice et d'utilité sociale qu'ils défendent.

Cependant, il va de soi que la conception qu'a chaque Etat de l'intérêt général n'est pas étrangère aux données naturelles, culturelles, morales, historiques et rationnelles de la société qui le compose. C'est pourquoi cette conception et les lois qui la traduisent varient selon l'Etat considéré.

104. L'intervention d'un ou plusieurs éléments d'extranéité met en concurrence plusieurs ordres juridiques ayant chacun une conception particulière de l'intérêt général. On peut alors dire que les différentes lois entrent réellement en conflit et qu'il ne s'agit pas seulement de choisir l'une d'entre elles. En effet, il n'y a en réalité aucune raison pour que la conception de l'intérêt général qu'adopte un Etat dans la réglementation des relations internationales diffère de celle qui inspire les solutions préconisées pour une situation interne. Ces situations ne présentant pas de particularité intrinsèque, ce qui est considéré comme juste dans l'ordre interne devrait logiquement l'être aussi dans l'ordre international. Ainsi pour le doyen BATIFFOL la loi nationale a *a priori*¹⁷⁸ une vocation universelle¹⁷⁹.

105. Néanmoins, l'auteur précise que ce caractère ne concerne en réalité qu'un seul élément de la loi : l'élément rationnel. En revanche, le pouvoir de commander de la loi, du fait

¹⁷⁸ Sur les règles autolimitées voir R. DE NOVA, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, précité, t. I, 1960, p. 377 ; K. LIPSTEIN, « Les normes fixant leur propre domaine d'application : les expériences anglaises et américaines », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1977-1979, p. 188 ; P. KINSCH, « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 403.

¹⁷⁹ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, précité, n° 53 et 54.

de la partition de l'ordre international en autant de souverainetés que d'Etats, est nécessairement limité dans l'espace¹⁸⁰. Rien n'oblige donc les autres ordres juridiques à transiger sur leur conception de l'intérêt général et à s'incliner devant celle de l'ordre du *for*. Ainsi l'élément impératif de la loi, nonobstant le caractère universel de la *ratio legis*, est *a priori* limité au territoire de l'Etat qui l'a édicté. Il existe de ce fait, dans l'ordre international, un grand décalage entre le *Sein* et le *Sollen*¹⁸¹.

106. La prise de conscience, par différents Etats, de leur impuissance à imposer, hors de leurs frontières, leur conception de l'intérêt général les a conduit à en forger une nouvelle, spécifique aux relations internationales. Néanmoins, il faut bien se garder de penser que celle-ci procède d'une spécificité *ex natura sua* des rapports internationaux entre personnes privées. Elle n'est que la résultante du constat d'impuissance par les différents ordres juridiques à appliquer, en tous lieux, leur droit matériel. Impuissance qui se traduirait, à vouloir tout de même imposer ses vues, par un manque d'effectivité du droit et un sentiment d'imprévisibilité chez les particuliers qui auraient pu légitimement fonder leurs prétentions en référence à l'attitude d'un autre ordre juridique.

107. La conception de l'intérêt général adoptée par chacun des ordres juridiques ne peut reposer uniquement sur des données abstraites. Elle est nécessairement influencée par la réalisation concrète du droit positif dans l'ordre international. Aussi, le constat de l'échec du particularisme impose-t-il aux Etats de remettre leur conception de l'intérêt général en question pour les relations internationales entre personnes privées. En effet, cette situation entraîne un manque d'effectivité des prescriptions nationales et une imprévisibilité du droit pour les particuliers. Or, de toute évidence, il est primordial que les prescriptions dictées par l'ordre du *for* puissent recevoir application avec un degré suffisant de systématisme. De même, la conception de l'intérêt général ne peut être élaborée en faisant abstraction de l'ensemble des intérêts particuliers. Aussi, convient-il, au regard de ces éléments, de forger une nouvelle conception de l'intérêt général et d'élaborer des règles spécifiques qui y correspondent pour les rapports internationaux entre personnes privées.

¹⁸⁰ Voir dans ce sens R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », précité, p. 297, selon lequel tout ordre juridique a un caractère « virtuellement universel ».

¹⁸¹ Sur ces notions du discours philosophique qui traduisent l'opposition entre l'être et le devoir être voir J.-M. TRIGEAUD, *Introduction à la philosophie du droit*, Bière, 2^{ème} éd., 1993.

108. A nos yeux, cette reconsidération a été opérée par l'adjonction de règles de droit international privé censées, en tenant compte du siège naturel du rapport de droit et de ce qui a pu être décidé à l'étranger, préserver l'intérêt des particuliers et assurer une certaine effectivité de la loi. Ainsi, à la justice de droit matériel se superpose une justice de droit international privé¹⁸².

109. Cependant, comme on a déjà pu le souligner, faute d'universalisation totale des règles de conflits de lois et de juridictions, chacun des ordres juridiques se trouve dans l'incapacité de faire prévaloir sa conception de l'intérêt général dans la réglementation des relations internationales. On pourrait s'en tenir là et estimer que les ordres juridiques n'ont aucune raison de transiger sur leurs conceptions. Pourtant, à y regarder de plus près, on se rend compte que finalement cette situation nuit à l'ensemble des ordres juridiques dans leur mission de sauvegarde de l'intérêt général.

C'est notamment le cas lorsque les particuliers profitent du particularisme des règles de droit international et de droit matériel et font perdre à chaque législation son autorité¹⁸³. Le particularisme n'est en effet pas toujours préjudiciable aux acteurs du droit international privé. Dans certaines hypothèses le manque de coordination entre les différents ordres juridiques leur permet d'obtenir à l'étranger une solution qu'ils n'auraient pu espérer dans l'ordre du for. Cette situation ne nuit pas seulement à un seul Etat dans sa mission de protection de sa conception de l'intérêt général. Elle constitue, au contraire, une menace pour tous les ordres juridiques concernés par la situation.

110. L'intérêt général est ainsi sacrifié, les éléments de la loi étant considérablement affaiblis dans l'ordre international (Section 1). Pour remédier à cet état de fait plusieurs mécanismes ont été imaginés, mais leur efficacité demeure limitée (Section 2). Ainsi, il semble de l'intérêt de tous les ordres juridiques de s'engager dans le processus

¹⁸² Voir notamment sur cette distinction H. GAUDEMET-TALLON, « Cours général de droit international privé, Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », précité, p. 9, spéc. p. 173 et s. et la bibliographie citée à la note 460. Selon l'auteur la justice conflictuelle (justice de droit international privé) consiste dans la recherche « du juste équilibre dans la répartition des compétences judiciaires et législatives alors que les préoccupations de justice matérielle ont trait « aux principes qui animent le droit interne » et au résultat de son application. En réalité, s'agissant *in fine* de juger de la pertinence globale d'une solution, ces deux types de préoccupations sont loin d'être autonomes. D'une part les règles de conflits n'ont pas seulement une fonction répartitrice, elles sont souvent élaborées en tenant compte des principes de la justice matérielle retenus par le for. D'autre part, ce sont les principes de justice conflictuelle qui limitent la vocation universelle des principes de justice matérielle internes en mettant en évidence leur relativité dans l'espace et l'inopportunité de l'application généralisée de la *lex fori*.

¹⁸³ Pour des exemples voir *infra* n° 117 et s.

d'universalisation du droit, les sacrifices consentis étant, à nos yeux, proportionnellement inférieurs aux avantages acquis.

Section 1. L'affaiblissement des éléments de la loi dans l'ordre international

111. La loi se compose de deux éléments distincts : l'élément impératif et l'élément rationnel. Le premier fait référence au pouvoir de commander de la norme. Plus cet élément sera fort plus la loi sera à même d'imposer le précepte de conduite qu'elle contient. C'est donc l'effectivité de la norme qui est visée. Celle-ci sera totale si toute situation qui entre dans le présupposé de la règle est régie par elle. Cependant, cet élément n'a pas de réelle autonomie, il est nécessairement au service de l'élément rationnel. Celui-ci fait référence au sens même de la prescription. La pertinence de cet élément sera quant à elle appréciée en fonction de sa propension à réaliser les objectifs sociaux que la loi se propose d'atteindre. C'est ici l'efficacité de la norme qui est prise en considération. De la même manière, cet élément n'a qu'une autonomie limitée. En effet, la réalisation du but social poursuivi par la norme dépend le plus souvent de l'étendue de son pouvoir de commander.

Le degré de protection de l'intérêt général dépend donc nécessairement du niveau d'effectivité et d'efficacité des normes posées par l'Etat. En conséquence, l'affaiblissement des éléments de la loi dans l'ordre international nuit nécessairement à la sauvegarde de l'intérêt général.

Avant d'aller plus loin dans la démonstration, il convient de préciser qu'un tel affaiblissement des éléments de la loi ne se constate qu'en ce qui concerne le droit d'origine étatique, droit qui justement a spécialement en charge de promouvoir une certaine conception de l'intérêt général.

112. C'est à AGO que l'on doit l'une des premières études mettant en avant la dualité du droit positif¹⁸⁴. Selon cet auteur, le critère de juridicité n'est pas le même selon la nature de la règle considérée. En effet, malgré les nombreuses tentatives, la recherche d'un critère unique

¹⁸⁴ R. AGO, « Droit positif et droit international », *AFDI* 1957, p. 14 et également B.-S. MARKOVIC, « De la dualité du droit positif », *RID comp.* 1995-I, p. 138.

de la positivité s'avère impossible. C'est ainsi que ni le positivisme volontariste¹⁸⁵ ni le positivisme sociologique ne furent à même d'établir un critère de la positivité qui expliquerait l'ensemble du phénomène juridique. Il est aujourd'hui généralement admis que la création juridique est à la fois l'œuvre de la volonté des Etats et le produit spontané de la société.

Face à cette réalité multiple, le débat s'est déplacé à un niveau idéologique et ne peut, par conséquent trouver de réponse catégorique¹⁸⁶. La prééminence du rôle de l'Etat est inévitablement contrebalancée par la nécessaire prise en compte des phénomènes spontanés¹⁸⁷ et inversement.

113. Il est légitime de penser que c'est au droit posé par l'autorité étatique qu'incombe, en priorité, de garantir l'intérêt général. Un groupe social en se dotant spontanément d'une règle régissant son fonctionnement ne prend *a priori* en considération que les intérêts particuliers des membres qui le compose. Ceux-ci ne sont certes pas étrangers à la conception de l'intérêt général retenue par l'Etat au sein duquel évolue le groupe considéré. Néanmoins, la règle créée spontanément n'intègre pas les valeurs et les données qui dépassent le groupe et qui ont présidé au façonnement de la conception de l'intérêt général défendue par l'Etat. C'est la raison pour laquelle, l'intérêt général prévalant sur les intérêts particuliers, les usages *contra legem* ne peuvent accéder à la positivité.

114. Ce droit posé par l'Etat, auquel revient essentiellement la tâche de veiller à l'intérêt général, souffre d'une infirmité intrinsèque inconnue du droit spontané. Il acquiert sa positivité de manière formelle, de sa simple origine et de son respect de la norme supérieure. Contrairement au droit spontané qui n'accède à la positivité qu'à la suite d'un processus de formation spontanée qui postule son effectivité et son efficacité, le droit délibéré d'origine étatique, malgré sa validité formelle, n'est pas nécessairement pourvue de ces qualités¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Selon cette doctrine qui peut prendre plusieurs formes la règle acquiert sa positivité du fait qu'elle a été posée par une autorité compétente, l'Etat (positivisme étatique), ou qu'elle a été établie en vertu d'une norme supérieure qui donne pouvoir à son auteur (normativisme). Sur ces différentes variantes du volontarisme voir P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002, n° 303 et s.

¹⁸⁶ P. DEUMIER, *op. cit.*, n° 320 : « Le débat se réduit à une prise de position idéologique ».

¹⁸⁷ B. OPPETIT, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. Philo. Droit* 1982, t. 27, p. 43, spéc. p. 53.

¹⁸⁸ C'est ainsi que KELSEN introduisait une certaine « impureté » dans sa théorie du droit en admettant qu'« il ne peut être nié qu'un ordre juridique en son entier, tout de même qu'une norme juridique prise isolément, perdent leur validité lorsqu'elles cessent d'être efficaces », cité par P. DEUMIER, thèse précitée, n° 311.

115. Ceci est d'autant plus vrai dans l'ordre international. En effet, du fait des attitudes divergentes des autres ordres juridiques et surtout de la mise à profit de celles-ci par les individus, les lois sont dans l'incapacité de promouvoir la conception de l'intérêt général retenue par l'Etat qui les a édictées. Autrement dit, la relation qui existe entre la règle et la réalité sociale n'est pas celle voulue par son auteur¹⁸⁹. Il y a une remise en cause de l'effectivité (ou autorité) des lois dans l'ordre international.

Cette carence du droit posé par l'Etat dans l'ordre international l'empêche, en outre, de remplir l'objectif social qui lui était assigné¹⁹⁰. Ainsi l'efficacité des lois à garantir la sauvegarde de l'intérêt général tel que conçu par l'Etat est également remise en cause.

116. Il n'est pas ici question d'ériger ces qualités d'autorité et d'efficacité en critères de positivité des lois mais simplement de montrer que la défaillance de l'autorité des lois (§1) et donc de leur efficacité (§2) dans l'ordre international rend difficile la mission naturelle qu'a l'Etat de promouvoir sa conception de l'intérêt général.

§1- La remise en cause de l'autorité des lois dans l'ordre international

117. L'effectivité exprime « la nécessité pour le droit de se traduire en réalité »¹⁹¹. Autrement dit, une norme présente cette qualité lorsque toute situation qui coïncide dans ses éléments intrinsèques à son présumé est, dans les faits, régie par elle. Il est évident que dans l'ordre international, du fait du particularisme des règles de conflits et des droits matériels, toute situation n'est pas régie par la solution préconisée, au regard de sa configuration, par l'ordre du for. Tout dépendra, en effet, du tribunal devant lequel l'affaire sera portée et de l'accueil réservé à la solution du for dans l'ordre du juge requis.

¹⁸⁹ Définition de l'effectivité donnée par J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ, t. 26, 1964, p. 4.

¹⁹⁰ Définition de l'efficacité donnée par le même auteur : *Ibid.*

¹⁹¹ CH. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, LGDJ, t. 219, 1993, n° 215 et également sur cette notion en droit international privé G. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, thèse dactyl., Nice, 1978, p. 5.

Mais à cela on ne peut *a priori* pas changer grand chose car la conception de l'intérêt général de l'ordre du for n'a pas de raison de s'imposer par rapport à celle défendue à l'étranger et inversement.

118. On ne peut cependant pas s'en tenir là car ces différences de vues ne sont pas toujours justifiées par l'attachement respectif de chacun des ordres juridiques concernés à sa conception de l'intérêt général. Le particularisme a cela de pernicieux qu'il a pour cause l'attachement de chaque Etat à remplir sa mission de sauvegarde de l'intérêt général tel qu'il l'entend et pour conséquence de nuire à tous dans ce rôle naturel qui leur est conféré. En effet, l'application des lois dans l'ordre international se heurte non seulement à une limite objective et naturelle qui est l'attitude des autres Etats mais également à une limite subjective imputable aux individus qui tentent souvent de tirer profit du particularisme des solutions.

A nos yeux c'est cette dernière limite, parce qu'elle leur est commune, qui pourrait pousser les Etats à revoir leur position et à faire concorder leurs solutions. Il va en effet de l'intérêt de tous les ordres juridiques, dans leur mission de faire triompher leurs conceptions de justice et d'utilité sociale, d'empêcher les individus de profiter du particularisme en utilisant les différences de points de vues à des fins purement individualistes.

119. Il est constant que « l'intervention d'une ou plusieurs frontières dans une situation privée et la multiplication conséquente des systèmes judiciaires et législatifs potentiellement compétents pour régir cette situation, augmentent, pour les individus, les possibilités de contourner une loi inopportune »¹⁹². En nuisant ainsi à l'autorité d'au moins une des lois¹⁹³, règles de conflits ou droit matériel, concernée par la situation considérée, les individus nuisent à l'ensemble des ordres juridiques dans leur mission de protection de l'intérêt général¹⁹⁴.

¹⁹² E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi, étude de droit international privé*, Defrénois, 2006, n° 5 ; Voir également P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Rép. inter. Dalloz*, V° *Fraude à la loi*, n° 1 : « il y a aussi peu de doute que la fraude à la loi soit inséparable du droit international privé. Cette branche du droit en est effectivement considérée comme le domaine d'élection (...) ».

¹⁹³ C'est à dessein que l'on préfère parler d'autorité plutôt que d'effectivité de la loi. En effet, parfois les individus modifient artificiellement la situation dans laquelle ils sont placés pour échapper à une loi qui leur serait normalement applicable et se ranger sous le régime d'une qui leur semble plus clémente. Ce comportement, s'il nuit au rôle naturel des lois consistant à protéger l'intérêt général ne remet pas pour autant en cause l'effectivité de celles-ci puisque la configuration nouvelle de la situation la fait échapper aux conditions d'application de la loi initialement applicable. En revanche, l'autorité de la loi en tant que pouvoir d'obliger et d'imposer est elle indéniablement ébranlée par ce procédé.

¹⁹⁴ G. DE GEOUFFRE LA PRADELLE exprime cette idée à propos de la fraude à la loi en énonçant qu' « on ne peut en effet, négliger ici que la notion de loi est affectée d'une hypocrisie fondamentale et que cette particularité impose qu'il puisse être fait usage de ce réflexe répressif qu'on appelle exception de fraude. A cet égard il faut rappeler que dans nos systèmes continentaux, la loi est avant tout faite de règles, de normes

Cette pratique est fréquente en droit international. En effet, les individus vident les lois de leur autorité et tirent ainsi profit de leur particularisme en éludant leur application. Pour ce faire, deux types d'attitudes ont été imaginés par les sujets du droit international : modifier artificiellement la situation dans laquelle ils sont placés (A) ou s'adresser à un juge étranger qui se considère concurremment compétent (B)¹⁹⁵. On se rendra compte que ces procédés peu soucieux de l'intérêt général ne sont rendus possibles que par le particularisme des lois substantielles et/ou des règles de conflits.

A- La remise en cause de l'autorité de la loi par la modification artificielle de la situation

120. En droit international privé, la désignation de la loi applicable à un rapport international entre personnes privées requiert de se mettre dans une situation virtuelle de contentieux. Autrement dit, il convient de se mettre à la place du juge qui, saisi d'un litige relatif à la situation considérée, aurait à déterminer le droit applicable. D'ailleurs dans bien des cas cette projection n'est pas seulement virtuelle car les individus voulant éluder la compétence de la loi naturellement applicable modifient artificiellement leur situation et sollicitent l'intervention d'une autorité publique afin de matérialiser l'application de la loi recherchée¹⁹⁶. Cela leur permet d'acquérir un titre certifiant la régularité apparente de la manœuvre opérée. Ils pourront alors se replacer, en toute sécurité, dans la situation initiale modifiée dans le seul but de profiter de la diversité des lois.

Cependant si la diversité des lois matérielles est la raison d'être de ce type de comportements, c'est le fonctionnement de la règle de conflit de lois qui en est le moyen. En effet, la règle de conflit de lois est généralement bilatérale ce qui implique qu'elle peut donner

abstraites et donc générales, et que la règle tire de ce caractère abstrait le préjugé dont la gratifie l'idéologie dominante ; quel que soit son contenu, en effet, la loi est acceptée comme une norme juste parce qu'elle concerne tout le monde, parce qu'elle s'applique à tous. Or, la manœuvre qui fait effectivement échapper une situation donnée aux conditions d'application de la loi marque les limites de cette justice-là : éluder la loi faite pour tous est fréquemment, en fait, à la discrétion de certains ; on doit alors reconnaître que cette loi officiellement générale, donc juste, n'est en réalité contraignante que pour le vulgaire puisque certains, les forts, les riches, ceux qui sont « conseillés », peuvent en éluder les dispositions » : « La fraude à la loi », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1973, p. 119.

¹⁹⁵ Par soucis de commodité nous prendrons, pour établir la démonstration, le point de vue du for, c'est à dire celui de l'ordre juridique français. Il n'en demeure pas moins que les conclusions que nous dégagerons seront tout à fait transposables à tout ordre juridique étranger qui verrait l'autorité des lois qui le composent remise en cause par les comportements décrits.

¹⁹⁶ Voir B. AUDIT, « Fraude à la loi », *J-Cl dr. inter.*, Fasc. 535, n° 3.

compétence à plusieurs lois internes selon la localisation de certains éléments qui caractérisent la situation considérée. Il suffit donc aux sujets du droit international d'adapter leur situation, lorsque cela leur est possible, au rattachement retenu par la règle de conflit pour se voir placer, par l'ordre du for, sous l'empire de la loi matérielle de leur convenance. Cette utilisation de la règle de conflit, destinée à éluder l'application d'une loi matérielle, peut être entreprise de manières différentes.

121. Il est des situations dans lesquelles la question de la loi applicable ne se pose *a priori* pas : les situations purement internes. La manœuvre consiste alors, pour les particuliers soucieux de se dégager des dispositions substantielles internes, à ajouter un élément d'extranéité afin de déclencher un conflit de lois dont l'issue sera favorable à leur dessein. Comme l'indique M. VIANGALLI, ce procédé vaut « pour l'ensemble des catégories de conflits mais se vérifie d'autant plus dans le domaine des contrats que la règle de conflit consiste précisément à laisser toute latitude aux parties pour désigner elles-mêmes la loi compétente, une fois le caractère international du contrat établi »¹⁹⁷. En effet, dans les matières où les parties ne disposent pas, selon le droit international du for, de la liberté de choix de la loi applicable, l'adjonction artificielle d'un élément d'extranéité doit s'accorder avec les préceptes de la règle de conflit pour qu'*in fine* le rapport soit régi par la loi substantielle qui accommode les parties. Cependant, il n'est pas toujours évident, même artificiellement et provisoirement, de prendre une nationalité donnée, de s'établir sur le territoire d'un Etat précis, d'y déplacer ses biens ou le siège d'une société. Sans compter que de telles manœuvres peuvent avoir pour conséquences des obligations secondaires notamment militaires ou fiscales.

En revanche l'internationalisation artificielle du contrat est beaucoup plus aisée car l'adjonction de l'élément d'extranéité, quel qu'il soit, « dégage la convention de l'orbite de la réglementation interne »¹⁹⁸, et ouvre aux parties un choix des plus étendus quant à la loi applicable à leur contrat. Il n'est d'ailleurs nul besoin que l'élément d'extranéité ajouté rattache le contrat à l'ordre juridique ayant édicté la loi que les parties souhaitent voir s'appliquer. Cela découle du texte même de la Convention de Rome du 19 juin 1980. En effet, d'une part l'article 1§1 de la Convention¹⁹⁹ énonce que la simple intervention d'un conflit de

¹⁹⁷ F. VIANGALLI, « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », *RRJ* 2000-3, p. 1147, n° 15.

¹⁹⁸ F. VIANGALLI, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁹ Article 1§1 du règlement « Rome I ».

lois rend le texte applicable et d'autre part son article 3 ne limite *a priori* pas le choix exercé par les parties²⁰⁰. Ainsi, les parties peuvent déplacer un élément du contrat, comme par exemple son lieu d'exécution, dans un pays fiscalement avantageux et au surplus choisir une loi le régissant au fond qui leur permet d'introduire des clauses prohibées par la législation volontairement éludée.

122. Dans l'hypothèse décrite il n'y a pas réellement de manipulation de la règle de conflit mais plutôt une mise en action artificielle de celle-ci. Il est également possible de l'utiliser à dessein en déplaçant l'élément de rattachement qu'elle retient. Ce n'est plus alors le choix qu'elle offre qui est recherché par les parties mais la loi matérielle qu'elle retiendra comme compétente suite à cette modification préalable du rapport de droit. Pour les raisons que l'on a indiquées, cette entreprise s'avère plus difficile à mener à bien. Ceci est d'autant plus vrai que pour qu'une telle manœuvre soit possible encore faut-il que la volonté de l'individu puisse intervenir dans la détermination du rattachement. Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsque celui-ci est le lieu de situation de l'immeuble ou de survenance d'un fait juridique indépendant de la volonté des individus comme un accident ou un décès. Toutes ces raisons font que de tels procédés sont finalement assez rares.

123. Encore plus rare est l'hypothèse dans laquelle les parties adaptent leur situation non plus au rattachement préconisé par la règle de conflit correspondante mais à la qualification du rapport de droit auquel correspond ce rattachement. C'est ainsi que dans l'affaire CARON²⁰¹ une personne propriétaire d'un immeuble en France avait, pour échapper à la réserve héréditaire imposée par la loi française compétente en tant que *lex rei sitae*, transformé, par le truchement d'une société sise à l'étranger, la succession en succession mobilière. La qualification changeant, le rattachement changeait du même coup et la succession devait être soumise à la loi étrangère du lieu du dernier domicile du *de cuius* ; celle-ci, comme on peut l'imaginer, permettant au testateur de transmettre l'ensemble de ses biens à sa guise.

²⁰⁰ Article 3 du règlement.

²⁰¹ Cass. civ. 1^{ère} 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note Y. LEQUETTE ; *JDI* 1987, p. 87, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

124. Dans les hypothèses envisagées, les individus éludent la compétence d'une loi substantielle²⁰² en opérant au sein d'un seul ordre juridique donné. Les parties « cherchent seulement à tirer profit de la diversité des systèmes législatifs de droit interne, en manipulant les règles de compétence législative du for envisagé »²⁰³. Il n'en demeure pas moins que c'est bien le particularisme des droits substantiels qui leur permet d'agir de la sorte. Ce faisant, ils remettent fortement en cause l'autorité de la loi dans l'ordre international.

125. Bien que ces hypothèses soient assez peu fréquentes, cela ne signifie pas pour autant que la remise en cause de l'autorité des lois dans l'ordre international demeure anecdotique. Bien souvent les individus utilisent la diversité des systèmes de droit international privé pour se placer artificiellement sous l'empire d'une loi de leur convenance. Pour ce faire, ils saisissent un juge étranger qui se reconnaît concurremment compétent pour connaître de leur situation. Le particularisme devient alors à la fois la cause et le moyen de ces manœuvres qui mettent à mal l'autorité des lois dans l'ordre international.

B- La remise en cause de l'autorité de la loi par la saisine d'un juge étranger

126. Pour des raisons de bonne administration de la justice et d'accessibilité des tribunaux, plusieurs tribunaux peuvent être compétents pour une même situation litigieuse, y compris du point de vue de l'ordre juridique du for.

A cela s'ajoute le fait que les règles de compétence directe ne sont pas universelles, tant et si bien que certains tribunaux étrangers admettent leur compétence là où ceux de l'ordre du for, placés dans la même situation, se déclareraient incompétents.

De plus, les individus peuvent également, dans une certaine mesure, modifier artificiellement leur situation afin de remplir les critères posés par la règle de compétence directe du juge qu'ils souhaitent saisir.

Ainsi, les sujets du droit international disposent souvent d'un choix important de tribunaux devant lesquels il leur est loisible de porter leur affaire

²⁰² Qu'il s'agisse d'ailleurs de la loi du for ou d'une loi étrangère.

²⁰³ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 268.

127. Or chaque juge, faute d'universalisation des règles de conflit de lois, ne retient pas les mêmes critères de compétence législative. Ainsi, en se renseignant sur le système de droit international adopté par chacun des tribunaux potentiellement compétents, les litigants ont la possibilité d'éluder la compétence de la loi désignée par l'ordre du for pour se placer sous l'empire d'un droit matériel dont l'application correspond mieux à leurs convenances. C'est la situation dite de *forum shopping*. Un exemple topique en est donné dans la célèbre affaire *Weiller*²⁰⁴ dans laquelle des époux français, se heurtant aux rigueurs de la loi française dans leur demande en divorce, portent leur affaire au Nevada où le juge américain, qui se reconnaît compétent, applique sa propre loi beaucoup plus libérale en cette matière.

128. Comme l'indiquent MM. MAYER et HEUZE, cette démarche diffère quelque peu de celle décrite ci-dessus. Il n'y a en effet pas ici de manipulation des éléments de la règle de conflit lois. Ce qui est éludé ce n'est pas la compétence de la loi désignée par la règle de conflit du for mais son application. Ce que recherchent les parties c'est obtenir un jugement que le for ne prononcerait pas s'il était saisi directement du litige pour tenter, par la suite, de l'invoquer dans le pays où ils vivent réellement. D'ailleurs « on pourrait bien concevoir un *forum shopping* sans changement de loi ; un tribunal décidé à se montrer complaisant peut fort bien parvenir à prononcer un divorce en appliquant, de façon tendancieuse quant à l'appréciation des faits, la loi désignée par la règle de conflit du for éludée ». C'est en cela que d'aucuns préfèrent parler de fraude au jugement plutôt que de fraude à la loi²⁰⁵.

Il n'en demeure pas moins que la décision individuelle recherchée dépend de la norme générale selon laquelle elle a été prononcée. Ainsi, même si cela ne se fait qu'indirectement, il va de soi qu'il y a là aussi une remise en cause flagrante de l'autorité de la loi dans l'ordre international. En effet, celle-ci se trouve dans l'impossibilité d'obliger et d'imposer la conception de l'intérêt général dont elle est porteuse dans les rapports entre personnes privées.

129. Ce genre de procédés, assez fréquents dans l'ordre international, n'est pas toujours utilisé au même stade de la procédure. La plupart du temps, les parties, bien renseignées sur l'issue probable que le for donnera à leur affaire, vont directement quérir à l'étranger ce qu'elles ne pourraient obtenir dans leur pays. Cependant, il arrive que les acteurs du droit international ne fassent pas preuve d'une telle diligence. Ils peuvent alors être tentés, si l'issue

²⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère} 22 janv. 1951, *Grands arrêts* n° 24.

²⁰⁵ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 393.

de la procédure ne leur semble pas favorable, de saisir concurremment un juge étranger tout en se désistant de la première instance. C'est ce que certains appellent le *forum shopping* à retardement²⁰⁶.

130. Il est certain que les procédés décrits sont à l'heure actuelle connus et utilisés de longue date par les acteurs du droit international. Ce bref exposé n'a ainsi nullement pour but de les révéler mais simplement d'expliquer leur raison d'être et de montrer que c'est bien le particularisme du droit matériel et/ou des règles de conflit qui offre « la possibilité d'utiliser le droit international privé pour narguer l'autorité des lois »²⁰⁷. De toute évidence aucun Etat ne saurait le souffrir puisque cela entrave fortement sa mission de protection de l'intérêt général. C'est la raison pour laquelle plusieurs mécanismes ont été imaginés par les Etats pour lutter contre ces démarches et rétablir, autant que faire se peut, l'autorité de leurs lois. L'analyse de ces mécanismes imaginés unilatéralement par les différents ordres juridiques montrera les limites de leur efficacité²⁰⁸, raison pour laquelle il peut paraître opportun pour les Etats de combattre le mal à sa racine en se lançant dans le processus d'universalisation du droit. Ceci est d'autant plus vrai que cette perte d'autorité des lois a pour conséquence directe de les empêcher de remplir le but social pour lequel elles ont été élaborées. La conception de l'intérêt général qu'elles sont censées garantir se trouve ainsi derechef mise en danger.

§2- La remise en cause de l'efficacité des lois dans l'ordre international

131. Littéralement, l'efficacité est la capacité d'une action à produire l'effet que l'on en attend²⁰⁹. Ainsi, concernant les lois, il s'agit de leur propension à satisfaire les objectifs pour lesquels elles ont été élaborées. L'efficacité des dispositions législatives se mesure donc concrètement en analysant le mécanisme qu'elles mettent en place en contemplation de leur finalité sociale. Par exemple une disposition instituant un droit de rétractation de sept jours

²⁰⁶ *Ibid.* n° 439 et 443.

²⁰⁷ P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1954, n° 370.

²⁰⁸ Voir *infra* n° 143 et s.

²⁰⁹ *Le Petit Robert*, précité, V° *Efficace*.

pour les consommateurs en matière de vente par correspondance n'est efficace que si elle protège réellement leur consentement.

Une telle appréciation suppose, à la base, que l'on se départisse des conceptions dominantes de la finalité du droit privé qui avaient cours au XIX^e siècle. En effet, à cette époque, la plupart des auteurs considéraient que le droit privé avait essentiellement pour but de délimiter les domaines de liberté des individus²¹⁰. « Le rapport de droit n'est ainsi que le moyen tendant à assurer l'exercice du pouvoir de la libre volonté, alors que la finalité relève exclusivement de la volonté de l'individu. L'Etat n'a pas à déterminer la finalité des règles de droit privé, ni davantage à concevoir de telles règles en fonction d'un intérêt public, économique ou étatique »²¹¹. La loi est ainsi efficace en elle-même, étant donné que sa finalité et son objet se confondent. En effet, par définition, toute loi de droit privé a pour objet de régler les rapports entre personnes privées. Elle atteint donc nécessairement sa finalité qui est de délimiter le pouvoir d'action des protagonistes.

132. Cependant une telle vision des finalités du droit privé est aujourd'hui obsolète. De toute évidence, l'Etat n'est pas indifférent au mode de réglementation des rapports entre personnes privées. Il n'agit plus comme un simple arbitre chargé de concilier des intérêts particuliers antagonistes. D'ailleurs, même à considérer le contraire, il le fait au nom d'une certaine idée de l'intérêt général. Le droit privé est ainsi indéniablement devenu un moyen de régulation de la vie sociale et économique. On a souvent critiqué cette soi-disant ingérence de l'Etat dans les rapports privés au nom de la liberté individuelle. A nos yeux, elle est en réalité naturelle. Les objectifs que l'Etat entend réaliser dans la communauté ne sont pas dictés par un intérêt qui lui serait propre et qui s'opposerait à ceux des individus. Ils correspondent à la mission naturelle de l'Etat consistant à faire prévaloir sa conception de l'intérêt général par rapport aux intérêts particuliers.

133. Ainsi, avec cette vision plus moderne du droit privé la notion d'efficacité des lois reprend tout son sens. En effet, les règles de droit privé n'ont pas pour seul but de déterminer la sphère d'autonomie de chacun des individus. Le pouvoir d'action des particuliers est déterminé en fonction d'une certaine idée de la justice des rapports sociaux. Il est dès lors possible d'apprécier la pertinence des moyens mis en œuvre par rapport aux fins poursuivies.

²¹⁰ Voir notamment F.-C. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, précité, § 15.

²¹¹ A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, II, t. 239, p. 9, spéc. n° 32.

Dans l'ordre interne, l'estimation de l'adaptation de la technique juridique à la politique législative repose essentiellement sur une analyse de la cohérence des lois, de leurs rapports réciproques et de leur adaptation aux contingences matérielles.

La présence d'un élément d'extranéité ne devrait normalement pas changer la base du raisonnement. L'intérêt de l'Etat à l'application de ses lois demeure en effet intact du fait de l'absence de spécificité intrinsèque des relations internationales²¹². Or pourtant, il suffit d'observer le mode de réglementation des relations internationales entre personnes privées pour comprendre qu'aucun Etat ne prétend régir l'ensemble des situations qui se rattachent à lui d'une manière ou d'une autre par son droit substantiel.

134. La première raison est d'ordre historique. La méthode de réglementation des rapports entre personnes privées est, dans la majorité des cas, celle de la règle bilatérale de type savignienne. Ces règles admettent assez facilement l'application d'une loi étrangère dès que celle-ci correspond au siège naturel du rapport de droit. Cette désignation neutre du droit applicable était en adéquation avec la vision majoritaire de la finalité du droit privé. En effet, les lois ayant pour seule finalité de permettre à la volonté individuelle de s'exprimer, il n'y avait pas de raison valable de vouloir étendre le domaine d'application de la loi interne.

135. La seconde raison, plus fondamentale, est d'ordre politique. Les différents ordres juridiques ne peuvent faire abstraction du contexte pluri-étatiques. L'intérêt légitime d'un Etat à l'application de ses lois se heurte nécessairement aux intérêts que les autres Etats portent à l'application des leurs. La volonté qu'aurait un ordre juridique d'imposer à tout prix sa législation serait ainsi nécessairement vaine.

D'une part, le devenir de la solution dictée par ses tribunaux dépendrait de l'accueil que l'ordre juridique ayant une emprise matérielle sur la situation en fera.

D'autre part, le rapport de droit échapperait à l'empire de son droit matériel dès lors qu'il serait porté à la connaissance d'un ordre juridique étranger qui préconiserait une solution divergente qu'il serait en mesure d'imposer dans les faits. Ainsi, plutôt que de prôner des solutions purement formelles, les Etats préfèrent, dans l'élaboration de la réglementation des relations internationales, tenir compte de l'intérêt des autres Etats à l'application de leurs lois. C'est pourquoi tout ordre juridique conçoit l'intervention d'un droit étranger lorsqu'il estime

²¹² A. BUCHER, cours précité, n° 37 : « Celles-ci (les lois), afin de remplir leur rôle de régulateurs de l'organisation socio-économique de l'Etat, doivent, en principe, jouir d'une sphère d'efficacité susceptible d'englober des situations comportant des éléments d'extranéité ».

qu'un Etat, du fait de sa proximité avec la situation considérée, a un intérêt tout particulier à l'application de ses lois. Dans la méthode classique des conflits de lois, l'arbitrage entre les différents intérêts est effectué en fonction de critères, pour la plupart, géographiques. Par exemple, en matière de conditions de forme du mariage, il est évident que l'Etat du lieu de conclusion du mariage a un intérêt primordial à l'application de ses lois.

136. Il n'en demeure pas moins que ces concessions constituent des entraves pour chaque ordre juridique dans sa mission de protection de l'intérêt général. Ces entraves sont néanmoins naturelles car elles sont la conséquence des divergences de conceptions de l'intérêt général. En outre, de telles concessions quant à l'application d'un droit étranger ont pour mérite d'assurer une certaine prévisibilité des solutions pour les particuliers. C'est la raison pour laquelle la méthode classique de réglementation des relations internationales demeure, à l'heure actuelle, la plus apte à concilier les intérêts en présence : intérêts des différents Etats, des particuliers et de la société internationale dans son ensemble²¹³. De manière générale, elle permet une coordination rationnelle des systèmes en circonscrivant de manière appropriée le domaine d'application de loi matérielle de chaque ordre juridique. Cependant si la méthode est bonne dans son principe elle ne l'est pas toujours dans l'usage qu'en font les Etats. Elle est en effet bien souvent mise en œuvre unilatéralement ce qui fait naître un double particularisme qui, s'il est justifié dans certaines hypothèses, s'avère parfois contraire à l'intérêt que chacun des Etats porte à l'application de ses lois.

137. En premier lieu, la méthode classique des conflits de lois repose sur une diversité des lois matérielles. Celle-ci, comme nous venons de l'indiquer, est légitime car elle ne fait que témoigner de la volonté de chaque ordre juridique de s'en tenir à sa propre idée de l'intérêt général. Ce particularisme substantiel est même, en quelque sorte, la raison d'être d'une telle méthode de réglementation des relations internationales entre personnes privées. Pourtant, dans certaines hypothèses, ce particularisme nuit à l'ensemble des ordres juridiques dans leur mission de protection de l'intérêt général. Tel est le cas notamment lorsque les lois en présence, bien que différentes, convergent vers un même but social. Il y a en effet généralement plusieurs moyens pour poursuivre une même finalité. Par exemple, l'institution d'une réserve pour le conjoint survivant n'est pas le seul moyen d'assurer sa subsistance. De la même manière, la célébration devant un officier ministériel n'est pas l'unique façon de

²¹³ Voir *supra* n° 80 et s.

protéger le consentement des époux²¹⁴ ; cette protection peut tout aussi bien reposer sur les seules conditions de fond.

138. Cette diversité des moyens préconisés pour atteindre un même but social peut s'avérer pernicieuse. En effet, la désignation de la loi compétente se fait en fonction de catégories de rattachement assez précises alors que chacune des législations matérielles poursuit le but social pour lequel elle a été élaborée au moyen de l'ensemble de ses dispositions ordonnées pour former un système cohérent. Ainsi, d'un point de vue purement interne, l'efficacité d'une législation ne peut s'apprécier qu'en analysant l'ensemble des dispositions liées logiquement entre elles afin d'atteindre, de la meilleure manière possible, le but social poursuivi. L'intervention d'une ou plusieurs règles de conflits va parfois venir briser l'harmonie des législations internes et empêcher la réalisation du but social pourtant poursuivi par chacune d'entre elles. Pour s'en persuader il suffit de reprendre l'exemple célèbre donné par le doyen BATIFFOL : « Un anglais et une anglaise se sont mariés en Angleterre où ils étaient domiciliés et où leur domicile est resté établi un certain temps après leur mariage. Ultérieurement ils ont émigré en France où ils ont acquis un domicile et où le mari décède. En vertu des règles françaises de conflits de lois le régime matrimonial des époux est déterminé par la loi anglaise, loi de leur domicile matrimonial, mais la succession du défunt est régie par la loi française, loi de son domicile au jour du décès. Or, les époux mariés sans contrat, ce qui est le cas, sont considérés en droit anglais comme séparés de biens ; il en résulte que tous les gains du mari pendant le mariage lui appartiennent, sans que la femme puisse y rien prétendre. La loi anglaise corrige ce résultat choquant par des droits de la veuve sur la succession du mari. Mais, dans l'hypothèse envisagée, et qui a été relevée plus d'une fois, la succession est régie par la loi française ; or la loi française, principalement parce qu'elle attribue à la veuve la moitié de la communauté dans la liquidation du régime matrimonial, ne lui accorde, sauf cas exceptionnels, aucune vocation successorale. Il en résulte que, dans le cas considéré, la veuve ne recueillera rien de la double liquidation du régime matrimonial et de la succession, alors que les deux lois anglaise et française,

²¹⁴ Voir dans ce sens A. BUCHER, cours précité, n° 12 : « L'exigence du consentement du conjoint aux actes afférents au logement familial, au sens de l'article 169 CCS (code civil suisse), n'est pas en tant que telle inhérente au principe général de la protection de l'union conjugal ; elle en concrétise un aspect particulier par une solution judiciaire, mais qui n'est pas la seule que le législateur aurait pu prendre. L'enregistrement des pactes de réserve de propriété selon l'article 715 CCS n'est pas davantage l'unique système apte à répondre au souci de protéger la sécurité des transaction ».

successivement appliquées, pourvoient l'une et l'autre à ses besoins »²¹⁵. Une telle situation ne peut satisfaire aucun des ordres juridiques concernés par le rapport considéré. Pour y remédier et permettre au moins à l'un des ensembles législatifs de réaliser le but social commun deux solutions sont envisageables.

139. La première consiste à désigner une législation dans son ensemble pour régir une situation donnée. Si l'on prend l'exemple du mariage, cela reviendrait à l'appliquer sans distinguer entre conditions de forme et de fond. Même s'il est certain que le droit privé constitue un système unique et cohérent dans son ensemble, une telle démarche consistant à faire régir l'intégralité de la situation par un seul droit matériel pourrait, dans certaines hypothèses, s'avérer satisfaisante. C'est d'ailleurs ce à quoi tend le règlement européen du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité²¹⁶. En effet, même si de nombreuses exceptions demeurent, le principe est celui de l'universalité de la faillite selon lequel : « La loi de l'Etat d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité »²¹⁷. Cela permet de sauvegarder la cohérence de la législation appliquée et de réaliser le but social pour lequel elle a été conçue ; c'est-à-dire, en l'occurrence, considérer les biens dans leur ensemble afin de satisfaire les créanciers et de permettre dans le même temps un éventuel redressement de l'entreprise. Cependant, bien souvent un tel traitement global n'est pas souhaitable en raison de l'étroitesse des liens qui unissent la situation à plusieurs systèmes coexistants²¹⁸. Chaque ordre juridique sera tenté de désigner son propre droit matériel pour régir l'ensemble de la situation. Il s'ensuivra alors un particularisme des règles de conflits qui peut s'avérer nuisible pour la prévisibilité des solutions sauf si l'ensemble des ordres juridiques concernés admet facilement la solution dictée à l'étranger. Ainsi cette solution n'est satisfaisante que si elle s'accompagne d'une universalisation des règles de conflits ou des situations juridiques individuelles²¹⁹.

140. Le deuxième remède consisterait, lorsque le but social poursuivi est commun à plusieurs ordres juridiques, à unifier directement le droit matériel. Cependant, en dépit de l'identité du but social poursuivi cela n'est pas toujours évident du fait de la structure systémique du droit privé. En effet « il suffit que sur un point de quelque importance un

²¹⁵ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, précité, n° 10.

²¹⁶ Règlement CE n° 1346/2000 entré en vigueur le 31 mai 2002.

²¹⁷ Art. 4§2.

²¹⁸ H. BATTIFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, n° 10.

²¹⁹ Sur laquelle voir *infra* n° 350 et s.

système adopte, à tort ou à raison, une position différente de celle qui a paru nécessaire au but supposé commun, pour que toute l'économie des règles subordonnées, et aussi des règles concourantes s'en trouve transformée : la notion même de système explique ainsi les divergences, et en quelque sorte leur organisation »²²⁰. Il n'en demeure pas moins que dans certains cas l'universalisation du droit matériel apparaîtra comme moyen opportun pour rétablir l'efficacité des lois sans pour autant mettre à mal la cohérence du système²²¹.

141. En second lieu, au particularisme des législations substantielles se superpose un particularisme des règles de conflit. Cette situation permet, comme nous l'avons déjà indiqué, aux particuliers d'échapper à l'empire d'une loi qui leur serait normalement applicable. L'arbitrage opéré par les règles de conflits entre les intérêts des différents Etats à l'application de leurs lois se trouve ainsi faussé. Il va donc dans l'intérêt de tous les ordres juridiques de rétablir l'autorité de leurs lois afin de pouvoir garantir l'intérêt général tel qu'ils l'entendent. Une fois encore, le particularisme nuit à l'ensemble des ordres juridiques dans leur mission naturelle et ne se justifie donc plus par la volonté de chacun d'entre eux d'imposer sa vision de l'intérêt général. Ce phénomène pourrait considérablement être réduit par une universalisation des critères de compétence, tout au moins lorsque le particularisme dont elles font l'objet n'est dû qu'à une divergence d'interprétation « du siège naturel du rapport de droit ».

142. Finalement, chaque Etat ayant pour mission de veiller au respect de sa propre conception de l'intérêt général dans la réglementation des relations internationales entre personnes privées, le particularisme est en soi une situation naturelle. Pourtant, du fait de l'attitude des particuliers ou du mécanisme même de la règle de conflit ils pâtissent de cette conjoncture. C'est la raison pour laquelle des mécanismes ont été imaginés de manière unilatérale afin de rétablir l'autorité des lois et permettre à celles-ci d'atteindre le but social pour lequel elles ont été conçues. Cependant, aucun de ces mécanismes ne paraît, à nos yeux, pleinement satisfaisant.

²²⁰ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, n° 23.

²²¹ Voir *infra* n° 326 et s.

Section 2. L'efficacité limitée des mécanismes rectificatifs

143. Aucun Etat ne peut souffrir que sa conception de l'intérêt général soit ouvertement remise en cause par l'attitude des ordres juridiques concurrents ou par des manœuvres peu scrupuleuses des particuliers. C'est la raison pour laquelle, lorsque de tels agissements existent, du fait du particularisme du droit matériel et/ou des règles de conflits, les Etats tentent d'y remédier au moyen de mécanismes divers. Il est d'ailleurs difficile de dire si ces mécanismes ont pour but de rétablir l'autorité de la loi ou de permettre la réalisation du but social pour lequel elle a initialement été édictée tant l'un et l'autre sont intimement liés. En effet, si les individus tentent d'échapper à l'empire d'une loi normalement compétente c'est bien parce que celle dont ils recherchent l'application poursuit une finalité différente, plus en adéquation avec leurs desseins personnels. Au rebours, ce sont ces différences de vues quant aux buts sociaux des lois qui permettent aux particuliers de narguer leur autorité et de tirer profit du particularisme au détriment de l'intérêt général.

Ainsi, même s'il est vrai que certains mécanismes ont pour objectif premier de rétablir l'autorité des lois, ils ont toujours pour effet de replacer la situation sous l'empire de la loi normalement compétente et de lui permettre de réaliser le but social qu'elle poursuit. A l'inverse, un mécanisme qui tend à assurer la réalisation d'un but social précis enlève souvent corollairement aux individus la possibilité d'échapper à une législation qui ne les contenterait pas.

Aussi, l'exposé de ces procédés rectificatifs²²² selon l'effet désiré pêcherait nécessairement par manque d'intérêt. En revanche, on constate que certains de ces mécanismes opèrent la correction après la désignation du droit applicable (§1), alors que d'autres interfèrent dans le mode de désignation en s'assurant *a priori* de la sauvegarde de l'intérêt général (§ 2).

²²² Ces mécanismes rectificatifs destinés à rétablir l'autorité et l'efficacité de la loi dans l'ordre international ont été dénommés par H. GAUDEMET-TALLON, « mécanismes favorisant la justice matérielle » dans un cours paru après l'élaboration du présent titre : « Cours général de droit international privé », précité, n° 253 et s. Les analogies dues, sinon au hasard, au moins à une réflexion commune sur les moyens de réalisation des objectifs d'intérêt général dans l'ordre international ne sont d'ailleurs pas en elles-mêmes gênantes. En effet, outre que l'analyse des ces mécanismes s'avèrera en de nombreux points différente de celle de cet éminent auteur, on tentera surtout ici de démontrer que leur efficacité est limitée.

§1- Les mécanismes d'éviction de la loi normalement applicable²²³

144. Si l'on prend le point de vue de l'ordre du for, la loi peut être désignée applicable de deux manières différentes. Elle peut l'être, au terme du processus conflictuel, par l'un de ses tribunaux auquel il est demandé de trancher un litige international entre personnes privées. Elle peut l'être aussi par un tribunal étranger, les juridictions de l'Etat du for n'ayant à connaître de la situation qu'indirectement. Dans les deux cas les juridictions peuvent juger que la désignation opérée va contre l'idée qu'elles se font de l'intérêt général. C'est notamment le cas lorsque la désignation réprochée n'a été rendue possible que par une manœuvre blâmable des intéressés ou lorsqu'elle conduit à l'application d'une loi étrangère contraire au but social poursuivi par son équivalente dans l'ordre du for. Les juges disposent alors de deux mécanismes afin d'éviter une telle transgression de l'intérêt général : l'exception d'ordre public (A) et l'exception de fraude à la loi (B). Chacun de ses mécanismes est bien connu mais leur examen mérite d'être fait sous l'angle de leur pertinence dans la lutte des méfaits du particularisme.

A- L'exception d'ordre public

145. La méthode classique des conflits de lois, comme nous avons eu l'occasion de le préciser, est née, au moins en partie, de la nécessité d'opérer un arbitrage entre les intérêts respectifs des Etats concernés par une situation donnée à l'application de leurs lois. Cet arbitrage se fait par l'élaboration de critères de rattachement censés établir un lien entre une catégorie de situations et un ordre juridique, en raison de sa prépondérance par rapport à ceux qui unissent le rapport de droit aux ordres juridiques concurrents. Cependant, l'arbitrage opéré peut ne pas satisfaire l'ordre juridique qui, pourtant, l'a consacré par une règle de conflit de lois. Tel est le cas lorsque la règle de compétence législative aboutit à la désignation d'un droit matériel en inadéquation avec l'idée que l'ordre juridique de référence se fait de l'intérêt général. Cette dénégaration de sa propre règle de conflit par le juge peut paraître à première vue

²²³ Voir notamment sur ce thème J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.

assez paradoxale. Elle est cependant justifiée par le haut degré d'abstraction du procédé de désignation du droit applicable²²⁴. En effet, la règle de conflit classique désigne la loi compétente sans tenir compte de son contenu matériel qui peut s'avérer en contradiction avec les finalités poursuivies par le droit matériel du for. Pour éviter de subir les effets néfastes de ce « saut dans l'inconnu » (« *Sprung ins Dunkle* »)²²⁵, pratiquement tous les ordres juridiques ont imaginé un mécanisme permettant d'écarter l'application de la loi jugée indésirable : l'exception d'ordre public²²⁶.

Avant toute chose, il convient de préciser que les dispositions étrangères indésirables ne se présentent pas toujours au juge du for sous la même forme. Elles peuvent être contenues dans une règle générale hypothétique ou dans une norme individuelle de structure catégorique²²⁷.

Dans la première hypothèse, la règle de conflit du for désigne une loi matérielle étrangère compétente qui heurterait, s'il l'appliquait, les valeurs que le juge du for estime fondamentales. Il va alors l'évincer au profit de sa propre loi matérielle.

Dans la seconde hypothèse, les dispositions étrangères incriminées se présentent au juge non plus sous la forme d'une règle générale mais par le truchement d'une norme individuelle ; la plupart du temps une décision de justice étrangère ou un acte public étranger. Le juge du for devra alors décider s'il accorde ou non une valeur normative à la décision individuelle fondée sur les dispositions législatives appliquées par le juge étranger. Elle acquerra cette valeur, lui permettant de devenir impérative et opposable aux tiers dans l'ordre du for, par son adéquation à une norme habilitante constituée par les règles de compétence indirecte de l'ordre juridique de référence²²⁸. Le juge ne dénie donc plus, par le jeu de l'exception d'ordre public, ses règles de conflits de lois mais ses règles de compétence indirecte. Si ces règles de compétence exigent que la décision soit fondée sur la même loi que celle désignée par la règle

²²⁴ Voir Dans ce sens M.-N. JOBARD-BACHELIER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Ordre public international », *J-Cl dr. inter.*, Fasc. 534-1, n° 21.

²²⁵ L. RAAPE, cité par P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 201.

²²⁶ Voir P. LAGARDE, *Rép. inter. Dalloz*, V° *Ordre public*, n° 5 : « On doit en France à BARTIN, en Allemagne à VON BAR, d'avoir systématisé cette conception de l'ordre public, adoptée aujourd'hui par tous les auteurs et consacrée par la quasi-totalité des codifications modernes de droit international privé et par les conventions internationales en matière de conflit de lois ».

²²⁷ Voir sur cette distinction P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Dalloz, 1973.

²²⁸ Voir notamment sur ce point C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, t. 328, 2000, n° 168 et s. ; H. PEROZ, *la réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, t. 430, 2005, n° 195 et s.

de conflit du for²²⁹, le recours à l'exception d'ordre public ne sera nécessaire que si le système conflictuel du juge d'origine et celui du juge requis correspondent. Dans le cas contraire, la norme individuelle prise en application de dispositions étrangères contraires aux conceptions fondamentales du for pourra être invalidée sur le seul fondement de l'application d'une loi jugée incompétente. En revanche, lorsque le for n'exige pas du juge étranger qu'il ait appliqué la loi matérielle désignée par sa règle de conflit, l'exception d'ordre public pourra être utilisée dès que la norme individuelle prise en application d'une loi matérielle étrangère sera jugée contraire à l'ordre public du for.

Ainsi, lorsque le juge a à connaître d'une norme individuelle catégorique, ce n'est pas à proprement parler la loi étrangère qu'il évince au nom de l'ordre public. Il se contente de rejeter la décision individuelle en refusant de lui conférer une quelconque efficacité substantielle dans l'ordre du for. Il n'en demeure pas moins que la loi étrangère est indirectement mise à l'écart étant donné que toute norme individuelle trouve son fondement dans une norme générale. Ainsi, les modalités de mise en œuvre de l'exception d'ordre public diffèrent quelque peu selon la structure de la norme étrangère à laquelle le juge de l'ordre juridique de référence oppose les conceptions qu'il considère comme fondamentales²³⁰. Cependant, ce mécanisme permet toujours, directement ou indirectement, d'évincer l'application d'une loi étrangère jugée indésirable.

C'est en cela que l'on peut considérer qu'il s'agit d'un mécanisme qui permet de rétablir l'efficacité des lois, mise à mal par le particularisme²³¹. D'ailleurs ce rôle de protection de l'intérêt général est inhérent à la notion même d'ordre public. Si les ordres juridiques intègrent généralement une clause d'éviction fondée sur cette notion dans leur système de réglementation des relations internationales, c'est pour lutter contre les atteintes portées à leur conception de l'intérêt général. Pourtant, après analyse, on se rend compte que le mécanisme de l'exception d'ordre public ne remplit pas son rôle de manière satisfaisante ; il s'avère inapte à rétablir convenablement l'efficacité et l'autorité des lois dans l'ordre international.

Aussi, convient-il de démontrer que si la protection de l'intérêt général est la fonction naturelle de l'exception d'ordre public (1°), ce mécanisme n'a en réalité qu'une efficacité limitée (2°) en raison du particularisme qui le caractérise.

²²⁹ Ce qui est d'ailleurs de plus en plus rare et n'est plus le cas en France depuis Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 2007, *Cornelissen*, D. 2007, jurisp. p. 892, note P. CHAUVIN ; D. 2007, jurisp. p. 1115, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *Gaz. Pal.* 29 avril – 3 mai 2007, p. 2, chron. M.-L. NIBOYET ; *Rev. crit DIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT.

²³⁰ M.-N. JOBARD BACHELIER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, article précité, n° 12 et s.

²³¹ Voir *supra* n° 131 et s.

1° - La protection de l'intérêt général, fonction naturelle de l'exception d'ordre public

146. La protection de l'intérêt général est la fonction principale que l'on peut attribuer à l'exception d'ordre public et qui justifie qu'elle puisse venir perturber le jeu normal des règles de droit international privé. Cette prétention à rétablir l'efficacité des lois est inhérente à la notion même d'ordre public.

Le code civil dans son article 6²³² ne donne pas de définition précise de l'ordre public. Celle-ci est en réalité essentiellement l'œuvre de la doctrine²³³ qui, d'ailleurs, peine à s'accorder pour dégager une définition unique. « En fait, si l'ordre public échappe à la définition c'est parce que c'est une réaction »²³⁴. S'agissant d'une notion fonctionnelle²³⁵ elle ne peut être appréhendée que par les objectifs qui lui sont adjoints²³⁶. Cet aspect fonctionnel est d'ailleurs déductible des termes même de la notion puisque le concept d'ordre suppose l'existence d'une finalité : « Pour qu'un ordre soit pleinement satisfaisant, il faut qu'il prenne en compte une finalité et qu'il définisse des principes en vue de cette fin »²³⁷.

Cette finalité qui unit entre elles les différentes manifestations de l'ordre public est sans aucun doute l'intérêt général²³⁸. Or, cet intérêt général, synthèse des données morales, sociales et politiques ayant cours sur un territoire et au sein d'une société²³⁹, est concrétisé, au moins en partie, dans la législation de droit privé de l'Etat correspondant. Ainsi, c'est tout naturellement que l'ordre public, en tant que réaction à une agression dirigée contre la

²³² Art. 6 c. civ. : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

²³³ Voir notamment Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, thèse, Paris, 1953 et plus spécialement en droit international privé P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, t. 15, 1959.

²³⁴ E. AGOSTINI, *Cours de droit international privé*, Mon Livre, Bordeaux, 2007-2008, n° 32, Part. II.

²³⁵ Voir dans ce sens F. TERRE, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1996, p. 3.

²³⁶ C'est ainsi que la définition donnée par G. CORNU repose essentiellement sur les fonctions de l'ordre public : « Ensemble des principes, écrits ou non qui sont, au moment même où l'on raisonne, considérés dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée, mais aussi des lois étrangères », *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Ordre public*.

²³⁷ R. POLIN, « L'ordre public », in *L'ordre public*, PUF, 1995, p. 8.

²³⁸ Voir A. PLANTEY, « Définition et principes de l'ordre public », in *L'ordre public*, précité, p. 27.

²³⁹ R. POLIN, article précité, p. 25 : « L'ordre public est la synthèse toujours en devenir, toujours vivante, ou l'amalgame d'un ordre des mœurs tel qu'il est pratiqué dans les faits, dans une culture ambiante du moment, d'un ordre politique, qui ne pose plus guère de problèmes théoriques, mais dont la pratique, plus ou moins libérale ou plus ou moins autoritaire, est toujours difficile, et de cet ordre nouveau du social, qui est moins un ordre qu'une succession de calmes et de crises provisoirement maîtrisés. »

conception nationale de l'intérêt général générée soit par la manifestation d'une volonté privée soit par l'intervention d'une loi étrangère, veille à la réalisation du but social des lois. Cependant, l'ordre public international se départit de l'ordre public interne en ce sens qu'il n'entend protéger que les objectifs essentiels du for²⁴⁰. Si tel n'était pas le cas, cela reviendrait à nier tout intérêt des autres Etats à l'application de leurs lois et condamnerait de ce fait le mécanisme même de la règle de conflit de lois. Bien que ces objectifs essentiels soient assez difficiles à identifier, les auteurs s'accordent à dire qu'ils se déduisent des principes de justice universelle²⁴¹ ou de politiques législatives impératives²⁴². Sans qu'il soit opportun d'aller plus avant sur la définition du contenu de l'ordre public, on se rend inévitablement compte que la définition même de la notion implique sa participation à la réalisation des buts sociaux des lois.

147. Ainsi, l'exception d'ordre public international, qui n'est que l'une des réactions de l'ordre public, va permettre d'écarter une loi étrangère qui poursuivrait des objectifs par trop différents de ceux inspirés des valeurs considérées comme intangibles par le for. Il faut cependant préciser que théoriquement ce n'est pas le contenu de la règle étrangère qui est mis en balance avec les objectifs essentiels du for mais son application concrète²⁴³. Cela explique que la loi étrangère peut être écartée alors même qu'elle poursuit des objectifs similaires à ceux de l'ordre du for. Tel est notamment le cas lorsque la norme individualisée indésirable est le résultat d'une combinaison malheureuse de plusieurs lois qui poursuivent pourtant des finalités compatibles^{244 245}.

²⁴⁰ Voir notamment R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, précité, p. 65, spéc. n° 1.

²⁴¹ Cass. civ. 25 mai 1948, *Lautour*, *Grands arrêts* n° 19. Ce terme de justice universelle est d'ailleurs assez mal venu car si le principe était réellement universel le problème de la réaction de l'ordre public ne se poserait pas. Il s'agit en réalité des principes de justice que le for considère comme devant être universelle.

²⁴² Voir M.-N. JOBARD-BACHELIER, « Ordre public international », *J-Cl. dr. inter.*, Fasc. 534-2, n° 15 et s.

²⁴³ Voir notamment P. LAGARDE, thèse précitée, p. 164 selon lequel ce qui écarté au nom des valeurs intangibles du for « c'est la norme individualisée, concrétisée par les circonstances de l'espèce, c'est la solution juridique que le droit étranger donne au problème litigieux ». Cette norme individuelle apparaît *ipso facto* lorsque le juge du for statue dans le cadre de la compétence indirecte, en revanche s'il est saisi directement du litige il devra, pour la rendre tangible, simuler l'application du droit matériel étranger désigné par sa règle de conflit de lois.

²⁴⁴ Pour l'explication ce phénomène voir *supra* n° 137 et s.

²⁴⁵ Certains auteurs prétendent que l'exception d'ordre public ne devrait pas jouer dans un tel cas et qu'il vaudrait mieux se servir du mécanisme de l'adaptation, voir M.-N. JOBARD-BACHELIER, article précité, n° 22 et 23. Il n'en demeure pas moins que les tribunaux ont recours à l'ordre public dans de tels cas comme en témoigne la célèbre affaire *Patiño* : Cass. civ. 1^{ère} 15 mai 1963, *Grands arrêts* n° 37 et 38.

148. Ainsi, à première vue, l'exception d'ordre public constitue un mécanisme efficace pour assurer la réalisation des buts sociaux des lois de l'ordre du for. Cela tient à la notion même d'ordre public. Il s'agit en effet d'une notion éminemment fonctionnelle. Or le rôle principal qu'on peut lui assigner est de protéger la conception de l'intérêt général de l'ordre du for. Pourtant, ce mécanisme alternatif au processus d'universalisation du droit a en réalité un rendement très limité. Il s'avère bien souvent impuissant face aux atteintes portées contre la conception de l'intérêt général défendue par le for.

2° - L'efficacité limitée de l'exception d'ordre public

149. La fonction première de l'exception d'ordre public est donc de permettre de rétablir l'efficacité des lois les plus importantes, mise en danger par le particularisme. En évinçant la norme étrangère, le juge lui substitue sa propre loi garante de la conception nationale de l'intérêt général. La réalisation des buts sociaux chers à l'ordre du for est semble-t-il ainsi assurée. Pourtant, après analyse, on se rend compte que l'Etat ne peut pas lutter de manière isolée contre l'affaiblissement de l'autorité et de l'efficacité de ses lois.

150. En premier lieu, l'efficacité des lois ne sera jamais complètement rétablie. En effet, la solution préconisée par le for après qu'il a mis en œuvre l'exception d'ordre public ne s'imposera que dans la mesure de son emprise matérielle sur la situation. Etant donné que l'intervention de ce mécanisme suppose une contradiction flagrante de conceptions fondamentales de l'intérêt général, il est peu probable que l'ordre juridique de la loi évincée, qui, par hypothèse est concerné par la situation, se plie à la solution dictée par les tribunaux de l'Etat du for.

151. En second lieu, ces différences de vues vont nécessairement nuire à la prévisibilité du droit. En effet, en soi, l'exception d'ordre public est un élément perturbateur du jeu normal des règles de conflits. Le contenu de l'ordre public n'étant pas défini avec précision, il va souvent être difficile pour les parties de déterminer par avance quel est le droit applicable. Ceci est d'ailleurs d'autant plus vrai que la violation d'une loi ou d'un jugement à son ordre public international est le plus souvent appréciée par le juge au cas par cas et de manière concrète.

En outre, les sujets du droit international peuvent légitimement fonder leurs prévisions sur un jugement rendu à l'étranger. Le rejet par l'ordre du for d'une décision étrangère au nom de l'ordre public international sera alors générateur de situations boiteuses dommageables pour la sécurité juridique des particuliers. Cet aspect n'est d'ailleurs pas étranger à la doctrine. C'est la raison pour laquelle d'aucuns recommandent aux juges d'user du mécanisme de manière exceptionnelle et avec discernement²⁴⁶. C'est également l'une des justifications que l'on peut trouver à la limitation du jeu de l'exception d'ordre public contenue dans la théorie de l'effet atténué ou dans sa version plus moderne décrite par le terme allemand d'*Inlandsbeziehung*. Ces notions ont certainement pour but de limiter le jeu de l'exception d'ordre public aux cas où il existe réellement un risque de « désordre » du fait de l'application d'une norme étrangère incompatible avec les valeurs fondamentales du for. Cependant, en exigeant une certaine proximité entre l'ordre de référence et la situation, transparaît un certain malaise à utiliser ce mécanisme. Il faudrait être aveugle pour ne pas se rendre compte que derrière ces notions plane l'ombre du problème suscité par le respect des droits acquis.

152. En nuisant ainsi aux intérêts des particuliers le mécanisme perd de sa pertinence. Alors qu'il est censé protéger l'intérêt général, il lui nuit en créant une imprévisibilité du droit. Cette imprévisibilité est générale et ne concerne pas une situation en particulier. C'est le mécanisme de l'exception d'ordre public qui est, en lui-même peu scrupuleux, de la sécurité juridique. De ce fait, par la simple menace qu'elle représente, l'exception d'ordre public nuit à l'ensemble des intérêts particuliers. Or, il est évident que les intérêts particuliers pris dans leur ensemble façonnent en partie la conception de l'intérêt général. Ainsi l'exception d'ordre public ne peut être considérée comme complètement satisfaisante en tant que mécanisme destiné à rétablir l'efficacité et l'autorité des lois dans l'ordre international. En effet, ce rétablissement ne sera pertinent que si sa mise en œuvre n'engendre pas une nouvelle transgression de la conception de l'intérêt général retenue par le for.

153. Finalement, le mécanisme de l'exception d'ordre public ne se justifie que lorsqu'il paraît fondamental de réaliser un objectif poursuivi par le for. Le cas échéant, le particularisme est justifié par la divergence flagrante des conceptions de l'intérêt général. Mais lorsque tel n'est pas le cas²⁴⁷, il s'agit d'un mécanisme peu approprié à rétablir la

²⁴⁶ Voir notamment P. LAGARDE, article précité, n° 6.

²⁴⁷ Par exemple lorsque l'exception d'ordre public tend à écarter une solution indésirable en raison d'une mauvaise coordination des systèmes juridiques : voir *supra* n° 137 et s.

réalisation du but social des lois du fait de l'imprévisibilité qu'il entraîne et de son efficacité limitée. Cette efficacité est d'ailleurs d'autant plus restreinte que les particuliers peuvent profiter de la limitation du jeu de l'ordre public en fonction de la proximité de la situation avec le for en modifiant artificiellement leur situation afin de distendre, au moins en apparence, les liens qui l'unissent à l'ordre juridique de référence. Une telle fraude à l'effet atténué de l'ordre public est alors, comme toute fraude, difficile à déjouer.

B- La sanction de la fraude

154. La diversité des lois matérielles et des règles de conflit ne constitue pas toujours un inconvénient pour les personnes privées engagées dans des relations internationales. Dans certaines hypothèses les parties peuvent tirer profit du particularisme pour éluder l'application d'une loi normalement applicable en vertu des dispositions de droit international privé de l'ordre du for. L'élément impératif de la loi est alors considérablement affaibli si bien que l'Etat dont la loi a été éludée se trouve dans l'incapacité d'imposer la conception de l'intérêt général qu'il entend promouvoir dans les relations internationales. En d'autres termes, les parties se placent volontairement sous l'empire d'une autre loi que celle désignée par les règles de conflit du for au regard de la configuration naturelle de la situation. Il y a donc une atteinte flagrante à la conception de la justice de droit international privé retenue par le for. Cette transgression de l'intérêt général est aggravée lorsque la loi normalement compétente est la loi matérielle du for. La conception de la justice matérielle des relations privées est alors également sacrifiée. Ce genre d'attitudes représente une menace pour l'ensemble des ordres juridiques dans leurs missions respectives de protection de l'intérêt général. Ainsi, en toute logique, il irait de leur intérêt commun de lutter de concert contre ces manœuvres. On reconnaît là l'une des perspectives offertes par le processus d'universalisation du droit puisque ces manipulations n'ont de sens qu'en raison du particularisme. Pourtant, les Etats combattent généralement la fraude de manière unilatérale. Dans cette optique particulariste, plusieurs mécanismes ont été imaginés. Ils diffèrent selon que la fraude est consécutive à une modification artificielle de la situation ou qu'elle se manifeste par la saisine d'un juge étranger. L'analyse de ces mécanismes montre que ni l'exception de fraude à la loi (1°) ni la lutte contre le *forum shopping* (2°) ne permet de rétablir utilement l'autorité de la loi et de garantir une protection satisfaisante de l'intérêt général.

1°- L'efficacité limitée de l'exception de fraude à la loi

155. L'exception d'ordre public est un mécanisme qui permet d'écarter, directement ou indirectement, la loi matérielle compétente en raison de son contenu jugé contraire à l'idée que l'ordre juridique de référence a de l'intérêt général afin d'y substituer *in fine* la loi du for.

L'exception de fraude à la loi produit à peu près le même effet. Néanmoins, la norme étrangère n'est pas écartée en raison de son contenu mais parce qu'elle a été désignée à la suite d'une manœuvre artificieuse de la part des intéressés²⁴⁸. C'est donc principalement le rétablissement de l'autorité de la loi qui est recherché. Contrairement à l'exception d'ordre public, l'exception de fraude à la loi ne remet pas en cause l'arbitrage opéré par les règles de droit international privé. Bien au contraire, elle tend à redonner toute sa signification à cet arbitrage. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle peut jouer en faveur de l'application d'une loi étrangère ce qui est inimaginable avec l'exception d'ordre public²⁴⁹. Ainsi, le reproche que l'on avait formulé ne peut être reproduit en la matière. Il n'y a en effet aucune atteinte à la prévision des parties quant à l'identité du droit applicable. Au contraire, on peut estimer que l'existence d'une telle manœuvre suppose que les parties savaient que leur relation devait normalement être soumise à l'application de la loi qu'elles ont volontairement éludée. Elles ne peuvent être surprises par son rétablissement, subséquent à la mise en œuvre de l'exception de fraude à la loi.

156. Un tel mécanisme paraît donc, à première vue, satisfaisant. Il permet de rétablir l'autorité des lois mise en danger par le particularisme tout en respectant l'arbitrage opéré par la règle de conflit et sans nuire à la sécurité juridique des sujets du droit international.

157. Cependant, l'exception de fraude à la loi est un mécanisme qui ne joue que lorsque la loi a été éludée à la suite d'une modification artificieuse de la situation juridique et non lorsqu'elle résulte de la saisine d'un juge étranger concurremment compétent²⁵⁰. L'exception

²⁴⁸ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, précité, n° 374.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Sur cette distinction voir *supra* n° 128.

de fraude à la loi n'a lieu d'être qu'en cas de manipulation du rattachement retenue par la règle de conflit²⁵¹.

158. Or, nous avons vu que de telles hypothèses sont assez rares en raison de la difficulté et du peu d'intérêt pour les individus de modifier le rattachement dans le seul but d'éluder une législation matérielle. D'ailleurs, le cas échéant, il sera de toute façon très difficile pour le juge de prouver l'intention frauduleuse qui est l'une des conditions d'intervention de l'exception de fraude à la loi. Le juge est en effet contraint d'agir avec circonspection. Le respect des libertés individuelles lui impose de ne pas considérer, à partir d'une simple intuition, que la modification de la situation résulte d'une intention frauduleuse. Ainsi il devra nécessairement justifier l'utilisation de l'exception de fraude à la loi par des éléments objectifs qui n'existent pas toujours au jour du jugement. Ces éléments objectifs sont souvent postérieurs à la modification de la situation. Ils sont en effet constitués, la plupart du temps, par le rétablissement de la situation initiale et naturelle²⁵².

159. Finalement, l'exception de fraude à la loi n'a que très peu d'occasions de jouer si bien que très rares sont les décisions de justice qui la consacrent²⁵³. Il ne peut donc s'agir d'un mécanisme satisfaisant pour rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international et remédier à la transgression de l'intérêt général générée par l'utilisation, à des fins égoïstes, de la diversité des législations.

2°- Les impasses de la lutte unilatérale contre le *forum shopping*

160. L'exception de fraude à la loi n'est pas le seul moyen de lutter contre les manœuvres frauduleuses. D'autres techniques ont été mises au point. C'est notamment le cas lorsqu'il ne s'agit plus à proprement parler d'une fraude à la loi mais d'une fraude au jugement²⁵⁴. Dans cette hypothèse, les individus narguent l'autorité des lois du for en saisissant un juge étranger qui se reconnaît compétent au regard de la configuration initiale de situation ou à la suite d'une modification artificielle de celle-ci effectuée sciemment par les parties. Le but est alors, le plus souvent, d'obtenir un jugement pris en application de règles matérielles différentes de

²⁵¹ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 4^{ème} éd., 2006, n° 238 et *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, n° 7 et s.

²⁵² Voir B. AUDIT, *Droit international privé*, précité, n° 240.

²⁵³ *Ibid.*, n° 241.

²⁵⁴ Pour plus de détails sur ce type de manœuvres également appelé *forum shopping* voir *supra* n° 126 et s.

celles désignées par le système conflictuel de l'ordre du for pour, ensuite, l'y revendiquer. Lorsque cette loi est une loi étrangère et que la manœuvre tend à l'application d'une loi tierce, les tribunaux sont généralement peu enclins à relever l'existence d'une fraude²⁵⁵. L'autorité de leur loi matérielle n'est en effet pas en cause et l'on peut légitimement déduire du sens de la règle de conflit de lois du for saisi que l'ordre juridique désigné par le système conflictuel du for n'a en réalité qu'un intérêt très relatif à l'application de ses lois. En revanche, lorsque la règle de conflit désigne la *lex fori*, la saisine d'un juge étranger, dont le système conflictuel désigne une autre loi pour régir la matière, constitue un affront à l'autorité des lois que l'ordre juridique de référence ne saurait souffrir.

161. La lutte contre la fraude et le rétablissement de l'autorité de la loi se fait alors essentiellement par les règles relatives à la compétence indirecte. En effet, l'exception de fraude à la loi ne peut intervenir que lorsqu'il existe une apparence de régularité. En d'autres termes, il s'agit d'un mécanisme subsidiaire d'éviction de la loi étrangère ou de rejet de la norme individuelle. L'exception ne doit intervenir qu'en dernier recours pour combattre les manœuvres frauduleuses²⁵⁶.

162. C'est donc en priorité sur la compétence du juge que doit porter le contrôle de la régularité de la décision étrangère. Il convient d'évincer la décision ou l'acte public étranger en décelant les véritables motifs qui ont conduit les parties à saisir le juge d'origine. Cette démarche a été consacrée par l'arrêt SIMITCH selon lequel « toutes les fois que la règle française de conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux »²⁵⁷. On constate toutefois que dans la pratique les juges éprouvent de nombreuses difficultés à prouver l'intention frauduleuse. Ils commettent alors souvent un amalgame entre

²⁵⁵ B. AUDIT, « Fraude à la loi », *J.-Cl dr. inter*, Fasc. 535, n° 80.

²⁵⁶ Voir notamment dans ce sens, P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, ouvrage précité, n° 392 : « Il convient cependant de distinguer soigneusement un tel *forum shopping* de la fraude à la loi. L'application de la loi à nos yeux applicable a certes été éludée, mais non sa compétence ; aucune manipulation du critère de rattachement, telle qu'un changement de nationalité n'a été effectuée ; la règle française de conflit, dont notre droit positif exige qu'elle ait été respectée par le juge étranger, n'a pas été détournée, elle a été ouvertement violée. L'exception de fraude à la loi n'est, en conséquence, nullement nécessaire pour aboutir à un refus d'efficacité du jugement étranger : il suffit de constater l'incompétence de la loi appliquée ».

²⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère} 6 févr. 1985, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 243, chron. Ph. FRANCESKAKIS ; *JDI* 1985, p. 460, note A. HUET ; *D.* 1985, jurispr. p. 469, note J. MASSIP ; *Grands arrêts* n° 70

les deux critères de la compétence indirecte posés par le dispositif de l'arrêt *SIMITCH*²⁵⁸. Grande est en effet la tentation pour les juges de déduire l'absence de fraude de l'existence d'un lien caractérisé²⁵⁹. Encore une fois, les difficultés techniques à prouver l'élément subjectif donnent une prépondérance aux éléments objectifs. La fraude sera ainsi considérée comme constituée lorsque la proximité entre la situation est jugée insuffisante et que le jugement aura permis aux parties d'échapper à une loi matérielle, le plus souvent la *lex fori*, qui ne convenait pas à leurs desseins. Cette attitude des juges est des plus critiquables car elle conduit à donner un poids très important au critère de proximité qui, on l'a vu²⁶⁰, est facteur d'insécurité pour les particuliers qui ne peuvent savoir à l'avance si le jugement étranger respectera les conditions de régularité internationale posées par l'ordre du for. En mélangeant lien caractérisé et fraude à la loi, les juges se rapprochent en effet du critère anglo-saxon de *forum conveniens* dont on a pu mesurer les avatars²⁶¹. La prévisibilité du droit est en effet sacrifiée.

Ce procédé de lutte contre le *forum shopping* ne peut ainsi être considéré comme un moyen satisfaisant pour rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international. La protection de l'intérêt général n'est plus garantie étant donnée l'insécurité juridique générée.

163. Nous nous sommes concentrés, ici, sur l'hypothèse dans laquelle les parties saisissent un juge étranger dans le but de se voir appliquer une loi différente de celle qu'aurait désigné le juge français. C'est en effet le cas le plus fréquent de fraude en matière de compétence indirecte. Cependant il peut arriver que la saisine du juge étranger ait pour but d'écarter d'autres types de normes de l'ordre du for. Parfois les parties ne cherchent pas à éluder la loi désignée par le système conflictuel du for mais la procédure en vigueur devant le juge du for ou la clause d'éviction relative à l'ordre public. On parle alors de fraude aux droits de la défense et de fraude à l'intensité de l'ordre public²⁶². Si nous n'avons pas détaillé ce type de manœuvres c'est qu'elles sont moins fréquentes et constituent des exemples moins topiques de la remise en cause de l'autorité des lois dans l'ordre international. En toute hypothèse, de tels cas de fraude sont le plus souvent sanctionnés de la même manière que celui que nous venons d'évoquer. Il faudra en effet rechercher si la saisine du juge étranger a été effectuée

²⁵⁸ Pour une critique de cet amalgame voir notamment P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 373.

²⁵⁹ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère} 28 janv. 2003, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 398, obs. H. MUIR WATT.

²⁶⁰ Voir *supra* n° 93, 94 et 95.

²⁶¹ Voir *supra* n° 90 et s.

²⁶² Voir *supra* n° 153.

dans le seul but d'éluder les règles considérées comme gênantes par les parties²⁶³. La difficulté de prouver l'intention se fera ainsi ressentir de la même manière. Cette recherche d'intention a d'ailleurs été critiquée par les auteurs étrangers et notamment anglo-saxons qui estiment que les juges n'ont pas à porter de jugement moral sur la conduite des parties²⁶⁴.

164. Sans aller jusque là, on peut simplement considérer que la sanction de la fraude, du fait de la recherche d'intention qu'elle suppose, doit être cantonnée à un domaine restreint. Elle doit demeurer un mécanisme subsidiaire de rétablissement de l'autorité des lois.

Les manœuvres frauduleuses trouvent indiscutablement leur cause dans le particularisme des législations²⁶⁵. C'est la raison pour laquelle des perspectives peuvent être offertes par le processus d'universalisation du droit²⁶⁶. En effet, étant donné que les ordres juridiques dans leur ensemble pâtissent de cette remise en cause de l'autorité de leurs lois, il peut leur paraître opportun, lorsque cela semble possible, de faire concorder leurs solutions²⁶⁷. C'est notamment le cas lorsque l'universalisation du droit permet d'aboutir à une meilleure satisfaction de l'intérêt général que ne le permettent des lois, certes empruntées des conceptions nationales de la justice sociale, mais fragilisées par leur isolement sur la scène internationale. Néanmoins, une telle universalisation n'est pas toujours souhaitable ou possible si bien que la théorie de la fraude devra demeurer pour sanctionner les manœuvres les plus blâmables qui ne peuvent être combattues par d'autres mécanismes. En d'autres termes, la lutte contre la fraude n'a de raison d'être que lorsque les différents ordres juridiques n'ont pu trouver de compromis, en raison d'incompatibilités irréductibles de leurs conceptions respectives de l'intérêt général, pour unifier leurs règles de conflits ou leurs droits matériels.

²⁶³ A ce titre on peut noter que la condition d'absence de fraude exigée pour la régularité des jugements étrangers en France n'a que très peu l'occasion de jouer de manière autonome. Elle donne plutôt une directive dans l'utilisation par le juge des autres conditions posées à l'octroi de l'exequatur par l'arrêt MUNZER puis par l'arrêt *Cornelissen*, voir dans ce sens B. AUDIT, article précité, n° 88.

²⁶⁴ Voir notamment V. FAWCETT, « *Evasion of law and Mandatory Rules in Private International Law* », *Cambridge Law Journal*, 1990, p. 44 et s. cité par H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, précité, n° 372.

²⁶⁵ Voir *supra* n° 120 et s.

²⁶⁶ Voir *infra* Première Partie, Titre 2.

²⁶⁷ On pourrait nous objecter que la satisfaction de l'ensemble des ordres juridiques pourrait être atteinte si chacun d'entre eux sanctionnait les manœuvres remettant en cause l'autorité des lois des autres. Cependant, un tel mécanisme généralisé de sanction de la fraude à la loi étrangère, outre qu'il n'élide pas le problème de la recherche d'intention, ne peut être considéré comme mécanisme alternatif au processus d'universalisation du droit. D'une part, l'exception de fraude à la loi devient un mécanisme universel. D'autre part, s'agissant d'un mécanisme subsidiaire, cela suppose que la décision étrangère soit reçue facilement. On se retrouve alors dans une hypothèse d'universalisation des situations juridiques individuelles sur laquelle voir *infra* n° 350 et s.

165. L'exception d'ordre public et la sanction de la fraude ne sont pas les seuls procédés au service de l'intérêt général imaginés unilatéralement par les ordres juridiques. Parmi ces mécanismes destinés à rétablir l'autorité et l'efficacité des lois dans l'ordre international figurent également les lois de police et les règles de conflit à caractère matériel. Il ne s'agit plus alors d'évincer la loi étrangère compétente mais d'agir en amont en prenant la conception nationale de l'intérêt général en considération dans le mode de désignation du droit compétent.

§2- Les mécanismes de « matérialisation » du mode de désignation du droit compétent.

166. On entend par « matérialisation » du mode de désignation du droit compétent, le fait, pour un ordre juridique, de prendre en considération, dans sa méthode de coordination des ordres juridiques, les objectifs poursuivis par sa législation matérielle²⁶⁸. Une telle prise en considération est en principe absente de la méthode traditionnelle des conflits de lois qui suppose une neutralité et une abstraction de la règle de désignation. Cela signifie que la règle de conflit classique se contente d'une localisation objective de la question de droit sans se préoccuper, au moins dans un premier temps, du contenu matériel des législations. C'est ce qui explique que l'arbitrage opéré, par son caractère éminemment abstrait²⁶⁹, empêche parfois les Etats de satisfaire à leur mission naturelle de réalisation des objectifs qu'ils considèrent d'intérêt général. Pour remédier à ces inconvénients et permettre aux lois de réaliser les objectifs pour lesquels elles ont été élaborées, les ordres juridiques ont imaginé, de manière unilatérale, des méthodes concurrentes à la méthode classique de réglementations des rapports internationaux entre personnes privées. Ces méthodes concurrentes ont pour point commun de

²⁶⁸ Sur cette notion voir P. PICONE, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1999, I, t. 276, p. 9, spéc. n° 17 et s. selon lequel « Le processus de « matérialisation » s'est imposé à l'intention de la doctrine européenne suite aux multiples conceptions des conflits de lois proposées par la doctrine américaine entre la fin des années cinquante et le début des années soixante-dix, en critique à la théorie traditionnelle des « *vested rights* » de BEALE ». Parmi ces théories on compte notamment celle des « *governmental interests* » de CURRIE, sur laquelle voir *supra* n° 83.

²⁶⁹ Il faut cependant préciser que le caractère abstrait et la neutralité de la méthode de conflit de lois ne sont problématiques qu'en raison du particularisme des législations matérielles. Ainsi, la cause première de la remise en cause de l'efficacité et de l'autorité des lois est bien le particularisme et non la typologie de la méthode de coordination des ordres juridiques.

prendre en compte les objectifs d'intérêt général les plus prégnants dans la désignation du droit compétent. Un premier mécanisme de « matérialisation » du mode de désignation consiste à étendre le champ d'application des lois du for qui poursuivent des objectifs considérés comme primordiaux : c'est la méthode dite des lois de police (A). Un second intègre dans le présupposé de la règle de désignation le résultat souhaité : c'est la méthode des règles matérielles de conflit de lois (B).

A- Les lois de police

167. L'originalité de la méthode des lois de police est loin d'être reconnue par tous. Pour de nombreux auteurs, les lois de police ne seraient qu'une manifestation particulière d'autres mécanismes connus de longue date en droit international privé. Ce procédé se confondrait soit avec l'exception d'ordre public soit avec la méthode classique de réglementation des relations internationales. Ainsi, il ne pourrait s'agir d'un mécanisme autonome destiné à rétablir l'autorité et l'efficacité des lois dans l'ordre international. Pourtant, l'analyse de la notion de loi de police fait apparaître une autonomie indéniable de cette méthode de coordination des ordres juridiques. Cette originalité est justifiée par le contenu des lois de police. Celle-ci sont en effet porteuses d'objectifs d'intérêt général primordiaux. C'est en cela qu'il s'agit bien d'un procédé spécial de désignation du droit compétent au service de l'intérêt général. Pour autant, on peut rester circonspect quant au rendement de ce mécanisme alternatif au processus d'universalisation du droit. Sa propension à lutter utilement contre la transgression de l'intérêt général générée par le particularisme est en réalité assez limitée.

168. Il convient donc de démontrer que l'originalité de la méthode des lois de police tient à l'importance qu'elle accorde à l'intérêt général (1°) avant de contrôler l'efficacité de ce mécanisme alternatif par rapport au rôle qu'on lui assigne (2°).

1°- L'importance de l'intérêt général dans l'originalité de la méthode des lois de police

169. Bien qu'elle puisse paraître un peu longue au lecteur, l'analyse de la notion de loi de police est nécessaire pour montrer qu'il s'agit bien d'un mécanisme spécial de désignation du

droit compétent au service de l'intérêt général. Ce n'est ainsi qu'après avoir établi que ce procédé, mis en œuvre unilatéralement par les ordres juridiques nationaux, pouvait potentiellement constituer une alternative à l'universalisation du droit que l'on sera en mesure de juger de son efficacité pour sortir des impasses du particularisme.

Donner une définition précise des lois de police s'avère assez délicat étant donné que « la terminologie n'est pas absolument fixée » en la matière²⁷⁰. On retrouve, pour désigner ce type de mécanisme, plusieurs expressions le plus souvent employées indifféremment. Il est ainsi difficile de distinguer rigoureusement entre « lois de police », « règles d'application immédiate » ou encore « règles d'application nécessaire ». Cette pluralité sémantique reflète les différents points de vue à partir desquels les auteurs ont appréhendé la notion.

D'un point de vue fonctionnel, les lois de police sont « les dispositions impératives de la loi d'un (...) pays (qui), selon le droit de ce pays, sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat »²⁷¹.

D'un point de vue conceptuel, les lois de police sont celles « dont l'observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »²⁷². Si certains auteurs ont insisté davantage sur l'un ou l'autre de ces aspects, il nous semble que les deux doivent être pris en considération dans la définition afin de distinguer les lois de police de notions voisines comme les lois d'ordre public ou des simples règles d'application immédiate qui ne poursuivraient pas une finalité d'intérêt général jugée de première importance²⁷³. Un tel choix est justifié par le sens même de la démonstration. En effet, si l'on s'en tenait à l'aspect conceptuel, les lois de police ne constitueraient plus nécessairement un mécanisme de « matérialisation » du mode de désignation mais pourrait agir comme un procédé d'éviction de la loi désignée dont on a déjà pu mesurer les enjeux²⁷⁴. A l'inverse, à considérer le seul aspect fonctionnel, les lois de police ne seraient plus, ou en tous cas moins,

²⁷⁰ P. MAYER, *Rép. inter. Dalloz*, V° *Lois de police*, n° 6.

²⁷¹ Bien que relative, du fait de l'objet de la Convention, aux seules obligations contractuelles cette définition, inscrite par l'article 7 de la Convention de Rome, est extensible à toute autre matière. Comp. article 9§1 du règlement « Rome I » qui allie la définition conceptuelle à la définition fonctionnelle des lois de police : « 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 et économique, au point d'en exiger l'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».

²⁷² Ph. FRANCESAKIS, « Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la « Compagnie des Wagons-lits » », *Rev. crit. DIP* 1973, p. 273.

²⁷³ Voir dans le même sens P. MAYER, article précité, n° 6.

²⁷⁴ Voir *supra* n° 144 et s.

un mécanisme au service de la conception nationale de l'intérêt général mise en danger par le particularisme.

A nos yeux, il est donc préférable de définir les lois de police comme « des règles impératives qui, en raison de leur rôle dans l'organisation politique, sociale ou économique du pays, sont rendues applicables même si elles n'appartiennent pas à l'ordre juridique normalement compétent »²⁷⁵.

170. Cette acception qui allie les définitions fonctionnelles et conceptuelles de la notion devrait suffire à montrer que les lois de police constituent bien un procédé de « matérialisation » du mode de désignation du droit compétent permettant la réalisation des objectifs jugés d'intérêt général par l'ordre du for. Cependant, un tel raisonnement supporterait mal la critique se basant dans son principe sur un argument d'autorité. En effet, s'il est certain qu'une telle définition des lois de police va dans le sens de la démonstration, il n'est en revanche absolument pas avéré qu'elle rende compte d'un phénomène réel, susceptible de systématisation à partir des données du droit positif. Autrement dit, on ne saurait se contenter d'une définition choisie de manière péremptoire sans en avoir préalablement vérifié la véracité. On se doit d'ailleurs de porter un intérêt tout particulier à cette assertion concernant la notion de loi de police. En effet, outre la pluralité sémantique, de vives critiques ont été adressées à la théorie des lois de police. Pour certains elles ne constitueraient pas une catégorie originale de règles de droit international privé et ne devraient donc pas faire l'objet d'une théorie générale²⁷⁶.

171. Un premier type de critique objecte que les lois de police ne seraient qu'une modalité particulière de mise en œuvre de l'exception de d'ordre public. En effet, selon certains auteurs les lois de police agissent de la même manière que la clause générale d'éviction fondée sur l'ordre public. La différence entre les deux procédés tiendrait simplement au fait que l'un assure la sauvegarde des principes fondamentaux de la loi du for alors que l'autre agirait pour évincer la loi étrangère en raison de son incompatibilité avec des règles précises soutenant un objectif d'intérêt général particulier. Ainsi, les lois de police auraient les mêmes effets que l'exception d'ordre public : l'un négatif et l'autre positif. Le premier permet d'évincer la loi

²⁷⁵ P. MAYER, article précité, n° 2.

²⁷⁶ Voir notamment F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, 1973, n° 100.

étrangère normalement compétente, le second indique la solution subsidiaire à retenir²⁷⁷. Il est cependant admis, dans ce courant doctrinal, que l'effet positif des règles de police est beaucoup plus précis, ce qui explique que leur mise en œuvre tend à inverser l'ordre des opérations : « l'effet positif est ainsi immédiat, alors que l'effet négatif se présente comme une conséquence, sous la forme de l'éviction générale de toute loi étrangère »²⁷⁸. Lorsque le juge français indique que les règles sur les devoirs et les droits respectifs des époux (régime primaire) doivent s'appliquer aux couples vivant en France nonobstant la loi applicable au régime matrimonial cela ne serait en réalité qu'un raccourci qui éviterait d'avoir à constater, *ab initio*, l'incompatibilité de la loi compétente avec l'ordre public du for. Pour parachever cette construction, les tenants de cette fongibilité des lois de police dans l'exception d'ordre public estiment que l'application le plus souvent territoriale des lois de police ne serait qu'une manifestation de la relativité de l'exception d'ordre public dans l'espace, exprimée notamment dans le terme allemand d'*Inlandsbeziehung*²⁷⁹.

172. Malgré son aspect séduisant, on ne saurait souscrire à cette interprétation du phénomène des lois de police. Le reproche que l'on pourrait lui adresser est qu'elle attache trop d'importance aux finalités communes des deux mécanismes : la réalisation du but social des lois et la sauvegarde de l'intérêt général. Il n'est pas question de contredire cette identité de finalité puisqu'elle constitue la trame même de ces développements qui ont pour objet de démontrer l'efficacité limitée des mécanismes mis en œuvre unilatéralement par les ordres juridiques en vue de la réalisation d'objectifs d'intérêt général.

En revanche, il est plus gênant de déduire une unité des procédés, au besoin en forçant quelque peu les mécanismes, de cette identité des finalités. Un même but peut très bien être atteint par deux mécanismes qui fonctionnent différemment ; les données du droit comparé en témoignent d'ailleurs de manière flagrante²⁸⁰.

Or, à nos yeux, l'exception d'ordre public et les lois de police sont deux procédés bien distincts dans leur fonctionnement. Il n'est pas possible de prétendre qu'ils agissent au même stade du processus conflictuel et surtout qu'ils produisent les mêmes effets. En réalité, l'ordre

²⁷⁷ Voir notamment dans ce sens A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois », précité, n° 13 et s. : « La clause de réserve d'ordre public assure la sauvegarde tant des principes que des règles d'ordre public (l'auteur, allant jusqu'au bout de sa logique, confond sciemment les lois d'ordre public et les lois de police dont il nie l'aspect fonctionnel particulier). Elle s'applique cependant différemment dans l'hypothèse de telles règles, étant donné que celles-ci portent sur un effet juridique déterminé ce qui n'est pas le cas des principes d'ordre public ».

²⁷⁸ Voir notamment dans ce sens A. BUCHER, cours précité, n° 14.

²⁷⁹ *Binnenbeziehung* en Suisse.

²⁸⁰ Voir *supra* n° 137 et s.

public n'a qu'un effet négatif alors que les lois de police n'ont qu'un effet positif. Il est erroné de penser que l'exception d'ordre public produit un effet positif consistant à appliquer la *lex fori*.

Il n'est nul besoin de passer par l'artifice de l'effet positif de l'exception d'ordre public pour expliquer cette substitution de la *lex fori* à la loi étrangère évincée. En effet, la loi du for s'applique dès que la compétence n'est pas ou plus offerte à une loi étrangère. Cela correspond à sa vocation universelle et non à sa vocation subsidiaire comme certains ont pu l'estimer. « Le titre formel d'application de la *lex fori* est toujours le même, et réside dans le fait que cette dernière est la loi en vigueur dans l'ordre juridique du for, et rien ne change de ce point de vue si le domaine d'efficacité de la loi du for résulte délimité par des règles bilatérales de conflit, ou par des règles unilatérales, ou par des critères incorporés dans les dispositions matérielles elles-mêmes »²⁸¹. En d'autres termes, la loi nationale a une vocation universelle et les règles de conflits n'interviennent que pour en limiter l'application au profit de règles étrangères. L'arbitrage opéré part donc du présupposé de l'application de la *lex fori* et peut se concevoir comme une concession au profit de droits étrangers pour des raisons que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer²⁸². A nos yeux il faut interpréter la règle de conflit de type savignienne comme suit : la loi du for ne doit pas être appliquée si elle ne correspond pas au siège naturel du rapport de droit et doit laisser compétence à celle qui y correspond²⁸³. Le jeu de l'exception d'ordre public annule cette offre de compétence et c'est donc tout naturellement que la *lex fori* s'applique en vertu de sa vocation universelle. Il n'y a aucun effet positif.

173. Ainsi toute règle de conflit qu'elle soit bilatérale ou unilatérale a, selon nous, pour objet de limiter le champ d'application de la *lex fori*.

Dans le système unilatéral de conflit imaginé par QUADRI²⁸⁴, les ordres juridiques se contentent de limiter le domaine d'application de leurs propres lois et s'en remettent à l'opinion que les ordres juridiques concurrents ont sur l'application des leurs dans les interstices laissés vacants par la *lex fori*. C'est la « perspective de l'autorattachement » et de

²⁸¹ P. PICONE, cours précité, n° 3.

²⁸² Voir *supra* n° 134 et s.

²⁸³ Ce qui d'ailleurs ne préjuge ni de son abstraction, le contenu de la règle matérielle n'étant pas pris en compte, ni de sa neutralité puisqu'elle ne donne pas préséance à la *lex fori* qui n'aura pas plus de titres d'application que les lois étrangères dans le cadre d'un fonctionnement normal de la règle de conflit.

²⁸⁴ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples, 3^{ème} éd., 1961 ; Voir également P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1971, p. 209 et p. 415.

l'application des seules lois qui « veulent s'appliquer »²⁸⁵. Cependant cette méthode de coordination ne se distingue pas fondamentalement de la méthode proposée par SAVIGNY²⁸⁶. En effet, il s'agit dans les deux cas d'une localisation spatiale du rapport de droit imposant au juge de recourir à un critère de rattachement afin de dire si la loi du *for* est applicable (unilatéralisme) ou quelle est la loi applicable (bilatéralisme).

Les lois de police ne répondent pas à une autre logique. En effet, lorsque le juge dit que la loi française portant obligation, pour certains groupements, de se pourvoir d'un comité d'entreprise est une loi de police, il fait en réalité application d'un critère unilatéral de rattachement qu'il détermine lui-même²⁸⁷ en fonction du résultat souhaité. Celui-ci est dans la majorité des cas d'ordre territorial mais, comme l'indique Mme DEBY-GERARD²⁸⁸, n'est pas toujours le même du fait de la particularité de chaque loi de police et de la singularité du type d'intérêt qu'elle entend protéger. Pour reprendre notre exemple, la règle unilatérale de conflit pourrait être formulée de la manière suivante : la loi française relative à la représentation du personnel est applicable dès que le groupement considéré a son siège sur le territoire français. On peut en conclure que les lois de police n'ont pas d'effet négatif. Elles s'appliquent en vertu d'une règle de conflit unilatérale²⁸⁹. Il s'agit donc bien d'un mécanisme de désignation du droit compétent et non d'éviction de la loi normalement compétente.

174. C'est cette remarque conclusive qui a fait naître un second type de critiques selon lesquelles la théorie des lois de police n'aurait pas lieu d'être s'agissant d'un procédé déjà éprouvé de réglementation des rapports internationaux. C'est ainsi que Mme DEBY-GERARD estime que « le particularisme des lois de police est appelé à disparaître dans la très grande majorité des cas, faisant figure de simple étape transitoire dans la formation de règles

²⁸⁵ P. PICONE, cours précité, n° 6.

²⁸⁶ Voir dans ce sens P. PICONE, cours précité, n° 6 et s. ; P. MAYER, article précité, n° 3 et 5 ; F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, précité, n° 11 et s.

²⁸⁷ Plus rarement ce critère de rattachement est donné par le législateur comme à l'article L. 333-3-1 du code de la consommation selon lequel les dispositions relatives au surendettement s'appliquent « également aux débiteurs de nationalité française en situation de surendettement domiciliés hors de France et qui ont contracté des dettes auprès de créanciers établis en France ».

²⁸⁸ Thèse précitée, n° 70.

²⁸⁹ C'est la raison pour laquelle on ne peut considérer comme H. GAUDEMET-TALLON, cours précité, n° 254, que les lois de police constituent « un mécanisme correcteur (pour l'auteur correcteur signifie que le mécanisme réintroduit les préoccupations de justice matérielle ; elle y attache donc à peu près le même sens que nous) intervenant en amont de la règle de conflit. Il s'agit en effet en soi d'une règle de conflit. La matérialisation intervient donc dans l'énoncé même de la règle de désignation ; le mécanisme correcteur est intégré « à l'essence même de la règle de conflit ».

de conflit nouvelles, règles spéciales par rapport aux règles de conflit générales qui forment les grands rattachements classiques »²⁹⁰.

Il est vrai que la règle de conflit unilatérale donnant compétence à la loi de police intervient comme une *lex specialis* en ce sens qu'elle déroge à la *lex generalis* constituée par la règle de conflit bilatérale régissant la matière. C'est d'ailleurs ce qui explique que la seconde est écartée au profit de la première. Mais on ne peut se contenter de tirer de cette observation une simple directive d'application des règles en présence. En effet, toute règle spéciale a sa raison d'être dans la nécessité de distinguer au sein du domaine couvert par la règle générale en raison d'une singularité du problème rencontré. En l'occurrence, le rattachement unilatéral spécial a lieu d'être du fait de l'impératif prégnant de réalisation des objectifs d'intérêt général poursuivis par la loi de police²⁹¹. Autrement dit, c'est le contenu spécifique de la loi de police qui justifie une dérogation à la règle générale de conflit.

Le procédé unilatéral de conflit est ainsi justifié par ces objectifs d'intérêt général. S'il est certain que l'unilatéralisme demeure une méthode de réglementation basée sur la localisation des rapports de droit, il n'en demeure pas moins qu'elle est, au sein de cette large catégorie, une variante particulière. Sa singularité provient notamment du fait qu'elle offre des possibilités accrues de prise en considération de l'intérêt de l'Etat à l'application de ses lois. Cet intérêt est déterminé en fonction, certes de la localisation du rapport de droit, mais aussi des intérêts matériellement poursuivis par les lois.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la méthode des lois de police est irréductible à la méthode conflictuelle classique²⁹². Il ne saurait s'agir d'une simple transition vers des règles à caractère bilatéral. Contrairement à ce qui a pu être énoncé²⁹³, la bilatéralisation de la règle spéciale de rattachement n'est en réalité que très peu envisageable. Si elle est, dans la plupart des hypothèses, possible techniquement²⁹⁴ elle est, en revanche, le plus souvent, totalement inopportune. En effet, le domaine exorbitant accordé à certaines lois est justifié par

²⁹⁰ Thèse précitée, n° 82.

²⁹¹ Voir déjà dans ce sens F.-C. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, précité, § 349 selon lequel certaines lois étaient « d'une nature positive rigoureusement obligatoires, dictées par un motif d'intérêt général ».

²⁹² P. MAYER, article précité, n° 33 et s.

²⁹³ F. DEBY-GERARD, thèse précitée, n° 72 et s.

²⁹⁴ Tel n'est cependant pas le cas lorsque la règle unilatérale spéciale donne compétence à des lois qui instituent un privilège de nationalité ou opère au moyen de critères alternatifs : *Ibid.* n° 80. Ces difficultés techniques ont pu paraître anodines à l'auteur. Pourtant elles sont bien révélatrices, selon nous, du particularisme de la méthode des lois de police. En effet, dans les deux cas la bilatéralisation est impossible en raison de l'extension accrue du champ de compétence de la *lex fori* qui ne peut réaliser ses objectifs d'intérêt général qu'en étant appliquée très largement. Le rattachement unilatéral est donc au service du contenu particulier de la loi en question et de l'intérêt que le for porte à son application.

l'importance des buts qu'elles poursuivent. Il n'est en revanche pas dit que les lois étrangères correspondantes poursuivent les mêmes buts et/ou y attachent la même importance.

Ainsi, si l'on rendait les lois étrangères applicables malgré leur volonté ou en dépit de leur contenu très différent, sur des questions que l'on juge, par hypothèse, primordiales, il y a fort à parier que la prévisibilité du droit applicable en pâtirait fortement.

Le fonctionnement de la règle de conflit de lois serait en effet très fréquemment perturbé par le jeu du renvoi ou de l'exception d'ordre public. Cette remarque est d'ailleurs également valable, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne la compétence indirecte. En outre la bilatéralisation s'accorde mal avec la vocation universelle de la *lex fori*. Ce n'est pas parce qu'il existe une règle spéciale de rattachement donnant à la *lex fori* un domaine exorbitant de compétence qu'elle entend céder, au profit d'une loi étrangère, la compétence supplémentaire qui pourrait lui être conférée en vertu de la règle générale de conflit de lois. Prenons par exemple, la loi relative au régime primaire des époux. La règle de conflit générale vient limiter la vocation universelle de la *lex fori* en énonçant qu'elle ne doit, lorsqu'une volonté est exprimée, s'appliquer que si elle a été choisie par les parties. La règle spéciale unilatérale crée quant à elle un domaine exorbitant pour la loi française relative au régime primaire en indiquant qu'elle s'applique dès que le couple réside sur le territoire français. Si l'on bilatéralise cette dernière règle spéciale cela signifie donc que l'on estime, de manière péremptoire, que la *lex fori* dénie sa compétence si le couple, qui l'aurait pourtant choisie, est établi à l'étranger. D'une part, une telle interprétation paraît peu en adéquation avec le sens de la règle spéciale qui n'entend pas limiter le domaine de la *lex fori*, mais qui, bien au contraire, l'accroît en raison du résultat recherché, sans se soucier de l'intérêt des autres lois à s'appliquer. D'autre part, elle correspond mal à la logique unilatéraliste qui laisse aux lois étrangères le soin de délimiter leur domaine d'application.

Il est en effet loin d'être évident que la loi étrangère accepte la compétence qui lui est offerte par la règle spéciale de conflit bilatérale et veuille déroger à la règle générale. L'harmonie internationale des solutions et par conséquent la prévisibilité du droit applicable souffrirait indéniablement de cette situation. Ceci est d'autant plus pernicieux dans l'exemple choisi que l'*electio juris*, règle d'origine conventionnelle, s'inscrit dans le processus d'universalisation voué à gommer ces inconvénients.

175. On a pu objecter à ce propos que le jeu du renvoi pourrait permettre de sortir de cette impasse²⁹⁵. Cependant, par sa complexité et son haut degré d'abstraction, le mécanisme du renvoi est loin de permettre une prévisibilité satisfaisante des solutions. En outre, il a été démontré qu'il ne permet d'aboutir à une certaine harmonie des solutions que lorsqu'il intervient au second degré ou que les ordres juridiques adoptent des attitudes qui ne sont pas symétriques²⁹⁶.

176. Finalement, bien qu'elle ait pu paraître un peu longue, cette analyse était nécessaire pour montrer que les lois de police présentent une réelle unité en tant que méthode de coordination des ordres juridiques dès lors que l'on combine la définition fonctionnelle et la définition conceptuelle. Il est vrai qu'à ne considérer qu'un seul de ces aspects, les lois de police peuvent être assimilées soit à l'exception d'ordre public soit, par le jeu de la bilatéralisation, à la méthode traditionnelle de conflit de loi. Cependant, cela reviendrait à ne pas considérer le phénomène dans son intégralité. La technique particulière de rattachement dont elles font l'objet est au service des objectifs d'intérêt général déductibles de leur contenu matériel. De la même manière, l'impératif de réalisation de ces objectifs impose le rattachement unilatéral spécial. Autrement dit, ce qui fait l'originalité et le particularisme des lois de police n'est ni leur contenu ni le rattachement dont elles font l'objet mais la réunion de ces deux éléments²⁹⁷. C'est en cela qu'il s'agit bien d'un mécanisme de « matérialisation » du mode de désignation par « autorattachement ». Seule la définition donnée initialement est donc viable. Comme on a pu l'indiquer, cette définition va dans le sens de la démonstration puisque la règle spéciale intervient au nom du rétablissement d'une certaine idée de l'intérêt général mis en danger par le particularisme des solutions. Est-ce pour autant un mécanisme pleinement efficace ?

2°- L'efficacité limitée de la méthode des lois de police

177. La capacité des lois de police à lutter contre les atteintes portées à la conception de l'intérêt général du for est en réalité assez limitée. En effet, la règle spéciale de rattachement a

²⁹⁵ F. DEBY-GERARD, thèse précitée, n° 98.

²⁹⁶ Voir *infra* n° 561.

²⁹⁷ Ceci est d'ailleurs clairement explicite dans la définition suisse des lois de police à l'article 18 LDIP aux termes duquel : « Sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi ».

pour effet d'attribuer à la *lex fori* un domaine exorbitant de compétence fondée sur le but poursuivi par la règle. En revanche, la règle générale est habituellement plus neutre et se base, pour définir le rattachement, sur des critères objectifs de localisation. Elle est donc plus facilement adoptée par l'ensemble des ordres juridiques qui ont, *a priori*, peu de raisons de s'en départir pour donner compétence à la loi de police du for. Cette dernière est effectivement rendue applicable en vertu d'une règle de conflit unilatérale spéciale. Les ordres juridiques étrangers n'ont aucune raison de retenir ce critère de rattachement spécial étant donné qu'il est au service de la conception de l'intérêt général du for. Aussi, la réalisation des objectifs d'intérêt général ne se fera qu'au sein de l'ordre du for et ne s'imposera que difficilement à l'étranger.

178. On pourrait nous objecter que cela posera en réalité peu de problèmes étant donné que le rattachement particulier est le plus souvent d'ordre territorial, l'ordre du for estimant qu'il n'a un intérêt impérieux à l'application de ses lois que pour les rapports juridiques qui naissent ou épuisent leurs effets sur son territoire. Cependant, ce serait mal connaître la diversité du phénomène croissant des lois de police. Dans bien des hypothèses, la réalisation des objectifs d'intérêt général poursuivis par le for requiert d'imposer l'application des lois de police hors des frontières. En témoigne, par exemple, l'article L. 333-3-1 du code de la consommation selon lequel les dispositions relatives au surendettement s'appliquent « également aux débiteurs de nationalité française en situation de surendettement domiciliés hors de France et qui ont contracté des dettes auprès de créanciers établis en France ». Dans cette hypothèse l'application de la loi de police est extraterritoriale comme elle l'est dans l'article 38 de l'EBGBG selon lequel on ne peut réclamer d'un ressortissant allemand, responsable d'un acte illicite, des dommages-intérêts plus élevés que ceux prévus par la loi allemande.

179. L'application extraterritoriale de la loi de police entraînera alors la formation de situations boiteuses. En effet, l'ordre juridique sur le territoire duquel se développe la situation sera peu enclin à recevoir la solution donnée par les juridictions de l'ordre du for sur le fondement d'une loi de police à laquelle il dénie toute compétence.

Il est cependant vrai que la condition de contrôle de la loi applicable tend à disparaître²⁹⁸. Ainsi, ce n'est pas parce que le juge français aura appliqué sa propre loi de police en vertu du

²⁹⁸ Voir pour son abandon en France Cass. civ. 1ère 20 fév. 2007, *Cornelissen*, précité.

rattachement unilatéral spécial que les autres ordres juridiques refuseront de donner effet à sa décision.

Cette objection est juste de manière générale mais ne tient pas compte de la spécificité des lois de police. L'abandon du contrôle de la loi appliquée n'implique pas l'abandon de tout contrôle substantiel de la décision étrangère. Une non-conformité du jugement étranger à l'ordre public du for sera sanctionnée au moyen de la clause générale d'éviction prévue à cet effet. Or les lois de police ont cette particularité de contenir des objectifs d'intérêt général qui, pour certains d'entre eux au moins, sont considérés comme fondamentaux. Les jugements du for pris en application des lois de police seront dénués d'effet à l'étranger dès que les objectifs, considérés comme tout autant fondamentaux, qui y seront retenus différeront intensément de ceux défendus par le for.

180. Du point de vue opposé, le juge du for refusera de donner effet aux jugements étrangers ayant méconnu une de ses lois de police qui se voulait pourtant applicable au regard de la configuration de la situation.

Ces situations boiteuses pourraient être mises à profit par les particuliers les plus diligents. En effet, il leur suffirait, pour échapper à l'application des lois de police, de saisir le tribunal d'un autre pays que celui qui les a édictées. Il y a là une nouvelle cause de *forum shopping* et une nouvelle perte d'autorité des lois dans l'ordre international.

181. Une solution à ce problème serait l'application des lois de police étrangère. Il s'agirait alors de déroger à la règle générale de conflit en admettant les critères spéciaux de rattachement retenus à l'étranger²⁹⁹. Rien ne s'oppose, si ce n'est la réticence de certains Etats à prêter main forte aux politiques d'intérêt général des autres³⁰⁰, à cette directive préconisée à l'article 7§2 de la Convention de Rome selon lequel « 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 (...) ».

²⁹⁹ Voir dans ce sens P. MAYER, « Loi de police », précité, n° 28 et s. et également S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004, n° 314 et s.

³⁰⁰ C'est ainsi que le Royaume-Uni, l'Allemagne et le Luxembourg ont émis une réserve d'application à l'égard de l'article 7§2 de la Convention de Rome. On notera d'ailleurs que le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark n'ont pas participé à l'adoption du règlement « Rome I » et qu'ils ne sont, par conséquent, pas soumis à son application.

Cependant, comme dans tout procédé unilatéraliste pur, on assistera à des situations de cumul auxquelles la loi du for peut d'ailleurs être partie. Il faudra alors trouver des solutions pour sortir de l'impasse à laquelle mènent de telles situations pour lesquelles plusieurs lois de police se veulent applicables. En outre, le problème de la contrariété à l'ordre public demeurera. Cela est en soi naturel puisque le jeu très limité de la clause d'éviction est la traduction d'un particularisme irréductible : les conflits insolubles de conceptions de l'intérêt général.

Mais surtout, les lois de police ne constituent plus un mécanisme de rétablissement de l'intérêt général alternatif au processus d'universalisation. L'application des lois de police étrangère suppose que l'on retienne le critère de rattachement spécial prévu par le droit étranger. Ainsi les règles de conflit spéciales prévues par chaque ordre juridique s'imposent, avec une force obligatoire plus ou moins importante, aux autres. En somme, on est en présence de règles de conflit spéciales partagées par un grand nombre d'Etat. Autrement dit, bien que cela puisse paraître paradoxal s'agissant de la méthode des lois de police, il s'agit d'une universalisation du droit international privé fondée sur l'unilatéralisme.

182. Finalement, les lois de police ne constituent un mécanisme apte à rétablir l'autorité des lois et leur efficacité que si elles s'inscrivent dans le processus d'universalisation du droit. Dans le cas contraire leur propension à protéger l'intérêt général tel que conçu par l'Etat qui les a édictées est limitée étant donné qu'elles génèrent, par leur particularisme, une imprévisibilité du droit sans pour autant rétablir pleinement l'autorité des lois.

D'ailleurs, d'après certains, cette imprévisibilité est inhérente au mécanisme des lois de police. En effet, il sera souvent difficile de prévoir à l'avance quelles lois le juge qualifiera de lois de police et quel sera leur « domaine d'application rationnellement lié à leurs objectifs »³⁰¹.

Il convient maintenant de savoir si l'on peut émettre le même type de critiques à l'encontre des règles matérielles de conflit, autre procédé de « matérialisation » du mode de désignation du droit compétent.

³⁰¹ P. MAYER, article précité, n° 32.

B- Les règles matérielles de conflit de lois

183. La « matérialisation » du mode de désignation du droit compétent implique, dans la réglementation des rapports internationaux entre personnes privées, une prise en considération des finalités contenues dans la législation substantielle du for. Cette prise en considération peut se faire au stade de l'application de la loi désignée par la règle de conflit traditionnelle. C'est notamment le rôle de l'exception d'ordre public. Cependant, le jeu de cette clause d'éviction qui vient perturber le jeu normal des règles de conflit doit rester exceptionnel au risque, dans le cas contraire, de créer une imprévisibilité du droit applicable. C'est la raison pour laquelle les ordres juridiques, désireux de rétablir l'efficacité de leurs lois et d'accomplir pleinement leur mission naturelle de protection de l'intérêt général, ont imaginé des mécanismes leur permettant de tenir compte de ces objectifs primordiaux dès le moment du choix de la loi applicable.

On vient de voir, avec les lois de police, que cela pouvait se faire au moyen d'un rattachement approprié à la réalisation des objectifs d'intérêt général poursuivis par la loi. La « matérialisation » peut être encore plus directe lorsque le résultat souhaité constitue le présupposé de la règle de conflit. C'est la méthode des règles matérielles de conflit. Ce procédé semble bien tendu vers la satisfaction de l'intérêt général puisque la loi désignée permettra, par hypothèse, de réaliser l'objectif d'intérêt général poursuivi par le for. Pourtant, comme pour les lois de police, de nombreux auteurs se montrent sceptiques quant à l'autonomie de la méthode des règles de conflit à caractère substantiel.

Il convient donc, afin de montrer qu'il s'agit bien d'un mécanisme original de rétablissement de l'autorité et de l'efficacité des lois dans l'ordre international, de prouver cette autonomie de la méthode des règles matérielles de conflit (1°).

On se rendra ensuite compte que ce procédé, bien qu'original, ne permet de corriger les transgressions de l'intérêt général générées par le particularisme que dans une certaine mesure. Son domaine est en effet nécessairement limité (2°).

1°- L'autonomie de la méthode des règles matérielles de conflit

184. Avec ce mode de désignation du droit compétent, la loi applicable « est sélectionnée dès le départ en raison de son contenu et/ou en fonction des intérêts qu'elle permet matériellement de protéger »³⁰². Concrètement, ces règles se présentent sous des formes distinctes, le point commun étant de conditionner l'application de la loi à un résultat souhaité³⁰³. Ainsi, M. PICONE, distingue trois variantes au sein de cette catégorie³⁰⁴.

185. Une première variante est constituée par les règles de conflit dites alternatives³⁰⁵. La structure de ces règles est la suivante : le législateur définit un résultat souhaité et désigne ensuite plusieurs lois parmi lesquelles sera choisie celle qui permet de produire l'effet recherché. C'est ainsi, par exemple, que l'article 1^{er} de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 relative aux conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires indique qu'« une disposition est valable quant à la forme (le résultat souhaité est la validité) si elle répond à la loi interne a) du lieu où le testateur a disposé ou b) d'une nationalité possédée par le testateur... » (huit rattachements alternatifs). On peut faire entrer dans cette sous-catégorie les règles à rattachements cumulatifs. En effet, bien que symétriquement opposées, elles se présentent de la même manière. On définit un résultat et on exige pour qu'il se produise qu'il le soit en vertu de plusieurs lois prédéfinies. Une telle règle se présenterait de la manière suivante : le mariage n'est valable que s'il est considéré comme tel en vertu de chacune des lois nationales des époux, de la loi du lieu de célébration... La seule différence avec les lois alternatives est que dans un cas le législateur exprime une faveur pour le résultat qui constitue le présumé (dans l'exemple choisi *favor validitatis*) alors que dans l'autre il exprime une défaveur pour ce résultat.

186. La seconde variante est constituée par « les règles de conflit qui, après avoir fixé un critère de rattachement principal objectif prévoient un ou plusieurs critères de rattachement

³⁰² P. PICONE, cours précité, n° 20.

³⁰³ Sur la genèse de ces règles et leur lien de parenté avec les doctrines américaines de la seconde moitié du XX^e siècle voir H. GAUDEMET-TALLON, cours précité, n° 218 et s.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Sur lesquelles voir notamment J.-P. LABORDE, *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, thèse dactyl., Bordeaux, 1981, n° 284 et s.

subsidiaries matériellement conditionnés »³⁰⁶. En somme, le législateur indique un rattachement traditionnel et un résultat souhaité. Lorsque la loi désignée à titre principal ne permet pas de produire ledit résultat il est alors fait appel à une ou plusieurs autres lois qui ne seront appliquées que si elles permettent sa réalisation. La Convention de la Haye du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable aux obligations alimentaires offre un exemple de ces règles matérielles subsidiaires lorsqu'elle énonce, à propos des effets du mariage, que la loi applicable est celle de la résidence du créancier mais que si celle-ci n'ouvre pas droit à des aliments il faudra appliquer celle de la nationalité commune des époux à laquelle se substituera, en cas de nouveau refus, la loi de l'autorité saisie. M. PICONE fait entrer dans cette catégorie les règles posées aux articles 5 et 6 de la Convention de Rome créant des rattachements spéciaux pour protéger la partie considérée comme étant la plus faible³⁰⁷. Ces dispositions indiquent en effet que la loi choisie par les parties (rattachement principal) ne pourra priver le consommateur des dispositions protectrices de la loi de sa résidence habituelle et le salarié de celles du lieu d'accomplissement du travail (rattachement subsidiaire). Ces dispositions agissent, selon nous, plutôt comme des lois de police³⁰⁸. En effet, les dispositions protectrices sont rendues applicables non seulement en fonction de leurs finalités mais également de la proximité de la situation avec l'Etat qui les a édictées. Autrement dit, il y a un rattachement spécial qui déroge à un rattachement général pour permettre aux Etats de réaliser leurs objectifs d'intérêt général. Le critère de localisation ne sert plus à une simple identification des lois. Il témoigne de l'intérêt primordial de l'Etat du lieu de résidence du consommateur ou du lieu d'exécution du contrat de travail pour l'application de sa loi. Ainsi, le rattachement principal n'est pas écarté en raison de l'absence d'un résultat mais plutôt du fait de son inadaptation au regard des finalités poursuivies par un ordre juridique spécialement concerné par la situation.

M. PICONE ajoute une troisième variante dans cette catégorie des règles de conflit matérielles. Elle serait constituée par « les règles de conflit qui attribuent à une ou plusieurs parties (en vue de privilégier fonctionnellement le résultat matériellement plus favorable pour celles-ci) le choix de la loi applicable, que ce soit parmi plusieurs lois placées au départ sur le même plan (...), ou que ce soit par dérogation au critère de rattachement principal ou objectif

³⁰⁶ P. PICONE, cours précité, n° 21.

³⁰⁷ Articles 6 et 8 du règlement « Rome I ».

³⁰⁸ Voir dans ce sens P. MAYER, article précité, n° 38 mais *contra* : H. GAUDEMET-TALLON, cours précité, n° 220.

(...) »³⁰⁹. Une illustration de cette troisième variante est contenue dans l'ancien article 311-16 al. 2 du code civil qui indiquait que la légitimation par autorité de justice « est régie, au choix du requérant, par sa loi personnelle ou par celle de l'enfant ». Il ne nous semble pourtant pas que ce type de règles réponde à la même logique que celles précédemment décrites. En effet, le présumé d'application de la règle n'est plus le résultat recherché mais la manifestation de volonté rendue obligatoire par une règle matérielle de droit international privé³¹⁰. Il s'agit donc d'une forme particulière d'*electio juris* pour laquelle le législateur entend limiter le choix à un nombre prédéfinis de lois. Il est certain que c'est la faveur envers un résultat donné qui justifie que le législateur admette cette option de législations. Cependant, ce résultat ne conditionne pas à proprement parler l'application de la loi qui régira *in fine* la relation. La preuve en est que si le bénéficiaire du choix se trompe en optant pour une loi qui ne permet pas d'atteindre le résultat souhaité par le législateur (et normalement également par lui), le juge restera tout de même « lié par ce choix malheureux »³¹¹.

187. Ainsi circonscrite, la méthode matérielle des règles de conflit³¹² semble bien se départir des autres méthodes de coordination des ordres juridiques. L'originalité de ces règles, contrairement à ce qui a pu être estimé, ne vient pas tant de leur structure que de la singularité de leur présumé. En effet, la règle matérielle de conflit, tout comme la règle de conflit traditionnelle est une norme hypothétique. Autrement dit, dans les deux cas on distingue un présumé (ou une hypothèse) qui détermine un type de situation et un effet juridique qui lui est rattaché³¹³. Les deux type de normes se présentent sous la forme « si A se réalise alors il s'ensuivra l'effet juridique déterminé B ». L'effet juridique est le même qu'il s'agisse d'une règle traditionnelle ou d'une règle de conflit matérielle ; il consiste en l'application d'une loi nationale. En revanche le présumé change de nature. Dans un cas il s'agit d'un résultat, de la production d'un effet déterminé, alors que dans l'autre l'hypothèse c'est une localisation

³⁰⁹ Cours précité, n° 21. Certains auteurs vont même plus loin et estiment que la règle d'autonomie est toujours une règle de conflit à caractère substantiel, voir dans ce sens P.-M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, thèse, Genève, 1985 ; F. SOIRAT, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, thèse dactyl., Paris I, 1995. *Contra* : H. GAUDEMET-TALLON, cours précité, n° 217 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1, précité, n° 269.

³¹⁰ Pour l'assimilation du principe d'autonomie à une règle substantielle de droit international privé voir *infra* n° 212 et s.

³¹¹ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 138-1.

³¹² Également appelée méthode des règles de conflit à caractère matériel ou des règles de conflit à caractère substantiel.

³¹³ Voir P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, n° 59 et s.

spatiale d'un élément de la situation ou le lien personnel entre les protagonistes de ladite situation et un Etat déterminé.

188. Malgré cette particularité, l'autonomie de la méthode des règles matérielles de conflit a pu être contestée. En effet, selon certains auteurs, elles ne seraient en réalité que des règles substantielles de droit international privé déguisées³¹⁴. On ne peut pour autant souscrire à cette interprétation car l'effet recherché par ces règles n'est défini dans le présupposé qu'*in globo*, si bien que l'appel à une règle matérielle est rendu nécessaire. Il s'agit donc bien de normes ayant pour objet d'autres normes ; de règles de conflit d'un type particulier³¹⁵. Elles font d'ailleurs l'objet de développements spécifiques relativement aux grands problèmes rencontrés dans la théorie générale des conflits de lois. Cela implique à la fois leur appartenance à cette catégorie et leur particularisme au sein de cette catégorie. C'est ainsi que M. PICONE³¹⁶ indique que le jeu du renvoi jouera le plus souvent *in favorem* ou encore que l'on assistera à un rattachement alternatif des questions préalables³¹⁷.

189. Le particularisme de la méthode des règles matérielles de conflit, ainsi avéré, tient donc à la singularité de leur présupposé. Celui-ci les rend, à première vue, susceptibles de rétablir l'efficacité des lois dans l'ordre international. Les lois étrangères ne seront en effet applicables que si elles permettent de réaliser certains objectifs d'intérêt général déduits des dispositions matérielles de la *lex fori*.

Pourtant, à y regarder de plus près, l'efficacité de ce mécanisme demeure limitée.

³¹⁴ Voir dans ce sens P. MAYER et V. HEUZE, ouvrage précité, n° 134 et s. et également E. FOHRER, *La prise en considération des normes étrangères*, thèse dactyl., Paris II, 2004, n° 502 et s. C'est à dessein que nous n'avons pas fait figurer cette méthode de réglementation dans la présente section. En effet, nous avons indiqué que les relations internationales entre personnes privées ne présentaient pas de spécificité intrinsèque. Ainsi la création d'une règle matérielle spéciale pour ce type de relation n'est, en règle générale, absolument pas justifiée. Etant applicable dès que la relation est internationale, la règle matérielle de droit international privé s'apparente à l'application généralisée de la *lex fori* ; méthode qui n'est pas sans poser de problèmes. En outre, les règles matérielles de droit international privé ne permettent en réalité de rétablir l'autorité et l'efficacité des lois dans l'ordre international que si elles sont partagées par plusieurs ordres juridiques. Il ne s'agit alors plus d'un mécanisme alternatif mais bien d'un procédé s'inscrivant dans le processus d'universalisation du droit lui-même.

³¹⁵ P. PICONE, cours précité, n° 22.

³¹⁶ *Ibid.*, n° 33.

³¹⁷ Qui ne seront pas toujours rattachées de manière autonome mais pourront, dans certaines hypothèses, suivre le rattachement de la question principale.

2°- Le domaine nécessairement limité de la méthode des règles matérielles de conflit

190. En premier lieu, on retrouve les mêmes critiques que celles émises à propos des lois de police à savoir que l'efficacité des règles matérielles de conflit est conditionnée par l'attitude des ordres juridiques concurrents. Si ceux-ci refusent de donner effet aux décisions fondées sur leur application, le but recherché ne sera que partiellement atteint et il s'ensuivra de nombreuses situations boiteuses génératrices d'insécurité juridique. Cette objection n'est d'ailleurs pas étrangère aux différents Etats. La plupart de ces règles sont en effet contenues ou issues de textes internationaux. Le résultat n'est plus alors recherché unilatéralement par un seul ordre juridique mais par l'ensemble des Etats signataires de la convention³¹⁸. On est alors en plein dans le processus d'universalisation et il ne s'agit plus d'un mécanisme alternatif de rétablissement de l'efficacité et de l'autorité des lois.

191. En deuxième lieu, le développement de cette méthode est intrinsèquement limité. En effet, si l'intérêt général opère souvent un arbitrage entre les intérêts particuliers en présence, il n'est en revanche pas toujours possible de déterminer précisément le résultat concret recherché qui y correspond. En matière de mariage, par exemple, on ne peut déduire des considérations de justice qui innervent cette institution ni une faveur ni une défaveur à la validité. C'est la raison pour laquelle ces règles se sont développées dans des secteurs particuliers comme notamment la forme des actes et surtout l'établissement de la filiation. Il est vrai, concernant ce dernier exemple, que l'on estime généralement qu'il va toujours de l'intérêt de l'enfant de pouvoir valablement établir sa filiation à l'égard de ses père et mère.

192. En dernier lieu, le fonctionnement même des règles matérielles les empêche de remplir pleinement la fonction qu'on leur attribue. En effet, bien souvent la loi choisie en fonction du résultat qu'elle permet d'atteindre ne régira qu'un aspect de la relation en cause, celui visé par le résultat en question³¹⁹. Or, comme nous avons déjà eu l'occasion de le préciser³²⁰, le droit privé forme un système au sein duquel les dispositions sont logiquement liées entre elles. Ainsi, la combinaison de plusieurs lois matérielles d'origines diverses à une

³¹⁸ On peut d'ailleurs se poser la question de savoir pourquoi ceux-ci ne l'ont pas directement traduit dans leurs dispositions substantielles internes.

³¹⁹ P. PICONE, cours précité, n° 21.

³²⁰ Voir *supra* n° 138.

même relation pourra *in fine* contrevenir à l'intérêt protégé initialement par le sens de la règle matérielle de conflit. Prenons l'exemple d'une règle alternative instituant une *favor filiationis*. Par hypothèse, la loi matérielle désignée permettra de constituer l'état de filiation. De plus, on peut imaginer, en présumant la cohérence du système désigné, qu'ayant facilement admis la filiation elle se montrera rigoureuse quant à sa contestation. Pourtant, il n'est pas certain que ce soit elle qui régisse les questions relatives à cette contestation. En effet, le présupposé particulier et matériellement finalisé de ce type de règles de conflit implique souvent une application très ponctuelle et en relation étroite avec l'effet recherché, de la loi matérielle désignée. Ainsi, les autres aspects de la question reviendront dans le giron de la règle générale de conflit qui pourra très bien désigner, relativement à la contestation, une loi matérielle peu soucieuse de l'intérêt de l'enfant et de ce fait écartée au stade de l'établissement du lien de filiation.

193. En définitive, la méthode des règles matérielles de conflit ne peut, du fait de la spécificité de son présupposé, être qu'une méthode d'appoint. En outre, elle ne permet pas toujours de protéger la conception de l'intérêt général retenue par le *for* de manière satisfaisante. Il ne peut donc s'agir d'un mécanisme suffisant pour constituer une véritable alternative au processus d'universalisation du droit.

Conclusion du Titre 1 :

194. Le particularisme trouve sa cause dans la volonté, qu'à chaque ordre juridique, de défendre sa propre conception de l'intérêt général. Pourtant, cette situation loin de permettre un tel résultat, nuit, au contraire, à l'ensemble des Etats dans cette mission qui leur est naturellement conférée. En effet, la diversité des lois matérielles et des règles de conflit en limite l'autorité et l'efficacité dans l'ordre international. Ainsi, à considérer le point de vue d'un Etat déterminé, on se rend compte que les lois qu'il a élaborées sont finalement inaptes à imposer l'idée qu'il se fait de l'intérêt général dans les relations internationales entre personnes privées. La réalisation des objectifs d'intérêt général poursuivis par les lois internes est nécessairement enrayée par les manœuvres peu scrupuleuses des individus et les attitudes divergentes des ordres juridiques concurrents. On en arrive ainsi à la conclusion que le particularisme ne se justifie que lorsqu'il existe une divergence irréductible de conceptions de

l'intérêt général. Dans le cas contraire, les ordres juridiques finissent par pâtir du particularisme qui, à l'inverse de ce que l'on aurait pu penser de prime abord, les empêche de satisfaire à leur mission naturelle de promotion d'une certaine idée de l'intérêt général, déductible de leurs dispositions internes. Ceci est d'ailleurs d'autant plus vrai que les mécanismes rectificatifs imaginés unilatéralement ne permettent jamais de redonner tout son sens à cette mission. Ils ne sont en effet le plus souvent aptes à rétablir l'autorité et l'efficacité des lois internes que si l'ordre juridique considéré dispose d'une certaine emprise sur la situation.

En outre, leur mise œuvre implique fréquemment une imprévisibilité du droit peu compatible avec les intérêts particuliers. Or, il est évident qu'aucun Etat ne peut occulter l'importance de cet aspect dans sa réglementation des rapports internationaux entre personnes privées. En effet, la satisfaction de l'ensemble des intérêts particuliers participe indéniablement à la satisfaction de l'intérêt général.

195. Lorsque les différences entre les législations ne traduisent pas des divergences irréductibles de conception de l'intérêt général et que les avantages offerts par la communauté de solution sont supérieurs aux inconvénients découlant de l'élaboration de la solution commune, le processus d'universalisation offre alors des perspectives intéressantes pour sortir de ces impasses générées par le particularisme.

TITRE 2 : LES PERSPECTIVES OFFERTES PAR L'UNIVERSALISATION DU DROIT

196. Au début de cette étude, c'est de manière intuitive que nous avons perçu les aspects fonctionnels du processus d'universalisation du droit. Nous avons, à partir d'un regard furtif porté sur le droit positif, spontanément émis l'idée que les imperfections spécifiques aux réglementations nationales des relations internationales entre personnes privées étaient essentiellement dues à leur trop grand isolement sur la scène internationale.

Il s'est avéré par la suite que le particularisme des systèmes de réglementation conduisait effectivement à une impasse. En effet, cette situation nuit non seulement aux intérêts des particuliers mais également à l'intérêt général.

197. L'utilité fonctionnelle du processus d'universalisation du droit pourrait logiquement être déduite de ce constat.

198. Pourtant, la matière juridique ne peut se satisfaire de cette « forme de connaissance immédiate qui ne recourt pas au raisonnement »³²¹. Les aspects fonctionnels du processus d'universalisation doivent être vérifiés en tant que tels. Il s'agit alors de savoir si ce processus a réellement pour effet d'améliorer la prévisibilité du droit tout en garantissant une certaine conception de l'intérêt général. On ne saurait se contenter d'une déduction *a contrario* dont l'apparente logique formelle dissimule souvent des incohérences d'ordre pratique et théorique.

199. Cette vérification de la réalité des aspects fonctionnels du processus d'universalisation s'impose d'autant plus que les thèses universalistes ont généralement fait

³²¹ *Le Petit Robert*, précité, V° *Intuition*. Même s'il est certain que l'on peut ici déceler un début de raisonnement, l'idée selon laquelle le processus d'universalisation du droit permettrait de rendre le droit plus prévisible tout en garantissant une certaine idée de l'intérêt général naît d'une simple observation du droit positif et ne fait pour l'instant l'objet d'aucune vérification. Ainsi, s'il s'agit bien d'un raisonnement, celui-ci est avant tout intuitif. Une intuition pure est en fait impossible en droit. En effet, la connaissance du droit ne peut être totalement immédiate. Le droit étant un construit et trouvant son fondement dans une fiction cognitive, la connaissance des règles passe toujours par la médiation de l'observation des rapports sociaux. En somme, il existe toujours l'esquisse d'un raisonnement car l'on déduit de l'être (*Sein*) un devoir être (*Sollen*). En définitive, en droit l'intuition est la connaissance que l'on a (ou que l'on croit avoir) d'un phénomène juridique sans en vérifier les implications du point de vue de la logique formelle et de sa réalisation pratique.

l'objet d'un rejet massif au sein de la doctrine. Ce rejet est finalement assez logique car au-delà des considérations philosophiques, les théories universalistes reposent le plus souvent sur une vision moniste de l'ordre juridique. Selon cette conception, il existerait « une subordination des ordres internes par rapport à l'ordre international au sein d'un ordre plus général, qualifié d'universel »³²². Ainsi, la répartition des compétences législatives donnée par le droit des gens s'imposerait aux législateurs nationaux qui n'auraient qu'un pouvoir normatif dérivé. Les règles de conflit de lois seraient ainsi nécessairement universelles.

La réalité du droit positif dément à elle seule cette conception. Il suffit, en effet, de constater les divergences des différents systèmes de droit international privé pour se convaincre de l'incapacité du droit international public à imposer aux ordres juridiques internes une vision unitaire de la répartition des compétences législatives.

200. Ce démenti est venu justifier les thèses particularistes qui s'appuient sur une toute autre vision des relations entre les différents ordres juridiques. Selon celles-ci, les ordres juridiques internes sont indépendants les uns à l'égard des autres mais également dans leurs rapports à l'ordre international³²³. Cette vision dualiste de l'ordre juridique, plus en adéquation avec la réalité du droit positif, met en évidence les faiblesses de la doctrine universaliste. Etant donné que chaque ordre juridique établit librement sa réglementation des relations internationales à l'image des normes qui le compose, il va de soi que la pluralité des droits substantiels implique un particularisme des règles de droit international privé.

Pour autant, cette condamnation logique des thèses universalistes interdit-elle nécessairement de reconnaître au processus d'universalisation certains aspects fonctionnels ? Doit-on considérer que le processus d'universalisation ne peut offrir aucune perspective du fait de cette indépendance des ordres juridiques ?

201. En réalité, ce que condamne la vision dualiste de l'ordre juridique, que d'ailleurs nous partageons, c'est simplement une universalisation totale et irrémédiable des règles de conflit de lois. Or, de toute évidence, défendre une telle universalisation n'est pas le but de

³²² V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes*, GLN Joly éditions, 1990, n° 179.

³²³ Voir notamment S. ROMANO, *L'ordre juridique*, rééd. Dalloz, Coll. Philosophie du droit, 2002. Cette indépendance ne signifie pas pour autant que les ordres juridiques internes n'entretiennent aucun rapport entre eux ou avec l'ordre international. L'auteur distingue en effet l'indépendance de l'autonomie. Des liens existent fréquemment et ils sont dénommés par S. ROMANO « liens de relevance ». Ils sont simplement organisés par les ordres juridiques internes. C'est notamment le cas lorsqu'un principe supérieur du droit interne affirme la primauté du droit international sur le droit interne.

cette démonstration. Il n'a en effet jamais été question, dans le cadre de cette étude, de démontrer que l'adoption de règles universelles s'imposait aux ordres juridiques nationaux du fait d'une préséance de l'ordre international. Bien au contraire, nous sommes parti du présumé que les ordres nationaux n'avaient *a priori* aucune raison de transiger par rapport aux solutions qu'ils retiennent unilatéralement et souverainement. Ce que nous tentons seulement de démontrer c'est qu'il peut aller de leur intérêt commun de les faire concorder afin d'améliorer la réglementation des rapports privés internationaux. C'est justement parce que cet intérêt leur est commun que les ordres internes consentent parfois à adopter des solutions communes et qu'ainsi des perspectives peuvent être offertes par le processus d'universalisation du droit. Néanmoins, les Etats agissent alors librement et non en raison d'une prétendue primauté de l'ordre international sur les ordres internes³²⁴.

202. Cette liberté des Etats explique que l'universalisation du droit ne sera jamais totale. Il faut que chacun d'entre eux y trouve un réel intérêt. Celui-ci se dessine dès que les avantages fonctionnels conférés par l'universalisation prévalent sur les désagréments causés par la nécessité de transiger par rapport aux solutions retenues unilatéralement. De toute évidence, on ne peut déterminer avec précision l'étendue de cette prédominance car une telle délimitation dépend de trop nombreux facteurs³²⁵. En revanche, on constate que les ordres juridiques sortent souvent de leur isolement pour faire concorder leurs solutions.

Aussi, s'il est loin d'être abouti, le processus d'universalisation du droit est indéniablement en marche. Celui-ci apparaît néanmoins comme un phénomène protéiforme. Le rapprochement des ordres juridiques s'établit à différents degrés normatifs (règles matérielles ou règles de conflit) et à différents stades du processus juridique (règles générales ou situations particulières). Ces différentes formes d'universalisation du droit, qui participent toutes d'un processus plus général, ne se heurtent pas aux mêmes obstacles et ne permettent pas de sortir des impasses générées par le particularisme avec la même pertinence. Les ordres juridiques les utilisent donc, au besoin en les combinant entre elles, en fonction du but recherché, de la nature des obstacles rencontrés relativement à la matière considérée et au nombre d'Etats concernés.

³²⁴ Cette convergence spontanée des règles nationales de conflit reposant sur la seule volonté des Etats a été défendue par H. LEVY-ULLMANN qui dénomme cette forme de rapprochement des ordres juridiques « universalisme privatif ». Voir sur la doctrine de cet auteur M. SIMON-DEPITRE, « La méthode universaliste en droit international privé d'après LEVY-ULLMANN », in *L'œuvre juridique de LEVY-ULLMANN*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, t. XII, 1955 et H. BATIFFOL, « Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI* 1948, I, t. 72, p. 1, spéc. p. 9 et s.

³²⁵ Voir *supra* n° 34 et s.

203. Ainsi, étudier les perspectives offertes par le processus d'universalisation du droit revient à appréhender chacune de ces formes d'universalisation en s'efforçant d'analyser l'utilisation qui en est faite. Pour déceler les véritables enjeux de ce processus il ne s'agit pas d'étudier chacune de ces manifestations isolément mais, au contraire, de déceler les rapports qu'elles entretiennent entre elles.

On s'aperçoit ainsi que l'universalisation des solutions particulières (Chapitre 2) est souvent subsidiaire à celle des règles générales (Chapitre 1). En effet, c'est seulement parce que les ordres juridiques n'appliquent pas la même loi pour un même rapport de droit que se pose la question de la réception de la situation constituée au sein d'un ordre juridique étranger ou l'exportation, à l'étranger, de la situation constituée dans l'ordre du for.

CHAPITRE 1 : LES PERSPECTIVES OFFERTES PAR L'UNIVERSALISATION DES REGLES GENERALES

204. Les auteurs de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle n'ont pas envisagé l'universalisation du droit comme un processus plus ou moins achevé mais plutôt comme un devoir être qui s'imposerait du fait de la primauté de l'ordre international sur l'ordre interne. A nos yeux, cette vision démentie par le droit positif ne reposait pas seulement sur une conception des rapports qu'entretiennent les Etats avec l'ordre international. La vision moniste de l'ordre juridique n'était que la justification logique d'une prise de position axiologique. En effet, derrière cette explication juridique, il y avait, nous semble-t-il, la volonté, de la part des universalistes, de reconnaître à certaines valeurs de justice et d'utilité sociale un caractère universel. L'artifice utilisé, du fait de son inexactitude, a largement nuit aux thèses universalistes.

205. D'une part, une fois cette inexactitude démontrée par la doctrine particulariste, l'universalisation perdait sa raison d'être. L'explication étant essentiellement fondée sur cette primauté démentie de l'ordre international, il était dès lors logique de rejeter en bloc les conclusions auxquelles elle avait conduit. Il eût certainement été plus opportun, pour les partisans de l'universalisation du droit, d'abandonner toute dogmatique en commençant par mettre en avant les avantages du processus décrit et éventuellement la nécessité de reconnaître à certaines valeurs un caractère universel. L'argument tiré du monisme donnait bien une certaine légitimité, en termes de logique juridique, aux thèses défendues mais sa véracité conditionnait également la pertinence de l'ensemble de la démonstration. Une approche plus fonctionnelle et moins globalisante du processus d'universalisation du droit aurait certainement permis à ces auteurs d'écarter ce grief et de démontrer les avantages qu'ils décelaient dans une telle directive de réglementation des relations internationales entre personnes privées.

206. D'autre part, le fondement juridique tiré de la prétendue préséance de l'ordre international devait nécessairement restreindre le domaine de l'universalisation du droit. La consistance incertaine du droit des gens ne pouvait expliquer que l'universalisation des règles

de conflit de lois. La soumission des ordres internes au droit international public ne s'entend en effet que pour les règles ayant directement pour fonction de régler les rapports internationaux³²⁶. Ainsi, la primauté du droit des gens ne peut justifier l'unification des droits matériels. Pourtant, il nous semble que pour avoir une vue d'ensemble des enjeux du processus d'universalisation du droit et pour découvrir les réelles perspectives fonctionnelles qu'il offre, il convient de ne pas se focaliser sur les seules règles de conflit de lois. Elles sont loin d'être les seules règles générales à avoir pour objet la coordination des ordres juridiques dans la réglementation des relations internationales entre personnes privées³²⁷. A leur côté figurent également les règles matérielles, celles de conflit de juridictions ou encore les règles permettant aux parties de choisir la loi applicable ou la juridiction compétente. Le processus d'universalisation doit être considéré comme une orientation générale qui innerve l'élaboration de l'ensemble de ces règles.

207. L'observation du droit positif montre que le processus d'universalisation n'a pas toujours le même attrait pour les Etats. On constate en effet que l'universalisation n'offre pas les mêmes perspectives selon le type de règle considéré. Ainsi, le processus d'universalisation semble beaucoup plus efficace, au regard des objectifs qu'il prétend atteindre, lorsqu'il porte sur les règles de conflit de lois ou sur la règle laissant aux parties la liberté de choisir la loi applicable à leurs relations. Ceci vient du fait que ces types d'universalisation demandent finalement peu de concessions aux Etats par rapport aux avantages qu'ils procurent. Au contraire, l'universalisation du droit substantiel et des règles de compétence directe, soit qu'elle demande trop de concessions par rapport à la conception nationale de l'intérêt général, soit qu'elle ne permette pas de sortir de manière satisfaisante des impasses du particularisme, est plus limitée ou ne vient qu'en complément de l'unification des règles qui ont pour objet de déterminer l'identité du droit applicable³²⁸. Ces formes d'universalisation ne sont, au regard des objectifs poursuivis, généralement pas utilisées à titre principal. Elles permettent simplement d'affiner l'universalisation des règles de désignation du droit applicable. C'est

³²⁶ Voir V. HEUZE, thèse précitée, n° 179 qui formule cette idée des universalistes de la manière suivante : « Internationale par sa fonction, la règle de conflit doit également l'être par sa source ». Comme le note l'auteur, cette proposition quelque peu nuancée se retrouve chez W. WENGLER, *Internationales Privatrecht*, t. 1, 1981, p. 14 et s. selon lequel les règles de conflit, quoique de source interne, sont soumises à l'« assentiment » du droit des gens.

³²⁷ Sur le pluralisme des méthodes en droit international privé voir parmi d'autres, H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1973, II, t. 139, p. 75 ; P. PICONE, cours précité.

³²⁸ Par souci de clarté nous entendons par « règles de désignation du droit compétent » à la fois les règles de conflit de lois et la règle matérielle validant l'*electio juris*, sur laquelle voir *infra* n° 212 et s.

notamment le cas lorsqu'elles opèrent au sein d'un groupe plus restreint d'Etats afin d'augmenter encore la prévisibilité du droit ou de faire triompher une conception de l'intérêt général partagée par l'ensemble des ordres juridiques internes intégrés dans un espace régional.

208. Ainsi, à côté du support principal du processus d'universalisation (Section 1) on distingue un support accessoire (Section 2).

Section 1. Le support principal de l'universalisation des règles générales

209. Le support principal du processus d'universalisation du droit est constitué par les règles de conflit de lois et la règle matérielle permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur relation. Autrement dit, l'universalisation porte en priorité sur les règles ayant pour objet la désignation du droit applicable. Même si l'unification est encore loin d'être absolue, on constate que c'est à propos de ce type de règles générales que les ordres juridiques internes ont concentré leurs efforts afin de progresser dans la voie de l'harmonisation internationale des solutions. L'analyse de ces deux formes d'universalisation du droit montre en effet qu'elles permettent souvent d'améliorer de manière satisfaisante la prévisibilité du droit sans pour autant heurter la conception de l'intérêt général retenue par chacun des ordres juridiques. En d'autres termes, elles offrent de réelles perspectives fonctionnelles sans que les concessions qu'elles imposent soient trop importantes.

Cependant chacune de ces formes d'universalisation ne vise pas le même objectif.

L'universalisation de la règle permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur relation (§1) a essentiellement pour but de rétablir la sécurité juridique mise en danger par le particularisme. Elle tend en effet à réduire l'aléa juridique inhérent aux relations internationales du fait de la pluralité des ordres juridiques ayant vocation à connaître de la situation. L'universalisation de cette règle requiert *a priori* peu de concessions de la part des ordres juridiques. En effet, cette disposition contenue dans chacun des ordres internes ne fait que corroborer la désignation opérée par les parties en lui donnant force obligatoire. Il convient donc de l'envisager en premier lieu.

Néanmoins, si l'universalisation de cette règle pose peu de problèmes aux Etats, elle n'est pas envisageable dans toutes les matières. L'*electio juris* ou la *professio juris* confère aux sujets du droit international une liberté qu'ils n'ont pas dans les relations purement internes. Or, cette liberté n'est justifiée que lorsqu'elle ne compromet pas l'idée que l'on a de la justice dans les relations entre personnes privées.

C'est la raison pour laquelle, lorsque la liberté de choix n'est pas envisageable, les objectifs poursuivis par le processus d'universalisation ne peuvent être remplis que par l'unification des règles de conflit de lois (§2). Cette forme d'universalisation requiert certes plus de concessions de la part des ordres juridiques mais elle a l'avantage d'améliorer la prévisibilité du droit tout en garantissant l'effectivité et l'autorité des lois dans l'ordre international. Cette synthèse qu'elle opère entre les intérêts particuliers et l'intérêt général explique que les Etats ont, à plusieurs reprises, consentis à transiger par rapport à leur conception de la justice de droit international privé.

§1- La règle permettant aux parties de choisir la loi applicable

210. La nature de la règle permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur relation a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux. A nos yeux, il ne peut s'agir que d'une règle matérielle de droit international privé. L'existence de cette règle se justifie par le besoin de prévisibilité ressenti par les acteurs du droit international. Il nous semble pourtant que, de manière générale, les auteurs ont accordé trop d'importance à l'utilité du choix en tant que tel. La sécurité juridique ne vient pas tant du choix lui-même que de la valeur qu'on lui accorde, de son caractère universel.

Ainsi, ce n'est que lorsque le choix sera rendu possible par une règle matérielle universelle que la prévisibilité du droit sera réellement améliorée. Cependant, une telle règle n'est pas souhaitable en toutes matières car elle est essentiellement au service des intérêts particuliers (A). Le ménagement de l'intérêt général (B) requiert de limiter l'étendue de son domaine *ratione materiae*.

A- Une forme d'universalisation du droit au service des intérêts particuliers

211. La nature de la règle qui confère aux parties la possibilité de choisir la loi applicable à leurs relations fait toujours l'objet de vifs débats doctrinaux. Aussi convient-il dans un premier temps de rappeler succinctement qu'il ne peut s'agir que d'une règle matérielle de droit international privé (1°). Faute de spécificité intrinsèque des rapports internationaux entre personnes privées, cette règle ne peut être justifiée que par une particularité extrinsèque de ce type de relations. Celle-ci réside dans le risque juridique généré par la pluralité des ordres juridiques ayant vocation à régir la situation. L'amélioration de la prévisibilité justifierait ainsi l'adoption d'une telle règle. Il nous semble cependant que cela n'est vrai que si cette règle matérielle est universelle. La valeur accordée au choix de la loi (2°) est en effet tout aussi importante, dans la recherche d'une meilleure prévisibilité, que le choix lui-même.

1°- Un choix autorisé par une règle matérielle de droit international privé

212. Il n'est pas ici question de retracer en détails le débat relatif au fondement de l'*electio juris* ou de la *professio juris* ni d'apporter une explication nouvelle à cette liberté de choix laissée aux parties. Les termes de la discussion sont aujourd'hui connus de tous et une nouvelle analyse approfondie sur ce thème dépasserait largement le cadre de cette étude. Les développements présents ont simplement pour objet de présenter les arguments doctrinaux qui sont à nos yeux les plus pertinents et qui justifient notre prise de position. Bien que peu novateur, ce préalable est inévitable car il permettra d'identifier avec certitude le support normatif de la forme d'universalisation du droit dont il est question. Selon nous, il ne peut s'agir que d'une règle matérielle de droit international privé.

213. Tant en droit interne³²⁹ qu'en droit international privé³³⁰, il est désormais établi que le fondement de la force obligatoire de l'accord des parties ne peut résider dans leur seule

³²⁹ Voir pour les études les plus significatives et les plus complètes sur ce sujet : E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse dactyl., Dijon, 1912 ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

³³⁰ Pour une étude spécifique du concept d'autonomie de la volonté en droit international privé voir parmi d'autres J.P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927, I, t. 16, p. 1 ; H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international des contrats », in *Mélanges MAURY*, t. I, précité, p.

volonté. En d'autres termes, la volonté ne peut être une source autonome du droit. Les parties ne sont autorisées à se doter de leur propre loi qu'en tant que le droit positif le leur permet et donne force obligatoire à leur accord. Ainsi, si l'on s'en tient à son sens originel³³¹, le concept d'autonomie de la volonté ne peut apporter aucune explication valable au principe de la force obligatoire des contrats. Même en reconnaissant à la volonté un rôle des plus étendus dans la détermination du contenu de l'accord, il existera toujours une disposition législative consacrant la règle *pacta sunt servanda*. C'est notamment le cas de l'alinéa 1^{er} de l'article 1134 de notre code civil.

214. L'acte juridique d'*electio juris*³³² ou de *professio juris* ne répond pas à une autre logique. Admettre le contraire reviendrait à consacrer une supériorité de la volonté par rapport à la loi choisie par les parties ou par un individu. La loi choisie serait ainsi reléguée au rang de simples stipulations contractuelles intégrées au contrat et auxquelles les parties pourraient déroger malgré leur caractère impératif. Cela impliquerait également que les parties puissent ne pas choisir de loi du tout et organiser elles-mêmes l'ensemble de leurs relations³³³. Il suffit d'observer la réglementation des relations internationales pour s'apercevoir qu'une telle contractualisation de la loi ne correspond pas à la réalité. La soumission de la volonté à la loi est au contraire évidente.

215. Ce point étant acquis, le débat s'est déplacé sur le fondement de la force obligatoire du choix de la loi. Si ce choix n'est pas obligatoire du fait de la simple manifestation de volonté, quelle norme peut lui conférer ce caractère ?

216. Il ne peut s'agir, en premier lieu, de la loi désignée volontairement par la ou les parties. Il suffit, pour écarter cette possibilité, de reprendre l'argument dirimant exposé par M.

39 ; A. CURTI-GULIANO, « L'autonomie de la volonté en droit international privé », *RCADI* 1972, III, t. 137, p. 743 ; V. HEUZE, thèse précitée, spéc. p. 64 et s. ; S. CHAILLE DE NERE, *Les difficultés d'exécutions du contrat en droit international privé*, thèse précitée, n° 66 et s.

³³¹ La précision est importante car on a parfois tenté de sauver le concept d'autonomie de la volonté en modifiant quelque peu son contenu. Cette notion ne désigne alors plus le fondement de la force obligatoire de l'accord mais le rôle joué par la volonté dans la détermination des obligations respectives des parties. Dès lors l'autonomie de la volonté se confond avec la liberté contractuelle.

³³² Egaleme nt dénommé *pactum de lege utenda* : Voir A. CURTI-GULIANO, cours précité, p. 873.

³³³ Pour une explication plus fouillée de ces implications voir notamment S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 71 ; V. HEUZE, thèse précitée, n° 198 et s. ; J.-M. JACQUET, « L'incorporation de la loi au contrat », *Trav. com. fr. dr. inter. privé*, 1993-1994, p.23.

HEUZE³³⁴. S'agissant de rendre impératif le choix de la *lex causae*, celle-ci ne peut de toute évidence, n'ayant par hypothèse pas encore acquis ce titre, conférer aucune force obligatoire à l'*electio juris*.

217. En second lieu, la règle qui autorise le choix de la loi applicable ne peut pas non plus être assimilée à une règle de conflit de lois. Là encore, il a été démontré que la fongibilité de la norme permettant le choix de la loi dans la catégorie des règles de conflit de lois était impossible : « Bien que l'inverse ait été soutenu, la règle autorisant préalablement et abstraitement le choix de la loi (...) ne peut en aucun cas être qualifiée de règle de conflit. (...) une telle solution impliquerait que la volonté des parties fasse office de facteur de rattachement or, on sait que celui-ci doit être objectif et préalablement déterminé ce qui n'est bien entendu pas le cas de la volonté des parties »³³⁵.

218. En définitive, il ne peut s'agir que d'une règle matérielle contenue dans l'ordre du for³³⁶. Cela n'a rien d'étonnant car cette règle a exactement la même structure que celles, contenues dans les ordres internes, qui consacrent la force obligatoire du contrat et auxquelles la nature de règles substantielles n'a jamais été contestée. En réalité, seul l'objet change. Il ne s'agit plus de poser le principe selon lequel l'aménagement réciproquement consenti des obligations respectives des parties s'imposera dans les limites posées par la loi mais de rendre licite et obligatoire le choix d'une loi.

Du fait de cet objet spécifique aux relations internationales, cette disposition substantielle validant l'acte d'*electio juris* doit être assimilée à une règle matérielle de droit international privé.

³³⁴ Thèse précitée, n° 234 : « On ne saurait demander aux parties de désigner la loi applicable à ce contrat de choix car, à supposer qu'elles songeassent à le faire, il faudrait encore s'interroger sur l'identité de la loi qui valide cette désignation, et donc s'engager dans un *regressus ad definitum* ». Voir également J. FOYER, « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 169, spéc. p. 174 : « La compétence de la *lex substantiae* est *a priori* séduisante, puisqu'elle permet de soumettre à une seule et même loi le contrat au fond et celui choisissant la loi qui doit le régir. Elles se heurtent cependant à des critiques décisives, très proches, à la vérité, de celles qui ont inspiré l'argument du cercle vicieux. Comment le contrat de choix qui est logiquement et chronologiquement antérieur au contrat de fond, pourrait-il être soumis à la loi de celui-ci ? Comment expliquer cette rétroactivité sans reconnaître aux contractants un pouvoir juridique de caractère supra législatif et même supra normatif ? ».

³³⁵ S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 77 ; voir également dans ce sens, F. DEBY-GERARD, thèse précitée, n°320 ; J.-P. LABORDE, *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, thèse dactyl., Bordeaux, 1981 et V. HEUZE, thèse précitée, p. 125 et s. *Contra*. M.-E. MATHIEU, *L'electio juris en droit international privé*, thèse dactyl., Paris II, 1998.

³³⁶ Dans ce sens voir les auteurs cités à la note précédente et également J. FOYER, article précité, p. 175, qui estime que cette règle matérielle permettant la licéité du choix est contenue dans l'article 3§1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (article 3§1 du règlement « Rome I »).

219. Cette qualification qui nous paraît incontestable a le mérite d'expliquer de manière rationnelle la force obligatoire conférée au principe de l'accord portant sur l'identité de la loi applicable. Cependant elle ouvre un nouveau débat, relatif à la légitimité d'une telle règle. Comme chacun sait, les règles matérielles de droit international privé tirent leur originalité, en tant que méthode de coordination des relations internationales, de deux caractéristiques³³⁷.

D'une part, « il s'agit de règles régissant directement le fond du droit »³³⁸. Autrement dit, elles ne se contentent pas de désigner une loi étatique applicable au rapport de droit. Elles donnent directement la solution au fond³³⁹.

D'autre part cette solution n'est applicable qu'aux relations internationales. Il s'agit donc de « règles juridiques qui tranchent directement et indépendamment du droit interne les questions internationales »³⁴⁰.

220. C'est cette dernière caractéristique qui permet de douter de la légitimité de la possibilité offerte aux sujets du droit international de choisir, dans certaines hypothèses, la loi applicable à leurs relations. Etant donnée l'absence de spécificité intrinsèque des rapports internationaux entre personnes privées, il est en effet permis de se poser la question du bien-fondé d'une telle faveur accordée aux sujets du droit international.

Pourquoi leur permettre de choisir la loi de leur convenance dès lors qu'un élément d'extranéité apparaît dans leur relation alors qu'on leur impose de se soumettre à une loi déterminée dans une situation interne de même nature ?

Comment expliquer que ce qui est considéré comme juste dans un cas ne le soit plus du simple fait de la présence d'un élément d'extranéité qui ne modifie en rien la nature du rapport de droit ?

221. Ce traitement spécifique des relations internationales, qui a fait naître de vives critiques doctrinales³⁴¹, n'est pas toujours dénué de justifications. Il est légitime lorsqu'il sert

³³⁷ Sur cette méthode voir notamment M. SIMON-DEPITRE, « Les règles matérielles dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 591 ; G. ELKORDI, *Les règles matérielles en droit international privé, étude du particularisme et de l'universalisme d'une nouvelle méthode*, précité.

³³⁸ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES SOMMIERES, *Droit international privé*, précité, n° 69.

³³⁹ Voir E. AGOSTINI, cours polycopié précité, n° 6.

³⁴⁰ *Ibid.*, n° 2.

³⁴¹ Voir notamment V. HEUZE, thèse précitée, spéc. n° 236 et « La volonté en droit international privé », *Droits* 1999, p. 113 où l'auteur considère que « le recours à la volonté en matière de conflit de lois est toujours la

à garantir une certaine conception de l'intérêt général ou à protéger l'intérêt des particuliers qui, on l'a vu, souffrent du particularisme de la réglementation des relations internationales entre personnes privées.

222. En premier lieu, la règle matérielle consacrant le principe de licéité du choix de la loi peut être considérée comme légitime lorsque ce choix permet d'atteindre un objectif d'intérêt général poursuivi par le for. Tel est notamment le cas lorsque l'éventail de lois que les parties (ou l'individu) peuvent choisir est limité à celles qui concourent à la réalisation d'un résultat ou d'un effet juridique déterminé³⁴². C'est l'hypothèse de l'ancien article 311-16 de notre code civil relatif à la loi applicable à la légitimation.

Le recours conditionné à la volonté des parties garantit³⁴³ à l'ordre juridique d'atteindre un résultat en correspondance avec sa conception de la justice dans les relations interindividuelles dont la réalisation aurait pu être hypothéquée du fait de la pluralité des lois

marque d'une certaine faillite du droit international privé » ; M. GORE, « De la mode »... Dans les successions internationales : contre les prétentions de la *professio juris* », in *Mélanges LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 193.

³⁴² P. PICONE, cours précité, n° 61 distingue ainsi plusieurs modalités d'intervention de la volonté dans la réglementation des rapports privés internationaux selon « a) que le pouvoir de choix de la loi applicable suppose un accord entre toutes les parties en rapport en cause, ou bien qu'il soit accordé à l'une seulement d'entre elles ; b) que les lois faisant l'objet d'un choix possible soient une, plus d'une, ou potentiellement illimitées ; c) que le choix serve à rendre possible la réglementation dans l'abstrait de catégories déterminées de rapports de droit, ou bien la réalisation de certains résultats et/ou effets à caractère matériel ; d) que le choix soit accordé en général, c'est-à-dire relativement à la réglementation future des rapports de droit en cause, ou bien qu'il serve à ne rendre possible la réglementation future seulement après qu'un rapport déterminé soit devenu « litigieux », et dans les limites de ce rapport (soit dans le cadre de d'un procès soit indépendamment de celui-ci) ». L'auteur ajoute que « ces variantes peuvent se croiser, donnant lieu à plusieurs combinaisons et donc à des solutions techniquement et surtout fonctionnellement différentes ». Cette classification est des plus intéressante et nous aurons l'occasion, comme ici, de nous en servir pour établir les cas dans lesquels l'intervention de la volonté est envisageable est surtout pour savoir si la règle matérielle autorisant le choix est susceptible d'universalisation. En revanche, nous ne suivons pas les conclusions que M. PICONE déduit de cette classification. D'après l'auteur, selon l'hypothèse considérée, l'autonomie de la volonté s'intègre dans une méthode de coordination des ordres juridiques : règle de conflit bilatérale classique, règle matérielle de conflit, application généralisée de la *lex fori*... Au contraire, nous pensons, et c'est ce qui vient d'être démontré, que les différentes manifestations de la volonté dans le choix de la loi répondent toujours à une même logique. Le choix est rendu possible par une règle matérielle très spécifique et irréductible à toute autre. Il est cependant une hypothèse de choix de la loi que nous ne prendrons pas en compte dans cette partie. Il s'agit de celle dans laquelle le choix est accordé pour un rapport déterminé après que celui-ci est devenu litigieux. Dans une telle hypothèse, qui englobe le problème de l'accord procédural, la possibilité de choisir la loi applicable n'est pas autorisée de manière générale. Elle n'a au contraire pour objet que le litige en cours. Le problème de l'universalisation concerne donc davantage la situation particulière constituée en vertu de la loi choisie que la règle générale permettant ce choix et relève donc de notre deuxième chapitre. Voir dans ce sens B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, t. 272, 1996, n° 408. D'ailleurs, cette forme de choix de la loi applicable nuit souvent au processus d'universalisation du droit. En effet, en faisant échec à la règle de conflit normalement applicable à la matière, les parties ruinent parfois l'effort d'harmonisation des solutions. C'est notamment le cas lorsque cette règle prend sa source dans une convention internationale.

³⁴³ Cette garantie n'est cependant pas absolue. Comme nous avons eu l'occasion de le dire, les parties peuvent très bien se tromper en choisissant la loi et ne pas obtenir l'effet juridique pourtant recherché. C'est en cela que ce type de règle se distingue des règles de conflit à caractère substantiel, voir *supra* n° 186.

matérielles³⁴⁴. En d'autres termes, la règle matérielle de droit international est justifiée par cette particularité extrinsèque des situations internationales qui tient au fait que plusieurs lois matérielles différentes prétendent les régir. Au fond, le risque juridique n'existe pas seulement à l'égard des particuliers. Les Etats encourent également un risque, toujours généré par le particularisme, de voir leur conception de l'intérêt général contredite par l'intervention d'une loi étrangère désignée abstraitement par leur règle de conflit de lois.

223. En second lieu, le traitement spécifique accordé par la règle matérielle autorisant les parties à choisir la loi applicable à leur relation peut être légitime³⁴⁵ si le choix permet aux parties de se prémunir contre l'aléa juridique inhérent aux relations internationales. On a en effet vu que le particularisme engendrait une imprévisibilité du droit sans commune mesure dans l'ordre interne. Ainsi, la possibilité de choisir la loi applicable, à condition que le choix ne heurte pas l'intérêt général, nous paraît justifiée³⁴⁶.

224. Avant de déceler les hypothèses dans lesquelles la présence de cette règle matérielle de droit international privé est envisageable, il convient de préciser que sa capacité à améliorer la prévisibilité et à rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international dépend de son universalisation. En effet, la possibilité de choisir la loi applicable est tout aussi importante que la valeur accordée à ce choix. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains auteurs justifient l'élaboration d'un traitement spécifique des relations internationales et donc l'existence des règles matérielles de droit international privé par leur simple propension à l'universalisation³⁴⁷.

³⁴⁴ On se rendra compte par la suite que la justification du choix est en réalité assez discutable, voir *infra* n° 242 à 248. En outre ce traitement spécifique des relations internationales n'est pas nécessairement efficace. Au contraire, cette règle permettant à l'une des parties de choisir la loi applicable, du fait de sa faible propension à l'universalisation, ne permettra de lutter que très partiellement contre les atteintes contre l'intérêt général générées par la spécificité extrinsèque des relations internationales, voir *infra* n° 225.

³⁴⁵ Sur les conditions de cette légitimité voir *infra* n° 235 et s.

³⁴⁶ Pour de plus amples développements sur cette justification de la règle matérielle de droit international, voir S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 81 : « La spécificité du risque juridique auquel permet de répondre l'*electio juris* explique donc à la fois sa présence dans les contrats internationaux à la différence des contrats internes et sa soumission à une règle matérielle de droit international privé à la différence des autres clauses du contrat international ». L'auteur ne raisonne qu'à partir de la matière contractuelle. Néanmoins, ce risque étant présent dans toutes les relations affectées d'un ou plusieurs éléments d'extranéité, on peut estimer que la justification vaut dans toutes les matières. Cela ne veut pas pour autant dire qu'une telle règle doive toujours exister car la réserve de l'intérêt général n'a, elle, pas toujours la même intensité.

³⁴⁷ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES SOMMIERES, ouvrage précité, n° 69 : « Il n'est ni contesté ni contestable que les règles matérielles n'acquiescent leur pleine valeur que si elles concourent efficacement à l'unification du droit ».

2°- L'importance de la valeur accordée au choix de la loi applicable

225. Les auteurs ont généralement justifié l'existence de la règle matérielle permettant aux parties de choisir la loi applicable à leurs relations par l'amélioration de la sécurité juridique et plus précisément de la prévisibilité du droit. Il est en effet certain que la pluralité des lois potentiellement applicables et l'incertitude du rattachement finalement retenu³⁴⁸ exposent les sujets du droit international à une imprévisibilité quant à l'identité du droit appelé à régir leurs relations. En autorisant les parties à désigner à l'avance la loi applicable, le risque juridique inhérent aux relations internationales est ainsi considérablement réduit.

Cette affirmation mérite cependant d'être nuancée.

226. En premier lieu, on a vu que parmi les raisons qui justifient la possibilité de choisir la loi applicable ne figure pas seulement celle relative à l'amélioration de la sécurité juridique, spécialement précaire dans l'ordre international. La pluralité des ordres juridiques ayant vocation à régir la situation a également pour incidence d'empêcher les Etats de promouvoir convenablement leur conception de la justice dans les rapports entre personnes privées. La règle matérielle validant l'*electio juris* peut ainsi également servir à garantir la réalisation d'un objectif jugé d'intérêt général dont la réalisation est rendue incertaine dans les rapports internationaux.

227. En second lieu, et c'est là le point fondamental, il est erroné de penser que le seul principe du choix permet, à lui seul, de garantir une prévisibilité satisfaisante du droit applicable. En effet, que la règle matérielle de droit international privé soit au service de l'intérêt général ou des intérêts particuliers, son aptitude à réaliser les objectifs visés n'est réelle que s'il s'agit d'une règle admise par un grand nombre d'ordres juridiques. Lorsque la possibilité de choisir la loi applicable n'est reconnue que par un nombre réduit d'Etats, l'amélioration de la prévisibilité ou la réalisation de l'objectif d'intérêt général devient assez aléatoire.

³⁴⁸ Cette incertitude du rattachement est le fait de deux facteurs distincts. D'une part, la pluralité des systèmes de droit international privé implique souvent que l'on ne peut prévoir à l'avance quel sera l'ordre juridique de référence et donc subséquemment quelle sera la teneur de la règle de désignation du droit applicable. D'autre part, pour certaines relations, et notamment en matière contractuelle, le rattachement ne se fait qu'*a posteriori* en fonction de la proximité du litige avec un ou plusieurs ordres juridiques. Or, de toute évidence un tel rattachement concret plonge les parties dans une incertitude quant à l'identité du droit applicable. Cette incertitude ne sera bien souvent levée qu'au moment du règlement judiciaire du litige. Sur ce point voir *infra* n° 249 à 251.

Si la règle matérielle validant l'*electio juris* n'est pas universelle, le litige peut échoir devant un tribunal qui ne reconnaît pas aux parties la faculté de choisir la loi applicable. Nonobstant l'accord passé entre les parties ou l'option de législation effectuée par l'une d'entre elles, le droit compétent sera alors désigné en fonction de la règle de conflit de lois du système de droit international privé du tribunal saisi sans tenir compte de la volonté préalablement exprimée quant à l'identité du droit compétent. Cette situation est d'autant plus nuisible pour la satisfaction des intérêts particuliers que les parties avaient pu légitimement fonder leurs prévisions et adapter leurs comportements en fonction des dispositions de la loi initialement choisie. En définitive, lorsque le choix d'une loi n'est pas autorisé par l'ensemble des ordres juridiques concernés par le rapport litigieux, la règle matérielle a, dans certaines configurations, pour effet d'accroître encore l'insécurité juridique dans les relations internationales.

Par ailleurs, si la règle matérielle validant l'*electio juris* demeure isolée, le choix des parties peut se trouver démenti au cours d'une instance indirecte. Le risque est certes moins important que dans le cas précédent car rares sont aujourd'hui les ordres juridiques qui exigent que le juge ou l'autorité d'origine ait appliqué le droit matériel désigné par leur règle de conflit de lois pour admettre la régularité internationale des jugements ou actes publics étrangers. Néanmoins, le cas échéant, l'amélioration de la prévisibilité ou la réalisation de l'objectif d'intérêt général n'aura lieu qu'au sein de l'ordre juridique d'origine.

228. Ainsi, on se rend compte que pour garantir l'amélioration de prévisibilité et la réalisation d'objectifs d'intérêt général, la valeur accordée au choix est tout aussi importante que la possibilité d'effectuer ce choix. L'universalité de la règle matérielle autorisant les parties à choisir la loi applicable est donc fondamentale.

Il est d'ailleurs permis de douter de l'opportunité d'une telle liberté laissée aux parties lorsqu'elle n'est reconnue que par un seul Etat. Ce traitement spécifique des relations internationales n'a en effet lieu d'être que s'il permet de lutter efficacement contre les impasses générées par le particularisme.

C'est pourquoi la règle laissant aux individus la possibilité de choisir le droit applicable n'a, à nos yeux, de sens que si elle s'inscrit dans le processus d'universalisation du droit. Cela réduit l'utilité de l'autonomie de la volonté en droit international privé.

229. En effet, cette nécessaire universalisation de la règle consacrant la licéité du choix de la loi applicable tend à en faire un instrument essentiellement au service des intérêts particuliers.

Lorsqu'un ordre juridique autorise les particuliers à choisir une loi qui garantit la réalisation d'un résultat déterminé comme l'établissement d'un lien de filiation, c'est qu'*a priori* il craint l'intervention d'une loi contraire à l'objectif d'intérêt général qu'il poursuit. En toute logique, cette crainte n'est justifiée que si cet objectif n'est pas considéré comme fondamental par les autres Etats concernés par la situation. Ce faisant, il y a alors fort peu de chances que l'on reconnaisse au choix opéré une valeur universelle. On ne voit en effet pas pourquoi un ordre juridique qui n'attacherait pas d'importance au résultat conditionnant le choix prendrait des mesures afin de s'assurer de sa réalisation.

Par exemple, un ordre juridique réticent à l'égard de la reconnaissance de paternité préconisera très certainement un rattachement neutre et n'autorisera pas l'auteur à choisir, parmi plusieurs lois, celle qui lui permettra le plus facilement d'établir le lien de filiation.

En somme, lorsqu'elle est justifiée par un objectif d'intérêt général, la règle matérielle validant *l'electio juris* ne pourra être communément adoptée et ne sera donc efficace qu'au sein d'un groupe d'Etats qui partagent un même point de vue sur la question considérée.

Dans cette configuration, on est alors en droit de remettre en cause l'utilité et l'opportunité d'une telle règle car le risque de voir s'appliquer une règle substantielle contraire à l'objectif poursuivi est considérablement réduit. En effet, en toute logique, la faveur envers le résultat recherché se retrouve dans les dispositions matérielles internes des ordres juridiques qui poursuivent ce même objectif d'intérêt général. Il n'y a alors plus véritablement de raison de permettre aux parties de choisir la loi applicable puisque la réalisation de l'objectif poursuivi est pratiquement assurée dans l'espace géographique considéré.

230. Les données du problème sont en revanche très différentes s'agissant de l'objectif de prévisibilité du droit. Etant donné que la sécurité juridique constitue l'une des finalités essentielles du droit³⁴⁹, tous les ordres juridiques ont *a priori* intérêt à ce que cette sécurité soit améliorée dans l'ordre international. L'universalisation de la règle matérielle autorisant les parties à choisir la loi applicable est donc nettement plus concevable lorsqu'elle sert les intérêts particuliers.

³⁴⁹ Voir *supra* n° 70 et 71.

Cependant, contrairement à l'hypothèse précédemment décrite, l'universalité de cet objectif ne rend pas inutile pour autant la règle matérielle rendant licite le choix de la loi applicable. En effet, même si l'amélioration de la sécurité juridique est un objectif commun aux différents ordres juridiques, l'imprévisibilité du droit demeure du fait de la pluralité des lois qui prétendent régir la situation.

231. En résumé, la possibilité de choisir la loi applicable est accordée aux parties en vertu d'une règle matérielle de droit international privé qui admet et rend obligatoire le choix effectué. Cette règle matérielle est justifiée par la spécificité extrinsèque des relations internationales entre personnes privées. Cette spécificité tient au fait que plusieurs lois différentes prétendent régir une même situation. Elle entraîne une imprévisibilité du droit pour les particuliers engagés dans des rapports internationaux et une impossibilité pour les Etats de réaliser les objectifs qu'ils jugent d'intérêt général. Le recours à la volonté des parties pour identifier le droit applicable peut alors être un moyen de pallier ces inconvénients. Néanmoins, pour que ce moyen soit réellement efficace, encore faut-il qu'un grand nombre d'ordres juridiques reconnaissent aux parties la faculté de choisir la loi applicable. Il faut donc que la règle matérielle de droit international privé s'inscrive elle-même dans le processus d'universalisation du droit. Or, pour les raisons que nous avons indiquées, la possibilité de choisir la loi applicable aura peu de chances d'être largement admise lorsqu'elle est censée permettre la réalisation d'objectifs jugés d'intérêt général. D'ailleurs, si elle l'était tout de même, elle perdrait de son utilité du fait de la convergence naturelle des droits substantiels internes.

On en vient ainsi à la conclusion que le recours à la volonté des parties dans l'identification du droit compétent est essentiellement un instrument au service des intérêts particuliers. Du fait de sa forte propension à l'universalisation, la règle matérielle permet en effet d'améliorer considérablement la prévisibilité du droit applicable. Cette forte propension à l'universalisation tient au fait que l'objectif de sécurité juridique est naturellement poursuivi par l'ensemble des ordres juridiques.

232. Pourtant, malgré cette communauté d'intérêt, on remarque que la possibilité de choisir la loi compétente n'est admise largement que dans certaines matières. En effet, alors que l'imprévisibilité est réelle dans tous types de relations internationales, la règle matérielle autorisant les parties à choisir la loi applicable n'a guère fait l'objet d'une universalisation

spontanée ou organisée³⁵⁰ qu'en matière contractuelle. Au regard des garanties qu'apportent l'*electio juris* en termes de sécurité juridique, le cantonnement du recours à la volonté à la matière contractuelle pourrait surprendre. Il est en réalité légitime car la réglementation des relations internationales entre personnes privées ne peut se contenter de satisfaire les intérêts particuliers. Elle a également en charge l'intérêt général. C'est pourquoi il est des hypothèses dans lesquelles la possibilité de choisir la loi applicable est peu concevable malgré la prévisibilité qu'elle procure aux parties. Ce n'est alors pas tant l'universalisation de la règle matérielle que le principe même du choix qui heurte l'intérêt général. Toujours est-il que le ménagement de l'intérêt général limite le recours à cette forme d'universalisation du droit.

B- Une forme d'universalisation limitée par l'intérêt général

233. Pour certains, il existerait une « irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé »³⁵¹. Il est certain que, sous réserve de ce qui vient d'être dit, la possibilité de choisir la loi applicable offre une prévisibilité meilleure aux parties en ce qui concerne l'identité du droit appelé à régir leurs relations. C'est certainement la raison pour laquelle les ordres juridiques ont de plus en plus tendance à admettre cette possibilité dans des domaines qui dépassent parfois la sphère contractuelle.

Pourtant, il nous semble que le recours à la volonté des parties devrait être strictement limité et encadré. En effet, il ne doit en aucun cas conduire à mettre les sujets du droit international dans une situation plus favorable que celle dans laquelle se trouvent les particuliers impliqués dans des relations purement internes de même nature. La possibilité de choisir la loi applicable doit demeurer une contrepartie à l'imprévisibilité inhérente aux relations internationales entre personnes privées. Si la satisfaction des intérêts particuliers se fait au détriment de l'intérêt général, la règle matérielle autorisant les parties à choisir la loi applicable ne se justifie plus, quand bien même serait-elle communément admise. Le processus d'universalisation ne permet de sortir des impasses générées par le particularisme que s'il ménage à la fois les intérêts particuliers et l'intérêt général. C'est ce qui explique que

³⁵⁰ L'exemple le plus topique de cette universalisation organisée et délibérée de la règle matérielle de droit international privé autorisant les parties à choisir la loi applicable à leur contrat est évidemment l'article 3§1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles et transformée en règlement communautaire depuis le 17 juin 2008 (règlement applicable pour les contrats conclus après le 17 décembre 2009).

³⁵¹ A. E. VON OVERBECK, « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. RIGAUX*, Bruylant, 1993, p. 619.

la possibilité de choisir la loi applicable ne pourra être admise qu'à certaines conditions et que cette forme d'universalisation du droit n'offrira de perspectives acceptables que dans les hypothèses qui répondent à ces conditions qu'il convient de préciser dès à présent.

234. La faveur accordée aux sujets du droit international est justifiée à condition que le risque juridique soit réel (1°) et que la règle matérielle universelle autorisant les parties à choisir la loi applicable constitue un moyen vraiment nécessaire (2°) pour le combattre.

1° - L'exigence d'un risque juridique réel

235. La règle matérielle validant l'accord exprimé par les parties quant à l'identité du droit applicable n'est légitime que lorsque le risque juridique est réel. Réel, le risque juridique l'est la plupart du temps car il est souvent très difficile pour les parties de savoir quel droit sera déclaré compétent en cas de contentieux. En effet, étant donnée la relativité des rattachements et les difficultés pour connaître à l'avance le système de droit international privé de référence, les parties ne peuvent adapter en toute connaissance de cause leurs comportements aux prescriptions qui seront finalement appliquées à leur situation. L'application d'un droit que les parties n'avaient pas prévu risque alors de leur être dommageable en cas de contentieux. Par exemple, un mariage que l'une au moins des parties pensait valable en vertu d'un droit matériel finalement incompetent sera déclaré nul, la renégociation du contrat sera impossible, la libre transmission du patrimoine sera démentie par l'intervention d'une loi instituant des héritiers réservataires...

236. L'imprévisibilité du rattachement finalement retenu place ainsi les parties dans une situation délicate car elles se trouvent dans l'impossibilité de prévoir les effets de droit qui seront attachés à leurs actes. Cela est évidemment vrai pour les actes juridiques mais l'est également, même si c'est dans une moindre mesure, en matière de faits juridiques.

237. On sait que les faits juridiques se distinguent des actes juridiques en ce que les effets de droit ne sont pas recherchés par les individus. Les droits subjectifs et les obligations sont exclusivement déterminés par la loi et viennent en réaction par rapport à un événement

déterminé. A première vue, les parties n'adaptent donc pas leurs comportements en fonction des conséquences juridiques prescrites par la loi.

L'impossibilité de déterminer par avance la loi applicable ne générerait pas, chez les sujets impliqués dans des relations internationales, un sentiment de surprise supérieur à celui qui existe dans les relations purement internes. Etant donné que les effets juridiques viennent en réaction par rapport à la réalisation d'un événement déterminé, le sentiment de surprise serait, en définitive, inhérent à la notion même de fait juridique.

Il existerait certes une imprévisibilité quant à l'identité du droit applicable mais il n'y aurait, en revanche, aucun risque juridique. En effet, pour qu'un risque soit réel encore faut-il qu'existe l'éventualité d'un dommage. Or, si l'on suit le raisonnement précédemment exposé, on se rend compte que l'indétermination de la loi compétente sera difficilement dommageable puisqu'une certitude quant à l'identité de la loi finalement appliquée n'aurait pas entraîné les individus à adopter un comportement différent de celui effectivement suivi ; même en connaissance de cause les individus n'auraient pas modifié leurs comportements. L'imprévisibilité du droit applicable n'étant ainsi pas réellement dommageable pour les individus, elle ne mériterait aucun traitement spécifique. La possibilité de choisir la loi applicable ne se justifierait ainsi qu'en matière d'acte juridique.

238. Cette conclusion, si elle simplifie largement les données du problème, n'est pourtant pas acceptable. Elle repose en effet sur une vision erronée de la notion de fait juridique. En réalité, la loi ne se contente pas de décrire un événement et d'y attacher des conséquences juridiques. Elle entend également dicter un comportement. Ainsi, qu'il s'agisse d'un fait ou d'un acte juridique, la plupart du temps la loi prévoit des effets de droit en fonction d'un type de comportement considéré comme socialement acceptable. Si le comportement prescrit n'est pas respecté par les individus, il s'ensuivra des conséquences qui leurs seront préjudiciables qu'ils aient ou non recherché les effets juridiques.

Lorsque ceux-ci sont directement recherchés par les individus les comportements considérés comme socialement inacceptables sont sanctionnés par la nullité de l'acte, c'est-à-dire par l'absence des conséquences juridiques désirées.

Lorsque les effets juridiques ne sont pas directement recherchés de tels comportements sont sanctionnés au contraire par l'accomplissement des effets juridiques prévus par la loi.

Ainsi, en matière de responsabilité civile, par exemple, il est important de connaître la loi applicable pour pouvoir adapter son comportement aux prescriptions qu'elle prévoit. Faute de

pouvoir déterminer par avance la loi compétente du fait de la pluralité des rattachements retenus, les individus sont exposés à un risque juridique puisqu'ils ne peuvent savoir si leur comportement sera considéré comme fautif et s'il ouvrira, de ce fait, droit à réparation. L'imprévisibilité du droit leur est donc préjudiciable.

239. En définitive, le risque juridique n'est absent que lorsque la loi compétente attache des conséquences juridiques à un fait purement fortuit. Cependant, même dans cette hypothèse, il peut arriver que l'imprévisibilité du droit soit préjudiciable aux individus. Tel est notamment le cas lorsqu'ils peuvent contrecarrer les effets juridiques que la loi attache à l'événement fortuit par l'accomplissement d'un acte juridique.

C'est l'hypothèse de la succession *ab intestat*. Les individus ne peuvent certes pas interférer, par une manifestation de volonté, sur la réalisation de l'événement auquel la loi attache des conséquences juridiques. Néanmoins, celle-ci est non seulement prévisible mais malheureusement irrémédiable. Nous ne sommes en effet pas davantage des êtres vivants que des êtres mourants !

Aussi, en prévision de cet événement inéluctable, est-il possible de faire un testament qui contredit, dans certaines limites posées par le législateur, la dévolution successorale prévue en cas d'absence de manifestation de volonté du *de cuius*.

Il va sans dire que le *de cuius* n'agira ainsi que lorsque les conséquences juridiques automatiquement attachées à son décès par la loi ne correspondent pas à ses intentions relativement à la transmission de son patrimoine. Mais pour ce faire, encore faut-il pouvoir déterminer avec certitude ce que prévoit la loi en cas d'absence de testament.

Ainsi, le risque juridique existe pour le *de cuius* et pour les héritiers qu'il comptait gratifier lorsque les conséquences juridiques du décès sont déterminées par une loi dont l'application n'avait pas été prévue et qui ne correspond pas aux desiderata du défunt ; s'il avait pu déterminer la loi compétente à la succession *ab intestat*, le successible aurait agi autrement en organisant lui-même la dévolution successorale.

On se rend donc compte que le risque juridique peut exister même en cas de faits juridiques purement fortuits dont la réalisation est indépendante de la volonté des individus.

240. En définitive, l'imprévisibilité du rattachement retenu expose pratiquement toujours les sujets du droit international à un risque juridique. En effet, alors qu'ils croyaient adapter leurs comportements aux prescriptions d'une loi jugée à tort (mais de bonne foi) compétente,

une autre loi viendra, lors de la phase contentieuse, régir la situation. Ce faisant, elle sanctionnera éventuellement des comportements qu'elle juge illicites car socialement inacceptables et qui sont pourtant conformes aux dispositions de la loi qui correspond aux attentes légitimes des individus. Faut-il alors admettre la possibilité de choisir la loi applicable dans toutes les matières ?

2°- La nécessité de *l'electio juris*

241. Il est certain que la possibilité de choisir la loi applicable, lorsqu'elle est accordée par un grand nombre d'ordres juridiques, est spécialement efficace pour combattre l'imprévisibilité du droit applicable et pour réduire le risque juridique inhérent aux relations internationales.

D'une part, la simple faculté de choix permet aux parties, au sein de l'ordre juridique qui admet cette possibilité, de faire face à l'imprévisibilité d'un rattachement qui manquerait d'objectivité et donc de certitude.

D'autre part, l'universalisation de la règle matérielle validant *l'electio juris* garantit aux parties que le choix opéré sera respecté par le tribunal saisi d'un éventuel litige.

242. Toutefois, cette possibilité de choisir la loi applicable place les parties dans une situation favorable par rapport aux individus impliqués dans des relations purement internes de même nature. Dès lors qu'elles peuvent choisir, parmi plusieurs lois, celle qui régira leur situation, les parties disposent d'une liberté plus large. Il serait en effet naïf de penser que les parties choisissent la loi applicable en fonction de sa seule vocation à régir la situation. En réalité, la loi sera le plus souvent choisie en fonction de sa teneur et plus précisément de la concordance de ses prescriptions avec les desseins des parties³⁵².

Ainsi, la pluralité des lois potentiellement éligibles confère nécessairement aux parties une liberté plus grande que celle strictement encadrée par le droit interne. Il leur est en effet loisible de choisir le carcan dans lequel s'exercera cette liberté. Au fond, n'est-ce pas une grande liberté que celle de pouvoir choisir ses chaînes !

³⁵² Voir dans ce sens D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *Mélanges TERRE*, précité, p. 285, spéc. n° 28 : « Tout porte d'ailleurs à croire qu'en réalité les parties ne chercheront pas la loi la plus proche – au sens du droit international privé – , mais la loi qui leur convient le mieux : c'est toujours un objectif matériel que sert un règle de conflit fondée sur la volonté des parties ».

243. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le préciser, ce traitement de faveur n'est justifié que s'il s'agit d'une contrepartie par rapport au risque juridique auquel sont exposés les sujets du droit international. Il n'en demeure pas moins que cette compensation, si elle est légitime, favorise au moins l'une des parties. La possibilité de choisir la loi applicable ne doit donc être préconisée que lorsque aucun autre moyen n'est envisageable pour enrayer le risque juridique et rétablir la prévisibilité du droit applicable. Dans le cas contraire, il existerait une inégalité injustifiée de traitement entre des particuliers qui se retrouvent dans une situation internationale pour des raisons parfois totalement fortuites et des individus impliqués dans des relations de même nature dont tous les éléments sont situés dans un seul ordre juridique.

L'entorse aux conceptions de justice et d'utilité sociale que les droits matériels garantissent en déterminant de manière impérative la marge de manœuvre des individus dans l'aménagement de leurs rapports de droit serait intolérable. Il est même possible d'aller plus loin dans ce sens en estimant que l'intérêt général, tel que conçu par chacun des ordres juridiques, serait d'autant plus mis en péril qu'il sera alors tentant pour les individus d'internationaliser de manière artificieuse les relations dans lesquelles ils sont impliqués afin de jouir d'une plus grande liberté en s'octroyant la possibilité de choisir la loi qui régira le rapport dans lequel ils sont engagés.

Le processus d'universalisation, ici concrétisé dans la règle permettant aux parties de choisir la loi compétente, n'atteindrait alors plus les objectifs qui légitiment sa mise en œuvre. En effet, il deviendrait un facteur de fraude important et ne garantirait donc plus l'effectivité de la loi dans l'ordre international.

244. Ceci explique d'ailleurs la réticence de certains Etats à admettre la *professio juris* en matière successorale malgré sa consécration par la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989. Il existe effectivement un réel « risque que l'auteur de la *professio* puisse s'en prévaloir pour désigner une loi qui lui accorde une liberté de disposition de son patrimoine plus grande que celle que lui donnerait la loi normalement applicable à titre objectif et qu'il puisse donc à travers une telle voie, dépouiller ses héritiers réservataires – et notamment son conjoint et ses enfants – des droits qui leur reviendraient d'après cette dernière loi »³⁵³. Ceci est d'ailleurs

³⁵³ A. DAVI, « L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne », in *Les successions internationales dans l'UE*, Dnotl, 2004, p. 389.

d'autant plus vrai qu'en matière de successions l'internationalisation artificielle de la situation est assez aisée puisqu'il suffit de déplacer certains biens à l'étranger³⁵⁴.

245. Ces développements montrent que la possibilité de choisir la loi applicable ne doit être admise que lorsqu'elle paraît strictement nécessaire pour vaincre le risque juridique inhérent aux relations internationales.

Or, ce n'est véritablement le cas que lorsqu'il est impossible de déterminer, dans l'abstrait et à l'aide d'un critère de rattachement rigide, la localisation la plus appropriée de la situation en cause. Dans nombre d'hypothèses, l'imprévisibilité du droit applicable n'est pas générée par l'absence d'un rattachement pertinent mais, au contraire, par la pluralité des rattachements potentiellement praticables. Il existe alors un autre moyen de prévenir le risque juridique que celui qui consiste à laisser aux parties le soin de déterminer la loi compétente. En effet, les ordres juridiques peuvent emprunter une autre forme d'universalisation du droit dont le support n'est plus la règle matérielle autorisant les parties à choisir la loi applicable à leur relation mais une règle de conflit classique.

Lorsque l'imprévisibilité vient d'une inconstance du rattachement selon l'Etat considéré et non de l'impossibilité d'en déterminer un qui soit pertinent, la liberté laissée aux parties n'est plus justifiée³⁵⁵. Il n'y a en effet aucune raison de concéder une telle faveur aux sujets du droit international dès lors que l'objectif de prévisibilité peut être atteint par un autre moyen.

Ceci est d'autant plus vrai que l'intérêt général souffre souvent plus de cette faculté laissée aux parties que des concessions nécessaires à l'élaboration d'un critère de rattachement commun³⁵⁶.

246. D'aucuns prétendront pourtant que l'*electio juris* se justifie tout de même en raison des objectifs de droit matériel qu'elle permet de réaliser. Pourtant, outre que la réalisation de ces objectifs demeure assez aléatoire du fait de la faible propension à l'universalisation de la règle validant le choix opéré³⁵⁷, on peut se poser la question du bien-fondé de ces objectifs.

Il est vrai que la possibilité de choisir la loi applicable peut permettre à la partie qui en jouit de parvenir au résultat que l'on souhaite voir se réaliser. Ainsi l'*optio juris* apparaît, par exemple, comme un moyen d'assurer la protection des victimes ou l'établissement d'un lien

³⁵⁴ On a d'ailleurs pu observer que les mécanismes rectificatifs permettant de lutter contre ce type de fraude étaient loin de présenter une efficacité optimale, voir *supra* n° 154 et s.

³⁵⁵ Voir dans ce sens V. HEUZE, « La volonté en droit international privé », *Droits* 1999, p. 113.

³⁵⁶ Voir *infra* n° 258 et s.

³⁵⁷ Voir *supra* n° 229.

de filiation malgré le caractère restrictif de certaines législations ayant une vocation naturelle à régir la situation et qui, de ce fait, auraient pu être désignées par une règle de conflit classique.

Il n'y a *a priori* rien de choquant à ce que la protection des victimes ou l'établissement du lien de filiation soient des objectifs poursuivis par un Etat considéré. Cependant, cet objectif n'est jamais absolu. La faveur accordée est toujours limitée par les dispositions internes.

Or, en permettant aux parties de choisir la loi compétente on fait ressurgir un nouveau risque : celui de voir s'appliquer une loi matérielle protégeant les victimes ou permettant l'établissement du lien de filiation au-delà des limites posées par le droit interne.

Aucune raison ne justifie, à nos yeux, que l'on empêche l'intervention d'une loi moins favorable pour le titulaire du choix que notre droit interne si c'est pour permettre celle d'une loi plus favorable.

Il est, par exemple, assez paradoxal de permettre le choix d'une loi assurant une protection plus élevée des victimes que celle prévue par notre droit matériel interne tout en excluant implicitement celui d'une législation qui serait moins protectrice. En effet, il y a là une prise de position nette en faveur d'un résultat matériel que la législation matérielle interne, elle-même, ne permet pas nécessairement d'atteindre³⁵⁸. Si l'on estime que ce résultat plus favorable est en adéquation avec notre conception de la justice des rapports individuels, on ne voit pas bien pourquoi notre droit matériel ne permettrait pas directement d'y parvenir. C'est qu'en réalité l'intérêt de la partie adverse n'est pas totalement indifférent et que la protection de la victime doit donc être cantonnée à un certain niveau³⁵⁹.

On pourrait prétendre accepter ce résultat, plus favorable pour le titulaire du choix, par respect à l'égard de la diversité des droits matériels et en raison de la vocation naturelle de la

³⁵⁸ Voir le scepticisme de D. BUREAU à propos de la promotion d'objectifs purement matériels au moyen de cette règle matérielle permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur relation, article précité, n° 29 : « Cette promotion d'intérêts purement matériels peut cependant faire elle-même l'objet de d'interrogations, tributaires d'une importante distinction fondée sur l'étendue de la protection souhaitée. S'il s'agit en effet de protéger exclusivement l'intérêt de l'une des parties à la situation litigieuse, en offrant à elle seule la faculté de choix, cet esprit de faveur à l'égard de l'une des parties ne devrait être en toute hypothèse manié qu'avec prudence. Selon les sages observations du doyen BATIFFOL en effet, « dans la majorité des cas on ne se trouve pas en face d'utilité privée évidente (...), il y a simplement conflit de deux intérêts, l'un et l'autre défendable » : « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », précité, n° 28.

³⁵⁹ Voir dans ce sens H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », précité, p. 75, spéc. p. 133 : « Si la victime a des droits, on ne peut méconnaître que le défendeur en a aussi ; le problème n'est pas une faveur aveugle et de parti pris à la victime mais la recherche d'un juste équilibre. Et il y a quelques doutes sur le point de savoir si l'équilibre est vraiment juste quand il est obtenu par l'abandon au demandeur du choix de la loi applicable ».

loi étrangère à s'appliquer. Il devient cependant difficile de comprendre pourquoi ce respect ne devrait plus jouer en faveur d'une loi moins protectrice des victimes³⁶⁰.

247. La possibilité de choisir la loi applicable confère donc toujours aux personnes concernées une liberté plus importante que celle autorisée, pour une relation purement interne de même nature, par le droit national. Cette faveur, concédée aux sujets du droit international, n'est légitime, au regard de l'intérêt général, que si elle constitue une juste contrepartie par rapport au risque juridique inhérent aux relations internationales entre personnes privées. Or, en toute logique, cette contrepartie ne peut être justifiée que lorsqu'il n'existe aucun autre moyen de lutter efficacement contre l'imprévisibilité du droit.

248. Il en résulte que les seules hypothèses dans lesquelles l'*electio juris* est réellement nécessaire pour assurer un degré satisfaisant de prévisibilité sont celles pour lesquelles il existe une impossibilité de déceler un rattachement abstrait et préalablement déterminé qui soit satisfaisant.

Un critère de rattachement peut être jugé satisfaisant lorsqu'il permet de déterminer avec certitude la loi compétente avant même que le rapport de droit ne soit constitué et qu'il établit, dans l'abstrait, une proximité entre une catégorie de questions et un ordre juridique qui sera vérifiée au moment de la concrétisation de la loi par le juge. Pour la plupart des situations, un tel critère peut être dégagé. Le problème qui se pose n'est alors plus celui de l'existence d'un rattachement satisfaisant mais celui du choix de celui-ci. Il faudra, dans la perspective de l'universalisation de la règle de conflit, peser les avantages et les inconvénients des différents critères praticables³⁶¹. Néanmoins, cette hésitation dans le choix du critère commun ne saurait, pour les raisons que nous avons évoquées, justifier l'octroi d'une possibilité de choix de la loi applicable en faveur des parties. Le mécanisme de l'*electio juris* doit demeurer une forme d'universalisation subsidiaire en raison du surcroît de liberté qu'il entraîne au profit des sujets impliqués dans des relations internationales.

³⁶⁰ Voir dans ce sens V. HEUZE, article précité, p. 123 : « en l'occurrence l'illogisme conduit d'une manière qui n'était à l'origine qu'insidieuse, mais qui semble aujourd'hui de plus en plus largement acceptée, à une trahison de ce qui était traditionnellement considéré comme une finalité du droit international privé : le respect de la diversité des conceptions auxquelles donnent lieu à travers le monde ces notions de justice et d'utilité sociale que les règles de droit matériel ont, de leur côté, pour objet de garantir ».

³⁶¹ Sur cette question voir *infra* n° 270, 271 et 282.

249. A y regarder de plus près, on se rend compte qu'il n'y a guère qu'en matière contractuelle qu'il est impossible de rattacher de manière abstraite et préalable les rapports de droit à un ordre juridique déterminé. Cela tient à la nature du contrat qui est « une abstraction qui, comme telle, n'occupe pas de place dans l'espace et ne s'y manifeste que par des événements multiples »³⁶². Choisir parmi les facteurs de rattachement s'avère en réalité impossible. En effet, la matière est trop diverse pour que l'un d'entre eux s'avère satisfaisant pour l'ensemble des relations contractuelles. Le centre de gravité du contrat varie en fonction de la nature de celui-ci et des aléas liés à son exécution. C'est pourquoi, aucun critère de rattachement ne semble adapté à l'ensemble de la catégorie considérée³⁶³.

Le caractère hétéroclite du statut contractuel a d'ailleurs amené le législateur à abandonner toute tentative de recherche d'un facteur de rattachement abstrait et préalablement déterminé. Ainsi, lorsque aucun choix n'a été opéré par les parties, la loi applicable sera celle qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat³⁶⁴.

Cependant, cette localisation objective *a posteriori* ne peut constituer un moyen de lutter efficacement contre l'imprévisibilité engendrée par le particularisme, en raison de son caractère tardif et de la casuistique qu'elle produit³⁶⁵. Ainsi, le choix de la loi en fonction des faits de l'espèce, même s'il s'agit d'une directive universelle de recherche de la loi compétente, ne saurait constituer le mode de désignation systématique et principal du droit applicable. Ceci est d'autant plus vrai qu'en matière contractuelle le besoin de prévisibilité est spécialement important, le contrat étant avant tout un acte de prévision³⁶⁶.

³⁶² H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrat*, Sirey, 1938, p. 36.

³⁶³ Voir dans ce sens S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 61 : « Les relations juridiques de nature contractuelle ont en effet cette particularité qu'aucun facteur de rattachement pertinent ne peut être défini préalablement pour régir leur substance. Longtemps, les règles de conflit ont retenu le lieu de conclusion du contrat ou le lieu de son exécution comme facteur de rattachement mais l'inconvénient majeur de ces solutions réside dans le fait que ces éléments peuvent se révéler, selon les espèces, tout à fait accidentels, artificiels ou impraticables. Parfaitement adaptés à certains contrats, ils sont impropres dans d'autres circonstances. Ainsi, alors que le lieu d'exécution semble constituer un facteur de rattachement adéquat pour un contrat de construction, il se révèle inadapté pour un contrat de travail exécuté sur plusieurs territoires différents ou pour un contrat de transport exécuté dans un pays mais dont tous les autres éléments se rattachent à un pays tiers. Il apparaît en réalité que la diversité des relations contractuelles interdit, sous peine d'inadaptation, la désignation préalable et abstraite d'un élément (la nationalité d'une partie, la nationalité commune, le lieu de conclusion, le lieu d'exécution...) qui serait le rattachement de l'ensemble des contrats ». Voir également dans ce sens V. HEUZE, thèse précitée

³⁶⁴ Article 4§1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Le règlement « Rome I » du 17 juin 2008 a quelque peu modifié le texte sur ce point en tentant de définir un rattachement spécial pour chaque grande catégorie de contrat (article 4§1). Il n'est cependant pas certain que cela change grand chose car le paragraphe 3 de l'article 4 permet toujours de déroger à ces rattachements prédéfinis dès lors qu'il apparaît que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes précédents.

³⁶⁵ Voir *supra* n° 79 et s.

³⁶⁶ H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en l'honneur de FRANCOIS TERRE*, précité, p. 267.

250. On en conclut donc que la règle permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur relation n'est réellement nécessaire qu'en matière contractuelle. Dans les autres domaines, la prévisibilité du droit peut être améliorée par l'adoption d'un facteur de rattachement commun. Cette dernière solution doit toujours être préférée car elle n'instaure pas un régime de faveur au profit des sujets de l'ordre international. Ce sont alors les règles classiques qui doivent faire l'objet de l'universalisation et non la règle matérielle permettant aux parties de choisir la loi applicable. En d'autres termes, la seule difficulté à déterminer un critère de rattachement universel ne peut justifier de s'en remettre à la volonté des parties ou à celle de l'une d'entre elles pour déterminer le droit applicable. Ce n'est que lorsque la méthode conflictuelle classique s'avère inadaptée que le recours à la règle matérielle permettant aux parties de choisir la loi applicable est réellement nécessaire pour améliorer la prévisibilité.

On rejoint ainsi en partie la conclusion de M. HEUZE lorsqu'il énonce qu'« en définitive, qu'il serve de prétexte à une mise à l'écart de la règle de conflit, qu'il soit conçu comme un remède à une incapacité à découvrir un critère de rattachement pertinent, ou qu'il fasse figure d'objectif trop hâtivement érigé de la règle applicable, le recours à la volonté en matière de conflits de lois est toujours la marque d'une certaine faillite du droit international privé »³⁶⁷.

Cependant, il nous semble que ce renoncement est nécessaire en matière contractuelle en raison des obstacles dirimants à l'établissement d'un critère de rattachement et du besoin très important de prévisibilité. Contrairement à cet auteur, nous ne pensons pas que l'établissement d'un critère de rattachement abstrait pour chaque type de contrat spécial puisse répondre correctement au besoin de prévisibilité³⁶⁸. En effet, ce faisant, l'identité de la loi applicable dépendrait de la qualification que le juge donnerait au contrat. Cette qualification serait alors très difficile à prévoir étant données la multiplicité des contrats spéciaux et les divergences de classification selon l'identité du juge saisi. En outre, il est fort à parier que ce foisonnement de règles de conflits ne ferait qu'obscurcir les solutions retenues en matière de loi applicable aux obligations contractuelles³⁶⁹.

³⁶⁷ Article précité, p. 127.

³⁶⁸ Sur cette démarche qui consiste à déceler une règle de conflit classique propre à chaque type de contrat spécial voir V. HEUZE, thèse précitée, pp. 212 à 245, spéc. n° 541.

³⁶⁹ Voir dans ce sens S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 64 : « Cette démonstration convaincante ne doit pas faire oublier, cependant, que les parties n'auront la certitude de la loi applicable que quand le juge

251. En matière contractuelle, la possibilité, universellement reconnue, de choisir la loi applicable constitue donc le seul moyen de lutter efficacement contre l'imprévisibilité du droit générée par le particularisme. S'il est certain que ce traitement spécifique des relations internationales offre une liberté plus grande aux individus engagés dans des relations contractuelles internationales, une telle réglementation semble cependant nécessaire étant donné le besoin spécifique de prévisibilité. En d'autres termes, les inconvénients de l'instrument mis en place semblent proportionnés par rapport à l'importance du but à atteindre. L'impératif de prévisibilité est à ce point prégnant que la consécration de la possibilité de choisir la loi applicable, même si elle institue un traitement de faveur au profit des contractants, semble préférable au statu quo. Cela n'est cependant vrai que parce que la détermination d'un critère de rattachement préalable et abstrait s'avère impossible.

252. Pour résumer, c'est donc une règle matérielle de droit international privé qui offre aux parties la possibilité de choisir la loi applicable à leur relation. Cette règle matérielle institue un régime spécifique pour les relations entre personnes privées dès lors qu'elles sont affectées d'un ou plusieurs éléments d'extranéité. Ce traitement particulier ne peut se justifier que par la spécificité extrinsèque des relations internationales qui ne sont pas, *a priori*, d'une nature différente de celle des relations purement internes. Cette spécificité, problématique pour la sécurité des particuliers et pour la protection de l'intérêt général, tient au fait que plusieurs droits matériels prétendent régir la situation. La consécration de la possibilité de choisir la loi applicable semble alors être un moyen d'obvier à ces imperfections générées par le particularisme. Cela n'est cependant vrai que lorsque la possibilité de choisir la loi applicable est reconnue par un grand nombre d'ordres juridiques. En effet, dans la perspective d'une amélioration de la sécurité juridique ou d'un renforcement de l'autorité et de l'effectivité de la loi dans l'ordre international, la valeur accordée au choix est au moins aussi importante que le choix lui-même. L'efficacité de l'*electio juris* dépend donc avant tout du caractère universel de la règle matérielle qui le consacre.

aura statué, c'est-à-dire *a posteriori*, une fois les difficultés apparues. En effet, la multiplicité des contrats spéciaux soumet encore les parties à une certaine casuistique dans la mesure où il leur faudra rechercher, pour tous les contrats *sui generis* notamment, si en l'espèce, la convention relève du « droit commun de la localisation des contrats spéciaux » ou bien si une autre règle de rattachement propre à ce nouveau contrat doit être élaborée ».

253. Cette remarque fondamentale explique que l'*electio juris* soit une forme d'universalisation du droit essentiellement au service de l'objectif de prévisibilité³⁷⁰. Néanmoins, bien que l'imprévisibilité soit présente dans toute relation juridique internationale et qu'elle engendre généralement un risque juridique pour les parties, la possibilité de choisir la loi applicable ne doit pas pour autant être admise de manière générale. La garantie de l'intérêt général impose d'utiliser cette forme d'universalisation du droit avec circonspection. En effet, en permettant aux parties de choisir la loi applicable, un régime de faveur est nécessairement instauré à leur profit. Aussi, faut-il, avant de permettre une telle possibilité, évaluer le besoin de prévisibilité et surtout s'assurer qu'aucun autre moyen permettant de satisfaire les intérêts particuliers n'est envisageable.

Généralement, l'universalisation des règles de conflit de lois constitue un moyen efficace de lutter contre le risque juridique inhérent aux relations internationales. Il n'y a guère qu'en matière contractuelle que ce moyen est impraticable du fait de l'impossibilité de trouver un facteur de rattachement préalable et abstrait. La règle matérielle permettant aux parties de choisir la loi applicable doit alors constituer le support principal du processus d'universalisation du droit. Cette forme d'universalisation du droit n'offre donc de réelles perspectives qu'en matière contractuelle et à condition que la possibilité de choix soit strictement encadrée afin de heurter le moins possible l'intérêt général.

Il n'en demeure pas moins que dans beaucoup d'hypothèses le choix de la loi applicable n'est pas souhaitable, possible ou même effectué par les parties. Quels sont, alors, les remèdes permettant de lutter contre les impasses du particularisme ?

Là encore des perspectives peuvent être offertes par le processus d'universalisation du droit. Celui-ci ne porte plus sur la règle matérielle autorisant les parties à choisir la loi applicable mais sur des règles de conflit de lois classiques.

³⁷⁰ Sur ce point voir *supra* n° 229.

§2- Les règles de conflit de lois

254. Un conflit de lois apparaît dès qu'une situation impliquant des particuliers se rattache à plusieurs pays et qu'il faut, pour régir le rapport juridique considéré, choisir entre les droits matériels de ces différents Etats. Une telle hypothèse est donc *a priori* impossible si les contenus matériels des lois en présence concordent. En effet, « l'équivalence des règles supprimerait le conflit de lois en faisant naître un faux conflit »³⁷¹. L'universalisation du droit matériel est donc théoriquement exclusive de celle des règles ayant pour objet de désigner, au moyen de critères préétablis, le droit compétent. Dès lors, envisager les perspectives offertes par l'universalisation des règles de conflit de lois implique de tenir momentanément pour acquis que l'avènement d'un droit matériel uniforme n'est ni possible ni souhaitable³⁷².

Si une telle anticipation est possible c'est parce que l'on peut facilement imaginer que l'élaboration d'un droit privé matériel commun requiert trop de concessions de la part des ordres juridiques qui se voient très souvent contraints, afin de parvenir à des solutions transactionnelles, de renoncer à des considérations de justice et d'utilité sociale fondamentales et dictées par leur conception de l'intérêt général. Les concessions opérées sont alors telles qu'elles ne peuvent être compensées par les avantages d'une telle unification. Autrement dit, l'universalisation du droit matériel, si elle permet d'améliorer considérablement la prévisibilité du droit, ne garantit pas, bien au contraire, la satisfaction de l'intérêt général dans l'ordre international. On se retrouve alors dans une nouvelle impasse qui n'est pas moins problématique que celle générée par le particularisme.

C'est la raison pour laquelle il est difficile d'imaginer que l'unification du droit matériel puisse offrir des perspectives fonctionnelles satisfaisantes lorsqu'elle est considérée comme la forme principale d'universalisation du droit.

Ceci nous amène tout naturellement à nous tourner vers une autre forme d'universalisation du droit, plus respectueuse de la diversité des législations matérielles. Néanmoins, l'inanité de l'unification du droit matériel, si elle rend concevable l'universalisation du choix de la désignation du droit compétent, ne saurait pour autant prouver *ipso facto* ses aptitudes à transcender les impasses du particularisme. Ce n'est, encore

³⁷¹ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, précité, n° 5.

³⁷² Voir *infra* n° 302 et s. et n° 418 et s.

une fois, qu'une intuition qui nous pousse à croire que l'universalisation des règles de conflit de lois n'encourt pas les mêmes griefs que l'unification des législations matérielles. S'agissant en effet d'un mode indirect de réglementation des relations internationales, il est logique de penser que l'élaboration de critères communs de choix de la loi applicable requerra moins de concessions de la part des ordres juridiques.

Cet argument, dont il convient de vérifier la pertinence, ne suffit pourtant pas à prouver que cette forme d'universalisation puisse offrir des perspectives intéressantes. Etant donné que le processus d'universalisation du droit n'a, à nos yeux, qu'une valeur fonctionnelle, encore faut-il s'assurer que l'unification des règles de conflit de lois améliore réellement la prévisibilité et l'autorité des lois dans l'ordre international.

255. En somme, ce n'est qu'après avoir mesuré l'incidence de l'universalisation des règles de conflit de lois sur l'intérêt général (A) et sur les intérêts particuliers (B) que l'on pourra véritablement déterminer les perspectives offertes. Avant d'entrer dans l'analyse, précisons qu'évaluer de manière abstraite ce que les ordres juridiques ont à perdre et à gagner dans l'entreprise d'universalisation n'est possible qu'en partant du principe que l'unification des règles de conflit de lois donne naissance à un droit international privé de qualité. Il est en effet évident que les objectifs poursuivis ne peuvent pas être atteints si les règles de conflit communes occasionnent, en raison de déficiences qui leur sont propres, de nouveaux cas d'insécurité juridique ou des possibilités nouvelles, pour les particuliers, de remettre en cause l'autorité des lois dans l'ordre international³⁷³.

A- Universalisation des règles de conflit de lois et intérêt général

256. Le processus d'universalisation du droit provoque toujours deux types d'incidences sur la conception que l'on retient de l'intérêt général. Ceci est d'ailleurs vrai quelle que soit la forme d'universalisation retenue.

³⁷³ La question de la qualité des règles de conflit de lois communes est importante mais elle concerne davantage le problème de la mise en œuvre de l'universalisation du droit que celui de ses enjeux et sera, de ce fait, abordée dans la deuxième partie de cette étude, voir *infra* n° 481 et s. Pour une critique du droit international privé conventionnel voir Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales », *RCADI* 1994, II, t. 246, p. 9.

D'un côté, il ne peut y avoir d'unification des règles générales que si les ordres juridiques consentent à se départir des considérations particulières de justice et d'utilité sociale qui soutenaient les solutions adoptées au niveau interne. L'universalisation a donc nécessairement un coût pour les ordres juridiques qui se voient contraints, faute de pouvoir les imposer aux autres Etats, de transiger par rapport à leurs conceptions particulières de la justice matérielle ou/et de la justice de droit international privé.

D'un autre côté, l'universalisation des règles générales assure une meilleure satisfaction de la conception de l'intérêt général, ainsi reconsidérée, du fait de l'amélioration de l'efficacité et de l'autorité des lois qu'elle permet de réaliser.

Pour savoir si le processus d'universalisation offre une meilleure garantie de l'intérêt général il convient donc de mettre en balance ces deux aspects.

257. S'agissant des règles de conflit de lois, il nous semble que les ordres juridiques ne devraient *a priori* pas manifester trop de réticences à se lancer dans le processus d'universalisation. En effet, l'analyse montre que les sacrifices exigés par l'universalisation (1°) sont largement compensés par le fait que des règles de conflit de lois unifiées rendent la protection de l'intérêt général plus systématique. Il existe donc à nos yeux un réel intérêt pour les ordres juridiques à recourir à cette forme d'universalisation du droit. Ceci est d'autant plus vrai qu'en plus de la satisfaction de l'intérêt général (2°) l'universalisation sert également les intérêts particuliers que les Etats ont naturellement en charge.

1°- Les sacrifices exigés par l'universalisation des règles de conflit de lois

258. Une règle de conflit de lois a pour fonction première de désigner le système juridique dont le droit matériel régira la situation considérée. Il s'agit donc, comme l'indique notamment Mme GAUDEMET-TALLON, d'une « super-règle » qui a seulement pour but de dire quel est le droit applicable³⁷⁴. Cette règle sera universelle dès lors qu'un même critère de choix du droit matériel compétent sera retenu par l'ensemble des ordres juridiques.

Il est certain que le choix, par les Etats, des critères de désignation de la loi applicable est rarement anodin. Il est en effet souvent dicté par la conception de l'intérêt général et plus particulièrement de la justice des relations privées qui innerve la législation matérielle interne.

³⁷⁴ « Cours général de droit international privé », précité, n° 159.

C'est ce qui explique d'ailleurs l'absence fréquente de concordance spontanée des règles de conflit de lois entre les différents Etats. L'universalisation des règles de conflit de lois nécessite donc toujours que les ordres juridiques se départissent quelque peu de leur conception de la justice des rapports sociaux.

Pourtant, cet obstacle ne semble pas dirimant. En effet, malgré les concessions nécessaires, l'universalisation est souvent conforme, nous semble-t-il, à l'intérêt des ordres juridiques dans leur mission de protection de l'intérêt général. Ceci est d'ailleurs vrai que ce processus exige une modification du mode de désignation du droit compétent (a) ou qu'il implique un simple changement du facteur de rattachement (b).

a) Le changement du mode de désignation du droit compétent

259. Etant donné qu'un Etat déterminé est dans l'impossibilité d'imposer aux autres sa vision de l'intérêt général, il va de soi que l'universalisation ne pourra être opérée qu'autour d'un mode de désignation du droit compétent qui fait abstraction des considérations de justice matérielle et donc du contenu substantiel des lois en conflit. En d'autres termes, pour que son universalisation soit envisageable, la règle de conflit de lois ne doit pas prendre parti pour la réalisation d'un résultat substantiel dicté par une conception particulière de l'intérêt général. Dans le cas contraire, l'universalisation se heurtera nécessairement à la réticence des Etats pour lesquels le résultat matériel favorisé par le sens de la règle de désignation du droit applicable contrevient à l'idée qu'ils se font de la justice sociale des relations privées. Il faut en effet toujours garder à l'esprit que toute méthode conflictuelle postule une divergence des législations matérielles en conflit et donc des conceptions de l'intérêt général qui les soutendent.

260. Parmi les méthodes du conflit de lois la variante imaginée par SAVIGNY³⁷⁵ présente ce caractère d'abstraction, capitale pour rendre l'universalisation envisageable. On se contentera ici de rappeler le principe de ce mode de désignation de la loi applicable dont les mérites³⁷⁶ et les défauts³⁷⁷ ont largement été mis en lumière par la doctrine. Selon la technique

³⁷⁵ *Traité de droit romain*, Tome VIII, précité.

³⁷⁶ Voir parmi d'autres, H. BATIFFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », précité, spéc. p. 146 : « (...) mais l'unité de la matière des relations de droit privé subsiste, et si la loi de police n'intervient pas pour une raison ou une autre, la méthode des conflits de lois conserve son application dans sa

imaginée par cet auteur, il convient de dégager pour chaque catégorie de relations un élément caractéristique qui permette de localiser, après qualification, le rapport juridique en cause dans un ordre national. C'est le droit matériel de cet ordre juridique, ainsi identifié, qui est alors désigné pour régir le rapport litigieux.

S'il est possible de penser que la détermination de l'élément caractéristique et la qualification du rapport de droit sont parfois tributaires des particularismes nationaux³⁷⁸, il est en revanche indéniable que cette méthode ne prend pas en considération le contenu matériel des lois en conflit. En effet, la loi compétente est exclusivement désignée en fonction de sa vocation à régir le rapport litigieux. La teneur de la loi est quant à elle indifférente³⁷⁹.

Ainsi, la règle de conflit abstraite, neutre et bilatérale de type savignien présente les qualités requises pour que son universalisation soit envisageable. En va-t-il de même des autres procédés de désignation de la loi compétente ?

261. De toute évidence, cela n'est pas le cas des procédés dits de « matérialisation » du mode de désignation du droit applicable³⁸⁰ qui, par définition, font dépendre la compétence législative du contenu matériel d'une ou plusieurs lois substantielles concernées par la situation en cause. Ainsi, ni les règles de conflit matérielles ni les règles unilatérales implicitement générées par la technique des lois de police ne sont propices à l'universalisation.

On peut d'ailleurs remarquer qu'à l'heure actuelle toute règle unilatérale de conflit de lois est en relation directe avec les objectifs matériels poursuivis par les dispositions substantielles de l'ordre juridique qui l'a édictée.

Il est aujourd'hui communément admis que les conflits de lois n'engagent pas directement la souveraineté des Etats³⁸¹. La souveraineté d'un Etat ne saurait en effet être affectée par l'application, contre sa volonté, de sa propre loi matérielle par un ordre juridique

généralité ; c'est ce que nous avons aussi constaté pour les règles matérielles » ; F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, précité ; J. A. CARILLO SALCEDO, « Le renouveau du particularisme en droit international privé », précité.

³⁷⁷ Voir notamment G. KEGEL, « *The crisis of conflict of law* », précité, p. 95.

³⁷⁸ Sur ce point, voir *supra* n° 81.

³⁷⁹ Sur cette distinction voir P. LOUIS-LUCAS, « Vue simplifiée du renvoi », *Rev. crit. DIP* 1964, p. 1.

³⁸⁰ Sur lesquels voir *supra* n° 166 et s. et plus particulièrement J. GONZALES CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI* 2000, VI, t. 287, p. 9.

³⁸¹ Voir notamment dans ce sens H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, précité, n° 17 et P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la compétence », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 1 et p. 537, spéc. p. 19 : « Les règles de conflits de lois n'attribuent pas compétence à l'Etat dont elles désignent la loi...La règle de conflit de lois désigne seulement la loi dont les tribunaux feront en principe (si aucun obstacle ne s'y oppose) application ».

concurrent. Il devient dès lors difficile d'expliquer l'unilatéralisme par cette volonté de laisser à chaque ordre juridique le soin de déterminer le champ d'application de sa législation matérielle.

Quelles peuvent alors être les justifications de ce procédé de désignation du droit compétent qui, on le sait, présente d'importants inconvénients comme notamment le risque de déboucher sur des lacunes ou des conflits positifs de lois ?

Les règles unilatérales sont aujourd'hui de plus en plus rares dans la mesure où, en raison de la perte de leur justification originelle, la jurisprudence s'est efforcée de les bilatéraliser lorsque cela était possible³⁸². Néanmoins, lorsqu'elles persistent c'est dans le but « d'étendre le champ d'application de la *lex fori* non seulement pour des raisons de justice conflictuelle, mais aussi pour des raisons de justice matérielle »³⁸³. En somme, de telles règles de conflit sont justifiées, du point de vue des ordres juridiques qui les édictent, par l'importance de l'objectif d'intérêt général contenu dans la loi matérielle qu'elles rendent applicable. Ceci est évident en ce qui concerne les lois de police. Mais dans une certaine mesure, c'est également le cas de dispositions *a priori* moins exorbitantes comme celle contenue à l'article 309 du code civil. En effet, comme l'indique Mme GAUDEMET-TALLON, « Si, en 1975, le législateur français a adopté l'article 310 (devenu art. 309 en 2005), c'est parce que la nouvelle loi substantielle française sur le divorce lui paraissait bonne et qu'il souhaitait qu'elle régit non seulement tous les couples d'époux français, mais aussi tous les couples d'époux domiciliés en France »³⁸⁴. Ainsi, les règles de conflit unilatérales ne sont jamais sans lien avec le contenu de la législation substantielle qu'elles rendent applicable ce qui empêche d'y voir une technique de choix de la loi pouvant servir de support au processus d'universalisation.

262. En ce qui concerne la méthode dite de la *proper law*, les choses sont moins évidentes. Cette technique indique de rechercher, au cas par cas, la loi la plus appropriée. Elle n'implique ainsi pas nécessairement de prendre en considération les contenus des lois matérielles en conflit afin de désigner celle qui devra régir le rapport litigieux. Cependant, pour éviter que la recherche de la *proper law* dépende de l'arbitraire du juge plusieurs

³⁸² Voir notamment Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Trav. com. fr. dr. inter. privé*, 1980-1981, p. 46, spéc. p. 58 et H. GAUDEMET-TALLON, « Cours général de droit international privé », précité, n° 161.

³⁸³ H. GAUDEMET-TALLON, *ibid.*

³⁸⁴ *Ibid.*

directives ont été avancées par la doctrine. Or, la plupart d'entre elles conduisent à déterminer la loi applicable en fonction de la teneur des droits en présence.

Ainsi, selon la doctrine des intérêts gouvernementaux développée par CURRIE³⁸⁵, la loi compétente est celle de l'Etat qui a le plus grand intérêt à l'application de son droit matériel. Il est évident que le juge, pour mener à bien cette recherche, devra prendre en considération le contenu des lois en présence.

De même, l'examen de la teneur des droits matériels en présence est inhérent à la directive imaginée par CAVERS³⁸⁶ et qui consiste à déclarer compétente la loi dont l'application concrète aboutit à la solution considérée comme la plus juste.

Le fait que ces directives de recherche de la *proper law* imposent au juge de considérer la teneur des lois en présence n'hypothèque pas automatiquement leur universalisation car elles ne prennent *a priori* pas parti pour une conception particulière de l'intérêt général. En revanche, ce qui est compromis c'est le résultat poursuivi par le processus d'universalisation : la désignation de la même loi matérielle quel que soit le tribunal saisi. En effet, le juge saisi appréciera nécessairement les intérêts primordiaux des Etats à l'application de leurs lois ou le caractère juste de la solution à l'aune des considérations sociales défendues par l'ordre juridique dont il dépend³⁸⁷. Ainsi, bien que les directives proposées pour déterminer la loi compétente soient susceptibles d'être partagées par un grand nombre d'ordres juridiques, l'universalisation ne permettra pas de réaliser les objectifs escomptés.

C'est pourquoi la technique de la *proper law* ne peut constituer le support privilégié du processus d'universalisation du droit. Ce sont, en effet, ses seuls aspects fonctionnels qui justifient la mise en œuvre du processus d'universalisation.

263. Ce rapide aperçu des différentes approches de la méthode des règles de conflit de lois nous permet de conclure que seules des règles classiques, bilatérales, neutres et abstraites, peuvent raisonnablement constituer le support principal du processus d'universalisation du droit. Ceci signifie donc que l'universalisation des règles de conflit de lois suppose parfois, de la part des Etats concernés, un changement du mode de désignation du droit applicable. Tel

³⁸⁵ Selected essays on the conflicts of law, précité.

³⁸⁶ « *A critique of the choice of law problem* », précité.

³⁸⁷ Voir dans ce sens Y. LOUSSOUARN, article précité, p. 59 : « C'est pourquoi la doctrine de CAVERS conduit souvent à l'application de la loi la plus favorable à la partie que le juge entend protéger. Elle conduit toujours à déterminer la loi applicable en fonction de la teneur des lois en présence. Ce faisant elle dépouille de façon systématique la règle de conflit de son caractère neutre pour en faire un technique que le juge utilise au mieux des intérêts qu'il croit légitimes ».

est le cas dès que la méthode classique n'a pas été retenue à titre principal ou pour régir une catégorie particulière de questions.

Ce sont précisément les sacrifices imposés par ce changement de méthode qu'il convient d'évaluer. Sont-ils véritablement intolérables ? Justifient-ils le refus des ordres juridiques de se lancer dans l'unification des règles de conflit de lois ?

264. Il nous semble qu'en réalité la difficulté est loin d'être insurmontable car le changement de mode de désignation du droit applicable n'oblige pas les Etats à accomplir des concessions intolérables par rapport à leur conception de l'intérêt général.

Ce changement se fera toujours au profit d'une méthode de réglementation plus neutre que celle jusque là retenue. Ainsi, il n'est pas demandé aux Etats qu'ils adhèrent à une conception de la justice des rapports sociaux qui n'est pas la leur mais simplement qu'ils abandonnent une technique de réglementation tendue vers des objectifs qu'ils estiment d'intérêt général. C'est précisément cet abandon qui pourrait faire douter du caractère indolore de l'universalisation des règles de conflit de lois. Il est en effet certain qu'en retenant un mode de désignation du droit compétent en relation directe avec les objectifs matériels qu'ils poursuivent, les Etats entendent garantir la protection, assez aléatoire dans l'ordre international, de leur conception de l'intérêt général. Leur réticence à s'orienter vers un mode de désignation plus neutre du droit compétent serait donc assez légitime.

C'est cependant oublier qu'en réalité, et comme nous l'avons montré, ces procédés de « matérialisation » du choix de la loi applicable n'ont qu'une efficacité très limitée³⁸⁸ et ne permettent que rarement d'assurer une protection satisfaisante de l'intérêt général. On en conclut donc que les Etats n'ont en réalité pas de raisons valables de refuser d'adopter un mode neutre de désignation du droit applicable qui, du fait de sa seule propension à l'universalisation, garantit une meilleure protection de l'intérêt général qu'un procédé plus orienté mais, du même coup, condamné à n'être adopté que par l'ordre juridique qui l'a édicté.

265. En définitive, l'universalisation des règles de conflit de lois exigera parfois de la part des Etats un changement du mode de désignation du droit compétent. Ce changement au profit de règles classiques de conflit de lois, seules susceptibles d'universalisation, ne semble

³⁸⁸ Voir *supra* n° 166 et s.

pas engendrer des sacrifices intolérables pour les Etats. En va-t-il de même lorsqu'il s'agit de modifier le facteur de rattachement ?

b) La modification du facteur de rattachement

266. L'universalisation des règles de conflit de lois suppose non seulement que les Etats concernés par ce processus s'entendent sur le choix de la méthode de réglementation des relations internationales entre personnes privées mais également qu'ils s'accordent sur les facteurs de rattachement devant être communément retenus. La recherche de critères communs exigera ainsi souvent qu'ils transigent par rapport aux rattachements qu'ils auraient naturellement adoptés ou qu'ils retiennent effectivement si la question en cause est d'ores et déjà régie par une règle de conflit de lois classique. Ce changement du facteur de rattachement, indispensable à l'universalisation des règles de conflit de lois, représente-il réellement une difficulté ?

267. Cette question soulève le problème de la neutralité de la règle de conflit de lois de type savignien³⁸⁹. De toute évidence, les ordres juridiques seront plus enclins à revoir leurs positions si la divergence des règles de conflit de lois n'est que le fruit d'appréciations différentes de l'intensité respective des rattachements. En effet, si la structure des règles de conflits n'est pas influencée par les valeurs sociales de l'ordre juridique qui les édictent mais qu'elle est, au contraire, déterminée en fonction d'une certaine conception de la localisation, il va de soi que les Etats n'auront que peu de difficultés à admettre la relativité des rattachements qu'ils ont pu élaborer. En revanche, si le choix du facteur de rattachement est tendu vers la satisfaction d'objectifs jugés d'intérêt général, son abandon sera ressenti, par l'Etat qui le retient, comme une véritable abdication par rapport à sa mission naturelle de sauvegarde de sa conception de la justice des rapports sociaux.

C'est donc ce lien entre la teneur du rattachement et la conception de l'intérêt général défendue par l'ordre juridique duquel il émane qu'il convient d'analyser afin de mesurer l'intensité des obstacles à l'universalisation des règles de conflit de lois.

³⁸⁹ Sur cette question voir notamment F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, précité ; Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », précité ; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI* 1984, III, t. 186, p. 219.

268. L'idée qu'il existerait un lien indéfectible entre les règles de conflit de lois et les lois substantielles internes a surtout été développée par BARTIN qui estimait que le champ d'application des lois dans l'espace se déduisait de l'analyse de la structure des institutions internes³⁹⁰. En soi, cette conception n'explique pas réellement les motifs qui peuvent conduire les Etats à choisir parmi les rattachements en concours. En effet, l'analyse de la structure interne de la matière faisant l'objet du rattachement ne peut servir, nous semble-t-il, qu'à l'élaboration des catégories de rattachement. Il est en revanche difficile d'en déduire le critère de rattachement. C'est ainsi que R.-D. KOLLEWIJN écrivait que « la nature et le caractère de l'état et de la capacité des personnes, considérées en eux-mêmes, n'indiquent comme l'unique [solution] juste, ni le principe de la nationalité, ni celui du domicile »³⁹¹. Il semble d'ailleurs que si la formule employée par BARTIN ne permet pas d'expliquer rationnellement les raisons conduisant les Etats à choisir parmi les rattachements en concours, c'est que, dans l'esprit de l'auteur, elle servait essentiellement à étayer la thèse selon laquelle le conflit de lois se ramène à un conflit de souverainetés. La faiblesse d'une telle explication sur les raisons du choix des rattachements apparaît aujourd'hui en pleine lumière du fait du rejet presque unanime d'une telle conception du droit international privé.

269. Néanmoins, l'idée qu'il existerait un lien certain entre les règles de conflit de lois et les lois substantielles internes a perduré en se fondant sur de nouveaux éléments. Le rattachement ne serait plus inspiré des structures juridiques internes mais de leur contenu, c'est-à-dire des valeurs sociales que les règles internes tendent à protéger³⁹². Si cette allégation se vérifiait, il faudrait en déduire des difficultés encore plus importantes pour l'universalisation des règles de conflit. Il est en effet certain que la conception que l'on retient de l'intérêt général dépend bien davantage des valeurs sociales contenues dans le droit matériel que de la structure juridique des institutions nationales. En d'autres termes, s'il est avéré que les rattachements sont déterminés en fonction de valeurs sociales particulières, la recherche de facteurs communs sera compromise.

270. Pourtant, il nous semble que les jugements de valeur portés, par les Etats, sur les différents rattachements ne dépendent, ou devraient logiquement ne dépendre, que très peu de la conception qu'ils retiennent de l'intérêt général.

³⁹⁰ Voir *supra* n° 44.

³⁹¹ Cité par E. AGOSTINI, cours précité, p. 12, note n° 11, Part. II.

³⁹² Y. LOUSSOUARN, article précité, p. 49.

En effet, comme l'indique M. AGOSTINI, s'il s'agissait de satisfaire, au moyen d'un rattachement donné, un objectif d'intérêt général, la règle de conflit de lois perdrait toute sa raison d'être. La logique voudrait que l'on conclue à « l'inutilité du droit international privé et à son remplacement pur et simple par une règle d'intérêt »³⁹³. Il existe ainsi une véritable incohérence à vouloir garantir un objectif d'intérêt général par l'adoption d'un rattachement déterminé. On a en effet généralement trop insisté sur la signification des rattachements retenus.

Il est d'ailleurs de ce point de vue permis de s'étonner que les tribunaux allemands, par exemple, n'hésitent pas à se référer à la Constitution, et plus particulièrement au principe constitutionnel de l'égalité des sexes, pour rejeter ou admettre un rattachement³⁹⁴. En quoi une règle de conflit prescrivant d'appliquer, à la question du divorce, la loi nationale du mari est-elle moins respectueuse des droits de la femme que celle qui, tout en rattachant cette matière à la loi du domicile commun, conduirait à prononcer une répudiation unilatérale ?

Force est d'admettre que dans une telle hypothèse, la conception de l'intérêt général n'est heurtée par le sens de la règle de conflit que de manière très symbolique. Il est loin d'être certain qu'un rattachement considéré comme plus « égalitaire » permette, de manière générale, une protection plus importante des droits de l'épouse.

Si, pour reprendre l'exemple précédent, la règle de conflit qui donne compétence à la loi du mari doit être proscrite, c'est en raison de son caractère peu pertinent et non en vertu d'une prétendue incompatibilité avec la conception de la justice des rapports sociaux retenue.

Cette pertinence du rattachement est jugée, certes par rapport à des considérations propres à l'ordre national qui édicte la règle de conflit, mais surtout en fonction de ce qui est estimé comme étant la localisation naturelle ou effective du rapport considéré. Or, s'agissant de rapports internationaux, cette localisation est presque toujours relative³⁹⁵.

271. La diversité des rattachements est donc plus le fait de « raisons contingentes, diverses et changeantes »³⁹⁶ qui diffèrent selon les Etats, que de conceptions particulières de l'intérêt général. La valeur que l'on attribue à certains rattachements du fait de leur correspondance avec un objectif d'intérêt général est en réalité très illusoire et relève bien plus d'une pétition de principe que d'une vérification pragmatique de l'office qu'ils sont censés remplir. Ceci

³⁹³ Cours précité, n° 5, Part. II.

³⁹⁴ Voir Y. LOUSSOUARN, article précité, p. 50.

³⁹⁵ E. AGOSTINI, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁹⁶ P. ARMINJON, *Traité de droit international privé*, t. I, Dalloz, 2^{ème} éd., 1934, n° 91, p. 196.

nous autorise à penser que les changements de facteurs de rattachement, nécessaires pour universaliser les règles de conflit de lois, n'exigent finalement pas, de la part des Etats qui auront pris conscience de la relativité inhérente à tout rattachement, de trop importantes concessions par rapport à leur conception de l'intérêt général. D'ailleurs, la réticence des ordres juridiques a d'autant moins lieu d'être que l'unification des règles de conflit de lois permet une protection plus systématique de l'intérêt général.

2°- La satisfaction de l'intérêt général par l'unification des règles de conflit de lois

272. L'unification des règles de conflit de lois permet de soumettre partout les mêmes faits à une même loi. Ainsi, en principe, un litige recevra la même solution quelle que soit l'identité du juge saisi. Cette conséquence de l'universalisation des règles de conflit de lois présente l'avantage de restaurer l'autorité et l'efficacité des lois dans l'ordre international. Les parties ne pourront plus tirer profit de la diversité des systèmes de droit international privé et la législation substantielle désignée par le critère commun de rattachement pourra, par conséquent, convenablement remplir le but social pour lequel elle a été élaborée.

L'unification des règles de conflit de lois garantit ainsi une protection plus systématique de la conception de l'intérêt général défendue par l'ordre juridique dont la loi matérielle est applicable. Or, les règles de conflit classiques, seules susceptibles d'universalisation³⁹⁷, désignent comme loi compétente celle qui a naturellement vocation à régir la situation en cause, c'est-à-dire celle de l'ordre juridique qui entretient, d'un point de vue abstrait, les liens les plus étroits avec le rapport litigieux. Ainsi, sous réserve d'un choix pertinent du facteur commun de rattachement, l'universalisation des règles de conflit de lois devrait normalement permettre à l'ordre juridique national le plus concerné par la situation d'être assuré de la promotion de sa conception de l'intérêt général, quelle que soit l'identité du juge saisi.

En définitive, l'universalisation des règles de conflit de lois assure une coordination satisfaisante des ordres juridiques nationaux car elle opère un arbitrage égalitaire des intérêts respectifs de chacun d'entre eux à l'application de leurs lois.

273. Néanmoins, si cette forme d'universalisation paraît globalement satisfaisante du point de vue de la protection de l'intérêt général, il faut éviter tout excès d'optimisme. En

³⁹⁷ Voir *supra* n° 259 et s.

effet, en dehors du fait que la volonté de coopérer des ordres juridiques demeure une donnée difficilement maîtrisable, il reste que plusieurs éléments viendront nécessairement limiter les aspects fonctionnels de l'unification des règles de conflits de lois.

274. En premier lieu, l'objectif poursuivi par cette forme d'universalisation, ne sera atteint que si les règles de conflit sont interprétées et appliquées de manière uniforme. Or, la diversité des modes de preuves et des procédures d'une part et les divergences de qualifications d'autre part, feront nécessairement naître de nouveaux particularismes. Le processus d'universalisation ne présentera ainsi de réels aspects fonctionnels que si les règles communes de conflits de lois sont mises en œuvre de manière uniforme.

275. En second lieu, ces particularismes, s'ils subsistent, laisseront toujours la possibilité aux parties les plus habiles et les plus avisées de remettre en cause l'autorité des lois dans l'ordre international. En effet, les parties pourront saisir un juge qui se reconnaît compétent et qui fait une application du droit désigné par la règle de conflit commune conforme à leurs desseins. En outre, l'universalisation des règles de conflit de lois suppose un maintien de la diversité des législations matérielles. Il sera donc toujours possible aux parties de modifier artificiellement le facteur de rattachement afin de déclencher l'application d'un droit matériel plus conforme à leurs attentes. On a cependant pu remarquer qu'une telle remise en cause de l'autorité des lois était finalement assez peu fréquente³⁹⁸.

276. En dernier lieu, l'application des règles de conflit uniformes ne peut se faire de manière totalement mécanique. Le juge qui aura à connaître de la situation portera nécessairement un jugement de valeur sur la législation matérielle compétente. En cas de trop grande incompatibilité avec sa conception de l'intérêt général, il en écartera l'application au profit de la *lex fori*. On ne peut en effet attendre d'un juge qu'il accepte de donner effet à un droit matériel manifestement contraire à ses conceptions les plus fondamentales de la justice des rapports privés.

Il n'en demeure pas moins qu'une telle éviction de la loi étrangère empêche à l'universalisation des règles de conflit de lois de produire les effets recherchés. C'est la raison pour laquelle il convient de limiter ces résurgences de particularisme aux seules hypothèses où elles sont réellement nécessaires.

³⁹⁸ Voir *supra* n° 122 à 125.

277. Un premier mécanisme que les ordres juridiques nationaux utilisent généralement pour éviter l'application de lois qui contreviendraient à leur conception de l'intérêt général consiste à créer des rattachements spéciaux dans certaines matières. C'est la technique des lois de police³⁹⁹. Dans une telle hypothèse, l'éviction se fait de manière générale et avant que la contradiction entre les dispositions de la loi normalement compétente en vertu du critère de rattachement de principe et les conceptions fondamentales de l'ordre du *for* ne soit constatée. Le développement de cette technique s'avère assez problématique. En dehors du fait qu'elle ne permet d'assurer qu'une protection très relative de l'intérêt général⁴⁰⁰, elle n'autorise aucune prévisibilité pour les parties. En effet, non seulement l'intervention d'une loi de police fait exception au rattachement de principe mais il est bien souvent difficile de savoir à l'avance quelles sont les dispositions qui se verront attribuer une telle qualification par le juge. Il nous semble que l'immixtion de ce mécanisme peut cependant être limitée. Il suffit de retenir un rattachement commun qui tienne compte, au regard de la configuration internationale de la situation, des intérêts respectifs des ordres juridiques à l'application de leurs lois.

Ainsi, si l'on pose, par exemple, comme rattachement de principe que la loi applicable aux effets du mariage est celle du domicile commun des époux, l'Etat sur le sol duquel le couple vit n'aura plus besoin de recourir au mécanisme des lois de police pour assurer l'application de sa législation matérielle relative au régime primaire.

278. Un second mécanisme consiste à évincer la loi normalement compétente, au cas par cas, une fois que sa contradiction avec les conceptions fondamentales du *for* est constatée. C'est le mécanisme de l'exception d'ordre public. Il est certain que la mise en œuvre de ce procédé annihile les effets recherchés par l'universalisation des règles de conflit de lois. En effet, la situation en cause ne sera plus régie par la loi normalement compétente mais par la *lex fori* qui s'y substitue. Il convient cependant de relativiser l'influence de ce mécanisme qui ne joue que de manière exceptionnelle, lorsqu'il existe une contradiction flagrante entre la loi normalement compétente et les conceptions fondamentales du *for*.

³⁹⁹ Sur laquelle voir *supra* n° 169 et s.

⁴⁰⁰ Voir *supra* n° 177 et s.

279. En définitive, l'universalisation des règles de conflit de lois semble globalement bénéfique à la protection de l'intérêt général tel que conçu par chaque ordre juridique national⁴⁰¹. En effet, non seulement la mise en place de cette forme d'universalisation du droit ne requiert pas des Etats qu'ils infléchissent trop leurs conceptions de l'intérêt général mais en plus elle permet de garantir, de manière plus systématique, qu'une fois désignée, la loi compétente remplisse le but social pour lequel elle a été élaborée. Ainsi, à condition que les critères de rattachement communs soient pertinents, l'universalisation des règles de conflit de lois ne devrait logiquement pas se heurter à trop de réticences de la part des ordres juridiques qui ont, finalement, tous intérêt à sa mise en œuvre. Ceci est d'ailleurs corroboré par le fait que cette forme d'universalisation permet de satisfaire les intérêts particuliers que les Etats ont également en charge.

B- Universalisation des règles de conflit de lois et intérêts particuliers

280. Comme l'indique M. AUDIT, « les intérêts privés à satisfaire sont, d'une part, ceux des personnes impliquées dans un rapport de droit, d'autre part, ceux des tiers affectés par un rapport donné »⁴⁰². Dans l'ordre interne la satisfaction de ces deux types d'intérêts, souvent antagonistes, se fait au moyen de la législation matérielle qui tente de les concilier en fonction d'une certaine conception de la justice et de l'utilité sociale.

La présence d'un ou plusieurs éléments d'extranéité ne change pas intrinsèquement les données du problème. La règle de conflit de lois donnera en effet compétence à un droit matériel qui aura en charge la satisfaction et la conciliation de ces intérêts privés. On a cependant pu remarquer que la pluralité des lois matérielles et des règles de conflits de lois engendrait une imprévisibilité du droit applicable qui nuit aux intérêts des particuliers engagés dans des situations internationales⁴⁰³. Cette imprévisibilité atteint d'ailleurs tant les individus engagés personnellement dans de tels rapports que les tiers. Les uns comme les autres aspirent en effet à voir s'appliquer une loi qui ne les surprenne pas afin de pouvoir s'assurer de la légalité de leurs comportements ou d'être certains de ne pas se voir opposer des droits dont ils ne pouvaient raisonnablement imaginer l'existence.

⁴⁰¹ A condition évidemment qu'elle donne naissance à droit international privé commun de qualité, voir *supra* n° 255.

⁴⁰² « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », précité, p. 275.

⁴⁰³ Sur ce problème voir notamment W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 657.

Dans quelle mesure l'universalisation des règles de conflit de lois permet-elle de satisfaire ce besoin de prévisibilité ?

281. Cette forme d'universalisation du droit améliore sensiblement la prévisibilité en ce sens que l'identité du droit applicable n'est plus tributaire des aléas de la procédure. En effet, la même loi matérielle sera appliquée quel que soit le juge saisi. Les parties pourront ainsi prévoir à l'avance le droit qui sera appelé à régir le rapport juridique dans lequel elles sont impliquées sans attendre l'intervention d'un contentieux. Cet avantage est loin d'être négligeable car il permet aux sujets du droit international d'adapter leurs comportements aux prescriptions de la législation matérielle compétente.

282. A ce propos, il convient d'ailleurs de remarquer que cette vertu intrinsèque de l'universalisation permet de relativiser l'importance du choix du rattachement. La doctrine s'est souvent évertuée à rechercher le type de rattachement qui autorisait la meilleure prévisibilité. C'est ainsi qu'ont été opposés, en matière de statut personnel, domicile et nationalité ou encore, de manière plus générale, rattachements souples et rattachements rigides⁴⁰⁴. Cependant le débat est loin d'être tranché⁴⁰⁵ et le droit positif combine le plus souvent les différentes approches⁴⁰⁶ et les différents rattachements dans le but de faire coïncider l'identité du droit applicable avec les attentes des parties.

La stérilité de cette recherche du rattachement le plus prévisible s'explique par le fait que le caractère légitime des attentes des particuliers est en partie déterminé par la conception de la justice de droit international privé que l'on retient. En forçant un peu le trait, cela signifie que l'on admettra que les attentes d'un individu sont légitimes si elles correspondent au rattachement généralement retenu⁴⁰⁷. Ainsi, un véritable *regressum ad indefinitum* se dessine ;

⁴⁰⁴ Voir notamment P. HAY, « *Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law* », *RCADI* 1991, I, t. 226, p. 282.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 291 : « *This tension is unresolvable. It is the natural consequence of the difference between law making and law application* ».

⁴⁰⁶ Voir H. GAUDEMET-TALLON, « Cours général de droit international privé », précité, n° 325 : « Au XX^e siècle et de nos jours, on constate une influence réciproque de ces deux grandes tendances : les systèmes de droit civil, en particulier les droits du continent en Europe, sont de plus en plus sensibles à la nécessité soit d'adopter un rattachement plus souple, soit de pouvoir, dans certains cas, écarter un rattachement rigide. A l'inverse, dans les pays de *common law*, spécialement au Royaume-Uni, on observe des manifestations réelles du souci d'assurer une prévisibilité suffisante, manifestations telles que l'édiction de normes assez strictes ou encore le respect de la règle du précédent ».

⁴⁰⁷ Ceci est vrai même en présence d'un rattachement souple qui n'indique qu'*a posteriori* et en fonction des faits de l'espèce quelle est la loi compétente. En effet, la recherche de la *proper law* se fait généralement selon des directives préétablies ou au moins en référence à la règle du précédent. Le caractère légitime des attentes des particuliers sera ainsi tributaire de leur correspondance avec ces principes.

le facteur de rattachement ne peut à la fois être adapté aux attentes légitimes des parties et servir de critère pour apprécier la légitimité de ces mêmes attentes.

Ce paradoxe vient du fait que les données du problème sont mal posées dès le départ. En réalité, si les prévisions des parties sont souvent démenties dans l'ordre international, ce n'est généralement pas en raison de l'inadaptation du rattachement retenu mais plutôt à cause de l'inconstance du support normatif en fonction duquel elles sont formulées. En effet, l'acte de prévision résulte de la représentation, par le sujet, des éléments objectifs de la situation dans laquelle il est impliqué. Parmi ces éléments figurent notamment les données du droit positif. Si celles-ci sont insaisissables, les prévisions des individus seront très aléatoires. Tel est le cas en droit international privé puisque le rattachement retenu diffère souvent selon l'identité du juge saisi. L'universalisation des règles de conflit de lois, en redonnant toute leur constance aux facteurs de rattachement préconisés, permettra ainsi aux parties de fonder leurs attentes sur des données objectives stables. Ce n'est donc pas tant la teneur du rattachement que son application systématique qui importe pour améliorer la prévisibilité dans l'ordre international.

On peut d'ailleurs aller plus loin et estimer que la généralisation des facteurs de rattachement unifiés modifiera peu à peu les consciences individuelles tant et si bien que les individus estimeront finalement naturelle l'application des lois matérielles désignées par les règles de conflit communes.

283. Bien qu'elle soit très utile à la réalisation des objectifs poursuivis, l'efficacité de l'universalisation des règles de conflit de lois ne doit pourtant pas être surestimée. Des cas d'insécurité juridique demeureront malgré l'adoption de facteurs de rattachement communs aux différents ordres juridiques.

En premier lieu, les individus impliqués dans des relations internationales ne pourront déterminer avec certitude l'identité du droit applicable que s'ils ont conscience de l'existence d'un conflit de lois. Ces cas d'insécurité seront néanmoins assez peu problématiques car lorsque les particuliers ignorent le caractère international de la situation c'est généralement que la plupart des éléments sont situés au sein d'un même ordre juridique. On peut alors raisonnablement penser que le critère de rattachement commun désignera dans la majorité des hypothèses la loi matérielle de cet Etat.

En second lieu, les particuliers pourront être surpris non par l'identité du droit applicable mais par l'application qui en faite. On a en effet remarqué que la mise en œuvre des règles

communes de conflit de lois sera nécessairement tributaire de particularismes liés à l'identité du juge saisi⁴⁰⁸.

En dernier lieu, il convient de rappeler que l'unification des règles de conflit de lois permet seulement aux sujets du droit international de déterminer avec un degré de certitude assez satisfaisant l'identité du droit applicable. Le contenu matériel de celui-ci peut en revanche leur être tout à fait étranger. Cette forme d'universalisation ne pourra donc pas assurer aux sujets du droit international une connaissance certaine des termes du droit compétent.

Il n'en demeure pas moins que, globalement, l'unification des règles de conflit de lois présente un bilan largement positif. En effet, non seulement cette forme d'universalisation du droit exige peu de sacrifices de la part des ordres juridiques nationaux, mais en plus elle s'avère très utile à l'amélioration de la prévisibilité du droit applicable et au rétablissement de l'autorité des lois dans l'ordre international⁴⁰⁹.

284. On peut maintenant conclure cette section en disant que les concessions nécessaires à l'unification des règles de conflit de lois ne sont finalement pas trop importantes par rapport aux avantages qui en résulteraient. Il est cependant un domaine pour lequel cette forme d'universalisation du droit ne permet pas d'atteindre les objectifs préalablement fixés. Il s'agit de la matière contractuelle. Dans ce domaine, seule la règle offrant la possibilité de choisir la loi applicable au contrat permet, à condition qu'elle soit universelle, d'assurer aux parties une prévisibilité satisfaisante. La conjugaison de ces deux formes d'universalisation du droit offre déjà des perspectives intéressantes. C'est en cela que l'on peut voir dans ces types de règles générales le support principal du processus d'universalisation du droit.

On a cependant pu constater que l'intérêt général et celui des particuliers ne seraient pas complètement satisfaits même si les Etats, après avoir pris conscience des perspectives offertes, consentaient à mettre en œuvre ces deux formes d'universalisation du droit.

Ces imperfections peuvent alors être atténuées en ayant recours à l'universalisation des règles substantielles et des règles de compétence juridictionnelle directe. Toutefois, ces procédés se heurtent souvent à la réticence des Etats ou ne permettent pas réellement de sortir des impasses générées par le particularisme. C'est la raison pour laquelle ces deux nouvelles

⁴⁰⁸ Voir *supra* n° 274.

⁴⁰⁹ Rappelons qu'il ne peut en aller ainsi que si les règles de conflits communes sont bien formulées et qu'elles n'affectent pas, en elles-mêmes, la prévisibilité du droit et/ou l'autorité des lois dans l'ordre international.

formes d'universalisation des règles générales ne peuvent offrir, à elles seules, des perspectives satisfaisantes. Elles ne présentent de réel intérêt que si elles viennent à l'appui de l'universalisation des règles de conflit de lois ou de la règle matérielle validant l'*electio juris*.

Les règles de compétence juridictionnelle directe et les règles substantielles ne peuvent ainsi constituer que le support normatif accessoire du processus d'universalisation.

Section 2. Le support accessoire de l'universalisation des règles générales

285. L'universalisation des règles de compétence juridictionnelle directe et celle des règles substantielles ont en commun de se heurter à une réticence légitime de la part des Etats. Cela a pour effet direct de limiter leurs domaines respectifs. L'unification de ces règles ne sera en effet possible qu'au sein d'un groupe restreint d'Etats, réunis dans un espace régional politiquement intégré. C'est pourquoi ces formes d'universalisation du droit ne pourront permettre d'atteindre, à elles seules, les objectifs recherchés.

Cela ne veut pas pour autant dire que l'universalisation est toujours inutile. Lorsqu'elle est possible elle contribue, au contraire, à amplifier les aspects fonctionnels du processus d'universalisation du droit.

Ces formes d'universalisation du droit sont donc insuffisantes mais elles peuvent venir à l'appui de celles décrites ci-dessus.

C'est ce caractère accessoire qu'il convient à présent de mettre en évidence à propos des règles de compétence juridictionnelle directe (§1) et des règles matérielles (§2).

§1- Les règles de compétence juridictionnelle directe.

286. Si l'universalisation des règles de compétence juridictionnelle directe est insuffisante lorsqu'elle est envisagée de manière isolée, elle présente en revanche de nombreux avantages lorsqu'elle vient ponctuellement à l'appui de l'universalisation des règles générales ayant

pour objet d'identifier le droit compétent. Cela est d'ailleurs vrai que l'universalisation porte sur les critères objectifs de compétence (A) ou sur la possibilité, parfois offerte aux parties, de désigner elles-mêmes le juge compétent (B).

A- L'universalisation des critères objectifs de compétence

287. L'universalisation des critères objectifs de compétence n'a de réelle utilité fonctionnelle que lorsqu'elle vient à l'appui d'une universalisation préalable des règles de désignation du droit compétent (2°). Envisagée de manière isolée, elle est insuffisante car elle ne permet pas d'atteindre les objectifs généraux poursuivis par le processus d'universalisation du droit (1°).

1°- L'insuffisance d'une universalisation isolée des règles de compétence directe

288. Même lorsqu'elle est réalisable, l'universalisation des règles de compétence directe demeure assez limitée d'un point de vue fonctionnel. En effet, cette forme d'universalisation, envisagée de manière isolée, n'autorise pas une prévisibilité suffisante pour les particuliers impliqués dans des relations internationales. Elle ne permet pas non plus de rétablir de manière satisfaisante l'autorité des lois dans l'ordre international.

289. Cela est essentiellement dû à la nécessaire multiplication des chefs de compétence. Il est en effet fréquent, même dans les hypothèses où les Etats ont élaboré des règles communes, que plusieurs options de compétence soient offertes au demandeur qui bénéficie ainsi d'un choix assez étendu de tribunaux. Ainsi en va-t-il, par exemple, de l'article 3 du règlement dit « Bruxelles II bis », du 27 novembre 2003⁴¹⁰ qui prévoit, en matière de relâchement du lien matrimonial, pas moins de sept chefs de compétence dont certains peuvent se réaliser de manière concurrente. Cette situation est souvent justifiée par la volonté de garantir aux plaideurs un libre accès à la justice. Il est en effet certain qu'en définissant largement les chefs de compétence, le législateur communautaire permet à tout plaideur d'avoir recours à une

⁴¹⁰ Règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement CE n° 1347/2000 du 29 mai 2000 et entré en vigueur le 1^{er} mars 2005.

juridiction qui réponde aux exigences de proximité quelles que soient les circonstances concrètes de l'espèce.

Cette pluralité de compétences ne peut être qu'approuvée car elle garantit le respect de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui fait du « droit au juge » un droit fondamental⁴¹¹.

290. Il n'en demeure pas moins qu'avec l'éclatement, assez fréquent, du facteur de rattachement, l'identité du juge saisi devient tributaire de l'attitude du demandeur. Ceci réduit alors considérablement l'utilité fonctionnelle de l'universalisation des règles de compétence directe.

D'une part, le défendeur ne pourra déterminer à l'avance quel sera le for compétent. Il devra nécessairement attendre que le demandeur agisse. Il lui sera alors très difficile de prévoir l'issue probable du litige. En effet, ne sachant pas quel tribunal sera compétent, il sera dans l'incapacité d'identifier, avant l'introduction de l'instance, le système de conflit de lois utilisé par le juge. L'identité du droit applicable ne lui sera ainsi révélée que très tardivement. Cette situation s'avère assez problématique car le besoin de prévisibilité existe préalablement à la phase contentieuse. Le juridique préexiste en effet au judiciaire et les particuliers doivent pouvoir identifier le droit applicable dès que le rapport juridique se noue afin d'adapter, en toute connaissance de cause, leurs comportements à la loi compétente.

D'autre part, l'autorité des lois ne sera pas assurée dans l'ordre international puisque le demandeur aura la possibilité de saisir un tribunal qui entretient, au regard des faits particuliers de l'espèce, des liens très faibles avec la situation et dont le choix aura essentiellement été motivé par des considérations d'ordre matériel ou procédural.

291. A première vue, les doctrines anglo-saxonnes du *forum conveniens* ou du *forum non conveniens*⁴¹² semblent offrir une alternative intéressante en permettant de redonner aux

⁴¹¹ Voir sur ce point J.-F. RENUCCI, « Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998, p. 131.

⁴¹² Sur lesquelles voir notamment A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, Bruylant, LGDJ, 2003, n° 1 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », in *Mélanges MARTY*, 1978, p. 531 ; H. GAUDEMET-TALLON et D. TALLON, « L'incompétence internationale discrétionnaire du juge anglais et ses limites. L'arrêt de la Chambre des Lords du 10 avril 1973 », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 607 ; P. HERZOG, « La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain : un aperçu », *Rev. crit. DIP* 1976, p. 1.

règles communes de compétence juridictionnelle leur utilité fonctionnelle malgré l'éclatement du facteur de rattachement⁴¹³.

Selon cette théorie, le juge peut, de manière discrétionnaire, écarter ponctuellement l'application des règles de compétence directe pour rejeter la compétence qui lui est offerte. Tel sera notamment le cas lorsque l'application d'un des facteurs de rattachement lui confère une compétence qu'il juge inadaptée aux faits de l'espèce. Cette démarche lui permet ainsi de modérer les inconvénients de la multiplication des facteurs de rattachement en déclinant une compétence considérée comme artificielle ou trop peu prévisible pour le défendeur étant donnée la configuration particulière de la situation⁴¹⁴. Cependant, la prévisibilité du for compétent n'est qu'apparente car l'utilisation de l'exception de *forum non conveniens* est assujettie au pouvoir d'appréciation du juge qui en fait la plupart du temps un usage discrétionnaire. Il est ainsi souvent bien difficile de savoir à l'avance si celui-ci va renoncer à l'exercice de sa propre compétence.

Au demeurant, il convient de remarquer que, même s'il est possible d'identifier le juge compétent, la solution du litige demeure le plus souvent assez imprévisible lorsque l'universalisation porte sur les seules règles de compétence directe. Il est en effet loin d'être acquis que les parties connaissent le système de conflit de lois du juge saisi.

292. En définitive, l'universalisation des règles de compétence directe, lorsqu'elle est envisagée de manière isolée, est insuffisante d'un point de vue fonctionnel. La concertation des Etats en vue d'adopter des règles communes visant à répartir leur compétence ne suffit pas à améliorer convenablement la prévisibilité du droit applicable et à rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international. Cela ne veut pas pour autant dire que cette forme d'universalisation du droit soit dénuée de tout intérêt. Au contraire, lorsqu'elle intervient à titre complémentaire, elle permet d'accroître l'utilité fonctionnelle globale du processus d'universalisation du droit.

⁴¹³ Dans ce sens Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, 2001, n° 514 et s. : « Le risque créé par la multiplication des fors compétents est alors que le demandeur exploite la diversité des ordres juridictionnels et attire son adversaire devant un tribunal moins approprié ou plus complaisant. Dans ces conditions, on conçoit que la possibilité donnée au juge saisi d'évaluer les mérites de sa compétence constitue un moyen d'appréhender un tel risque. La question se pose ainsi de savoir s'il serait souhaitable qu'un pouvoir modérateur soit reconnu au juge pour remédier à une telle situation en droit judiciaire international privé français ».

⁴¹⁴ Le rejet de sa compétence ne constitue généralement pas une atteinte au « droit au juge » car il n'est réalisé que si un autre tribunal, jugé *more conveniens*, se reconnaît compétent.

2°- L'intérêt d'une universalisation des règles de compétence directe à titre complémentaire

293. Avant d'analyser les mérites de cette forme d'universalisation du droit, il convient de remarquer que de nombreux obstacles viendront nécessairement limiter la possibilité d'unifier les règles de compétence directe. Ces difficultés inhérentes à l'universalisation sont dues à la nature et au fondement particuliers des règles de compétence directe. Les critères objectifs permettant de déterminer la compétence internationale des tribunaux ne sont pas seulement dictés par des exigences de proximité. Ils sont également l'expression de la souveraineté de l'Etat qui les édicte⁴¹⁵. En rendant ses juridictions compétentes, l'Etat n'entend pas seulement offrir un service aux justiciables. Il effectue également un acte de souveraineté⁴¹⁶. Ceci est d'ailleurs reconnu par le droit international public qui laisse à chaque Etat la liberté de décider unilatéralement de la compétence internationale de ses tribunaux⁴¹⁷. Ce faisant, le juge fait souvent preuve d'un certain impérialisme en s'octroyant des compétences exclusives ou en se reconnaissant compétent dès qu'un national est partie au litige. Il est ainsi amené, parfois en raison d'une certaine défiance à l'égard de la justice rendue par les juridictions étrangères, à se saisir de litiges qui ne se rattachent pas à lui par un lien de proximité significatif mais qui affecte la souveraineté de l'Etat qu'il représente. Les différences d'appréciation de la proximité ne sont donc pas la seule cause de l'absence de coordination des règles de compétence directe. Elle est également le fait de conflits de souverainetés plus ou moins marqués selon la matière considérée et la nationalité des plaideurs⁴¹⁸.

Sans qu'il soit nécessaire d'aller plus loin dans l'analyse du fondement des règles de compétence directe, on peut simplement en déduire que l'universalisation des règles de compétence directe est tributaire d'un abandon de souveraineté de la part des Etats et d'une confiance corrélative dans l'action des tribunaux étrangers. En outre, la nature *a priori* unilatérale des règles de compétence directe suppose une volonté délibérée des Etats d'organiser et de répartir les compétences juridictionnelles. Toutes ces raisons font que

⁴¹⁵ Voir notamment sur ce point Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse dactyl., Paris II, 1981 ; E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ, t. 298, 1999.

⁴¹⁶ Dans ce sens H. GAUDEMET-TALLON, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1988, p. 171, spéc. p. 173.

⁴¹⁷ CJIJ 7. sept. 1927, *Aff. du Lotus*, *Rev. crit. DIP* 1928, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

⁴¹⁸ Dans ce sens P. COURBE, note sous Cass. civ. 1^{ère} 17 juill. 1980, *JCP* 1982, II, 19917 : « La défiance à l'égard des justices étrangères n'est pas un parti pris anachronique : c'est la justification profonde du caractère unilatéral des règles de compétence judiciaire internationale. Car la compétence du juge exprime plus directement les exigences de la souveraineté que la compétence d'une loi ».

l'universalisation des règles de compétence directe n'existera le plus souvent qu'au sein d'un groupe assez restreint d'Etats liés préalablement entre eux par des traités d'ordre politique. On note d'ailleurs à ce propos qu'en ce qui concerne la France la coopération judiciaire internationale s'est essentiellement faite dans le cadre de l'Union européenne⁴¹⁹.

294. Ce point étant acquis, il n'en demeure pas moins que l'unification des règles de conflit de juridictions présente des mérites au regard des objectifs généraux poursuivis par le processus d'universalisation du droit.

On a déjà eu l'occasion de montrer que même lorsqu'elle est possible, la seule universalisation des règles de compétence directe ne permettait pas, en raison de la nécessaire pluralité des fors compétents, d'améliorer convenablement la prévisibilité du droit applicable et de rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international⁴²⁰.

L'utilité fonctionnelle de cette forme d'universalisation du droit n'apparaît donc pas de manière évidente. Elle sert essentiellement à faciliter l'universalisation des situations juridiques individuelles dont les perspectives fonctionnelles sont plus immédiates⁴²¹. L'unification des règles de compétence directe empêche en effet chaque Etat d'attribuer à ses propres tribunaux une compétence plus large que celle qu'il accepte de reconnaître, dans le cadre de la compétence indirecte, aux tribunaux étrangers. Cette répartition paritaire de la compétence directe a pour effet de faciliter la circulation, au sein du groupe d'Etats concernés par l'unification, des situations individuelles consacrées par des juridictions étrangères ou par celles du for. Si les règles communes ont reçu une correcte application, le contrôle de la compétence du juge d'origine devient en effet le plus souvent superflu. D'ailleurs ce lien entre ces deux formes d'universalisation, dont l'une est au service de l'autre, transparait de la plupart des textes internationaux. Les traités relatifs à la compétence directe sont souvent « doubles » dans la mesure où ils prévoient également des dispositions relatives à la compétence indirecte.

295. En définitive, l'universalisation des critères objectifs de la compétence judiciaire internationale n'offre de réelles perspectives fonctionnelles que de manière indirecte. La seule unification des règles de compétence directe ne suffit pas à répondre au besoin de prévisibilité et à rétablir convenablement l'autorité des lois dans l'ordre international. En revanche,

⁴¹⁹ Voir H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, précité.

⁴²⁰ Voir *supra* n° 289, 290 et 291.

⁴²¹ Voir *infra* n° 374 et s.

lorsqu'elle possible, ce qui est notamment le cas au sein d'un groupe restreint d'Etats intégrés politiquement, cette forme d'universalisation du droit facilite la circulation des situations juridiques individuelles. Elle est donc au service d'une autre forme d'universalisation du droit qui, elle, offre des perspectives fonctionnelles plus évidentes. Avant d'analyser ces mérites de l'universalisation des situations juridiques individuelles⁴²², il reste à savoir si l'on arrive à la même conclusion lorsque la compétence du juge n'est plus déterminée par des critères objectifs mais par la volonté des parties.

B- L'universalisation de la compétence du juge choisi par les parties

296. En droit international privé, les parties peuvent parfois convenir elles-mêmes de la juridiction qui règlera le litige qui les oppose. Cette désignation anticipée du juge se fait au moyen d'une clause de choix de la juridiction, également dénommée clause attributive de juridiction⁴²³. Par ce type d'accord les parties ont la possibilité soit de proroger la compétence d'un tribunal normalement incompétent en vertu de ses règles objectives de compétence directe soit de choisir un juge parmi ceux qui se reconnaissent simultanément compétents pour un même litige⁴²⁴. Dans les deux hypothèses la clause d'élection de for présente l'avantage de ne plus faire dépendre l'identité du juge compétent de la seule attitude du demandeur. Il est ainsi normalement possible pour les parties de déterminer précisément à l'avance quelles seront les juridictions compétentes pour connaître d'un éventuel litige.

Notons toutefois que l'identification du juge compétent ne sera certaine que si la désignation du juge opérée par les parties est respectée par la juridiction effectivement saisie par le demandeur. En d'autres termes, il faut que la clause attributive de juridiction soit dotée d'une réelle efficacité. L'efficacité des clauses attributives de juridiction dépend d'une règle matérielle de droit international privé, propre à chaque ordre juridique, qui consacre leur

⁴²² Sur lesquels voir *infra* n° 374 et s.

⁴²³ Il ne sera pas ici question des clauses compromissoires. C'est en effet généralement à l'arbitre qu'incombe la tâche de statuer, en premier lieu, sur sa compétence. Les règles générales nationales relatives à la compétence des arbitres sont surtout utilisées dans le cadre de la compétence indirecte. La question est alors davantage celle de l'universalisation de la situation juridique individuelle cristallisée par la sentence arbitrale que celle de l'universalisation des règles générales ayant pour objet de définir le régime des clauses compromissoires, voir *infra* n° 366.

⁴²⁴ A. HUET, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français, Clauses attributives de juridiction », *J. -Cl. dr. inter.*, Fasc. 581-41, n° 2.

licité et qui fixe éventuellement les conditions de leur validité⁴²⁵. Le respect du choix effectué par les parties ne sera certain que si cette règle est partagée par un grand nombre d'ordres juridiques. Le fait que le tribunal désigné admette la licéité de la clause attributive ne suffit en effet pas à garantir l'efficacité du choix des parties. Il faut également que les tribunaux normalement compétents accordent une valeur à ce choix et acceptent de se dessaisir. Si tel n'est pas le cas, le demandeur pourra alors, pour des raisons de convenance, passer outre le choix qu'il avait préalablement formulé et introduire l'instance devant une autre juridiction que celle initialement désignée.

Ainsi, de la même manière que pour le choix de la loi applicable, c'est tout autant la désignation elle-même que la valeur qu'on veut bien lui accorder qui confèrent aux parties une certitude quant à l'identité du juge compétent. Autrement dit, l'objectif de prévisibilité ne sera atteint que si la règle matérielle consacrant la licéité des clauses d'élection de for est une règle si ce n'est universelle, au moins partagée par un grand nombre d'ordres juridiques⁴²⁶. D'ailleurs, pour une sécurité optimale, l'idéal serait que l'universalisation porte non seulement sur le principe de licéité de ces clauses mais également sur les conditions de leur validité⁴²⁷. Toujours est-il que l'efficacité des clauses attributives de juridiction est tributaire de l'universalisation des règles matérielles qui ont pour objet d'en définir le régime juridique.

297. Lorsqu'elle existe, cette forme d'universalisation du droit offre-t-elle des perspectives fonctionnelles suffisantes ?

A première vue, l'utilité fonctionnelle de l'universalisation de la règle matérielle autorisant les parties à désigner le juge compétent pour trancher un éventuel litige semble, à tout le moins en ce qui concerne les intérêts particuliers, beaucoup plus évidente que celle qui concerne les règles objectives de compétence directe. En déterminant à l'avance le juge compétent, les parties disposent *a priori* de tous les éléments pour identifier le droit applicable

⁴²⁵ Il existe en droit français un débat pour savoir si la validité de la clause attributive de juridiction doit être appréciée selon des règles matérielles de droit international privé ou selon la loi matérielle désignée par la règle de conflit de lois française. Sur ce débat voir A. HUET, article précité, n° 38. La plupart des décisions se réfèrent cependant rarement à une règle de conflit de lois et apprécient directement l'existence du consentement en vertu d'une règle matérielle française. Pour un exemple significatif voir Cass. civ. 1^{ère} 16 fév. 1999, *JCP* 1999, II, 10162, note B. FILLON-DUFOULEUR.

⁴²⁶ Voir dans ce sens V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises – Droit uniforme*, GLN Joly, 1992, p. 1 : « Et s'il est vrai que cette incertitude peut être réduite par l'inclusion, dans le contrat, de clauses désignant la loi applicable et la juridiction compétente, elle ne peut jamais être totalement supprimée dès lors que l'efficacité de pareilles stipulations est toujours limitée, dans une mesure qui est toutefois susceptible de varier considérablement selon les législations et les situations concernées ».

⁴²⁷ Ainsi, par exemple, l'article 23 du règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale prévoit directement les conditions de forme sans avoir recours au mécanisme conflictuel.

nonobstant le particularisme qui pourrait affecter des règles de conflit de lois. Le juge choisi applique en effet son propre système de conflit de lois de telle sorte que l'identité du droit applicable est révélée aux parties dès le moment de la désignation de la juridiction compétente⁴²⁸. Ainsi, cette forme d'universalisation du droit suffirait à garantir aux particuliers une prévisibilité satisfaisante quant à l'issue probable du litige.

Pourtant, on s'aperçoit qu'en réalité une clause attributive de juridiction, même lorsqu'elle est dotée d'une efficacité universellement consacrée, constitue rarement un moyen utile pour s'assurer de l'identité du droit applicable.

Remarquons tout d'abord que l'adoption de ce type de clause suppose généralement que les parties aient conscience de l'existence du rapport juridique antérieurement à la naissance du différend. Après celle-ci, les parties auront bien souvent des difficultés à trouver un terrain d'entente pour désigner un juge qui corresponde à l'ensemble des intérêts en présence. D'ailleurs même lorsque cela est possible⁴²⁹, l'identification subséquente du droit compétent se fait de manière trop tardive pour répondre correctement au besoin de prévisibilité des parties. En effet, les actes ayant présidé à la constitution du rapport ont déjà eu lieu et les parties n'ont donc pas pu véritablement agir en connaissance de cause.

Ensuite, et c'est là le point essentiel, justement parce qu'elle constitue un moyen indirect de choix de la loi, la possibilité de choisir le juge compétent ne devrait être concevable que dans les hypothèses où l'on accorde également aux parties la possibilité de convenir du droit compétent. Il serait incohérent de permettre aux parties de contourner l'interdiction qui leur est faite de choisir la loi compétente par la saisine d'un tribunal dont le système de conflit de lois désigne le droit matériel dont elles souhaitent l'application. Cela reviendrait ni plus ni moins à encourager légalement le *forum shopping*. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les ordres juridiques, soucieux de préserver l'autorité de leurs lois dans l'ordre international, n'autorisent généralement les parties à désigner de manière anticipée le juge dont elles

⁴²⁸ Voir dans ce sens S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 184 : « Déterminer à l'avance le tribunal dont on souhaite la compétence c'est donc en même temps déterminer les règles en vertu desquelles le contrat sera qualifié et le système de conflit de lois selon lequel la *lex contractus* sera identifiée » et plus généralement sur le lien entre conflits de juridictions et conflits de lois Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, précité, n° 439 : « La séparation des conflits de juridictions et des conflits de lois n'empêche pas que les deux matières soient étroitement liées en raison du courant d'influence réciproque qu'elles exercent l'une sur l'autre. Il est tout d'abord inéluctable, en raison du caractère national des systèmes de droit international privé, que le conflit de juridiction commande le conflit de lois. Chaque juge appliquant ses propres règles de conflit en ce qui concerne tant le rattachement que les qualifications ou l'ordre public, la loi applicable à un litige donné est susceptible de varier en fonction du tribunal saisi ».

⁴²⁹ Dans ce cas, le choix du tribunal est le plus souvent tacite et résulte du fait que le défendeur ne conteste pas la compétence du juge saisi. Sur ce point voir H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. inter. Dalloz*, V° *Compétence civile et commerciale*, n° 72.

souhaitent la compétence que dans les matières où elles ont également la possibilité de choisir le droit applicable⁴³⁰.

La possibilité de choisir le juge compétent devient alors, pour les parties, un moyen superflu de s'assurer de l'identité du droit applicable. En effet, l'adoption d'une clause d'*electio juris* constitue un instrument beaucoup plus sûr et direct de se prémunir contre l'intervention d'une loi dont l'application n'avait pas été envisagée. Le besoin de prévisibilité est donc principalement satisfait par l'universalisation de la règle matérielle qui autorise les parties à désigner la loi applicable à leur relation⁴³¹.

298. On en conclut donc que le véritable enjeu de l'universalisation de la compétence du juge choisi par les parties ne peut être de leur permettre de déterminer à l'avance le droit compétent. L'intérêt général s'oppose en effet à l'utilisation de cette forme d'universalisation en dehors des cas où il n'existe pas déjà une possibilité d'identifier à l'avance le droit applicable. Fait-elle alors double emploi avec l'universalisation de la règle matérielle consacrant l'*electio juris* ? En d'autres termes, est-elle dénuée de toute utilité fonctionnelle ?

299. En réalité, l'utilité pratique des clauses attributives de juridiction n'est plus à démontrer. En témoignent leur présence dans nombre de contrats internationaux et l'âpre discussion dont elles font souvent l'objet au moment de la négociation du contrat principal. Néanmoins, lorsqu'elles sont efficaces, parce que reconnues valables par un grand nombre d'ordres juridiques, elles contribuent essentiellement à rendre prévisible l'application que le juge fera de la loi compétente. On a en effet remarqué que si l'identité du droit applicable pouvait être prévue grâce à l'unification des règles générales constitutives du support principal du processus d'universalisation du droit, il n'en demeurerait pas moins que la mise en œuvre de la loi compétente par le juge pouvait toutefois faire l'objet de particularismes nuisibles à l'objectif de sécurité juridique. Or, ce à quoi aspirent les parties, c'est avant tout de pouvoir prévoir la solution concrète du litige dans lequel elles sont impliquées. Au fond peu

⁴³⁰ En droit français, par exemple, les clauses attributives de juridiction ne sont permises que dans les domaines où les parties sont libres de leurs droits et à condition qu'elles ne fassent pas échec à une compétence territoriale impérative : Cass. civ. 1^{ère} 17 déc. 1985, *Grands arrêts* n° 72 ; *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.* 1986, p. 265, note B. AUDIT. Le lien entre la possibilité de choisir le droit applicable et celle de désigner le juge compétent est d'ailleurs très net en matière contractuelle. Dans ce domaine de prédilection des clauses d'élection de for, on remarque en effet que le choix de la loi applicable est limité ou strictement encadré, il existe une limitation corrélatrice du jeu des clauses de choix du juge. C'est ainsi, par exemple, que l'article 17 du règlement communautaire du 22 décembre 2000 prévoit que les clauses de juridiction ne seront valables que si elles sont stipulées au profit du consommateur.

⁴³¹ Sur ce point voir *supra* n° 225 et s.

leur chaut d'être en mesure de déterminer avec certitude l'identité du droit applicable si cela ne leur permet pas de prévoir l'issue probable du litige. C'est donc là tout l'enjeu et toute l'utilité de la désignation anticipée d'une juridiction. Elle permet aux parties de prévoir l'application qui sera faite de la loi qu'elles ont préalablement choisie. En effet, en désignant par avance le juge compétent, les parties fixent à la fois la conception de l'ordre public en vertu de laquelle le juge statuera, les critères selon lesquels la qualification de la relation juridique sera opérée, les lois de police appliquées de manière impérative et la procédure qui sera suivie en cas de litige⁴³².

300. En résumé, le choix d'une juridiction pour connaître d'un éventuel litige ne sera véritablement efficace que s'il est admis par une règle matérielle partagée par un grand nombre d'ordres juridiques. Cependant, même lorsque cette forme d'universalisation du droit est mise en œuvre, elle n'offre pas de perspectives fonctionnelles intéressantes de manière autonome. Elle n'est en effet concevable, du point de vue de l'intérêt général, que lorsqu'un choix de la loi applicable est possible, c'est-à-dire, selon nous, en matière contractuelle⁴³³. C'est alors l'universalisation de l'*electio juris* qui permet d'atteindre, à titre principal, l'objectif de prévisibilité. La désignation anticipée et universellement respectée d'une juridiction n'a ainsi plus qu'une fonction complémentaire : celle de rendre prévisible l'application que fera le juge de la loi initialement choisie par les parties⁴³⁴.

301. On peut donc conclure en disant que l'universalisation des règles relatives à la compétence directe des tribunaux n'offre pas de perspectives fonctionnelles satisfaisantes lorsqu'elle est envisagée de manière autonome. Elle ne présente un intérêt que lorsqu'elle vient en complément de l'universalisation des règles générales qui ont pour objet de désigner, directement ou par le truchement de la volonté des parties, le droit applicable. Ce caractère

⁴³² Voir notamment S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 183.

⁴³³ Voir *supra* n° 242 et s.

⁴³⁴ Notons qu'il serait à la limite envisageable que cette forme d'universalisation vienne non seulement à l'appui de l'*electio juris* mais également de l'universalisation des règles de conflit de lois. En effet, bien que les parties n'aient pas la possibilité de choisir la loi applicable, la désignation d'une juridiction ne constituerait plus un moyen détourné de déterminer le droit matériel compétent puisque tous les juges appliqueraient le même critère de rattachement. La possibilité de désigner par avance une juridiction dont on souhaite la compétence ne se heurterait donc plus à l'intérêt général. L'unification des règles de conflit de lois laisserait ainsi raisonnablement présager un élargissement corrélatif du domaine de licéité des clauses attributives de juridiction. Toutefois, même si elle avait lieu, cette libéralisation du régime des clauses d'élection de *for* n'aurait qu'un impact fonctionnel limité. En effet, dans bien des matières il est impossible pour les parties de s'entendre sur l'identité d'un juge antérieurement à la naissance du différend.

accessoire se retrouve en ce qui concerne le droit substantiel. C'est ce qu'il convient à présent de démontrer.

§2- Le droit matériel

302. L'unification du droit privé a pour effet de gommer les divergences qui existent entre les législations matérielles. L'utilité de cette forme d'universalisation du droit est donc évidente. En unifiant les règles substantielles, la question de la loi compétente est éludée⁴³⁵ et le risque de méconnaissance des termes du droit applicable considérablement réduit. Le droit appliqué est en effet commun aux deux parties. La prévisibilité du droit applicable est donc la même que dans l'ordre interne.

De plus, l'autorité du droit commun ne saurait être remise en cause par des manœuvres frauduleuses des parties qui tireraient profit de la diversité des législations substantielles. Les dispositions communes peuvent ainsi réaliser les buts sociaux pour lesquels elles ont été élaborées sans que la concurrence d'une législation étrangère qui retiendrait une conception différente de l'intérêt général ne les en empêche.

303. A première vue, l'universalisation du droit matériel permet donc, à elle seule, d'atteindre l'ensemble des objectifs recherchés par le processus d'universalisation du droit.

Pourquoi alors ne pas faire de cette forme d'universalisation du droit une priorité ? Quelles sont les raisons qui justifient que nous renoncions à voir dans le droit matériel le support principal du processus d'universalisation du droit ?

304. Contrairement aux règles de compétence directe, ce n'est pas l'insuffisance fonctionnelle du résultat de l'universalisation qui relègue, à nos yeux, le droit matériel au rang de support complémentaire du processus d'universalisation du droit. Un droit privé commun,

⁴³⁵ La question peut tout de même se poser si le droit uniforme ne concerne que les relations internationales. Dans cette hypothèse qui est par exemple celle de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, la question du droit applicable est certes moins délicate à résoudre mais elle demeure. Il faudra, en effet, préalablement à la résolution du litige, déterminer si l'on est en présence d'un contrat interne ou international. Un risque d'imprévisibilité propre à l'ordre international existe donc toujours, notamment lorsque les parties ou, à tout le moins, l'une d'entre elles ignorent le caractère international de la relation contractuelle. Sur ce problème voir *infra* n° 469 et s.

s'il existait, permettrait sans aucun doute de transcender l'ensemble des impasses générées par le particularisme.

C'est en revanche l'élaboration de ce droit matériel commun qui pose problème et qui, par les concessions qu'elle sous-entend de la part des ordres nationaux, demeure peu envisageable pour l'heure. Rappelons en effet que l'universalisation doit à la fois satisfaire les intérêts particuliers et l'intérêt général tel que conçu par les ordres juridiques nationaux concernés par l'uniformisation. Sans cette conciliation il est peu probable que les Etats voient dans l'abandon des solutions internes un quelconque intérêt.

Or, les droits matériels sont en prise directe avec la conception de la justice des rapports privés que les ordres nationaux entendent promouvoir. C'est pourquoi l'unification requiert des Etats de nombreux compromis par rapport à l'idée qu'ils se font de l'intérêt général. Compromis que les aspects fonctionnels de l'universalisation sont souvent loin de compenser à leurs yeux.

Ainsi, il n'est pas certain, malgré les avantages fonctionnels évidents qui en résulte, que, du point de vue particulier de chacun des ordres juridiques, l'universalisation des règles matérielles offre globalement des perspectives satisfaisantes. En effet, contrairement aux règles de conflit de lois, la divergence des solutions substantielles n'est pas le fruit de différences d'appréciation de la proximité, souvent dues à des raisons contingentes. Cette diversité résulte de conceptions souvent divergentes de la justice et de l'utilité sociale auxquelles les Etats ne sont pas prêts à renoncer.

305. La possibilité d'universaliser le droit matériel est donc avant tout tributaire de la volonté politique des Etats qui dépend à la fois de leur conscience de l'intérêt de l'unification et de leur degré d'attachement à l'égard des solutions internes. En d'autres termes, les Etats ne consentiront à se lancer dans le processus d'universalisation du droit matériel que s'ils sont certains que les concessions inhérentes à l'unification seront largement compensées par les aspects fonctionnels de celle-ci.

On constate que les Etats répugnent le plus souvent à abandonner leurs solutions particulières au profit d'un droit matériel commun. L'unification du droit matériel demeure en effet sectorielle⁴³⁶ et le plus souvent cantonnée à un espace géographique régional⁴³⁷. Il suffit

⁴³⁶ On peut citer à titre d'exemple la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises ou encore de nombreuses Conventions internationales dans le domaine du droit maritime.

⁴³⁷ C'est évidemment le cas au sein des Etats membres de la communauté européenne. Cependant d'autres espaces régionaux juridiquement intégrés font leur apparition. Ainsi en est-il de l'Afrique francophone où de

de considérer les débats suscités par l'unification du droit des contrats en Europe⁴³⁸ pour se convaincre que l'unification du droit privé, dans son ensemble, relève de l'utopie. Les progrès de l'unification du droit des contrats en Europe sont en effet très lents alors que l'on est au sein d'un groupe d'Etats appartenant, pour la plupart, à une même communauté juridique et en présence d'une matière où le besoin de prévisibilité est primordial⁴³⁹ et qui fait, moins qu'ailleurs, l'objet de divergences de conceptions fondamentales.

306. Contrairement à ce que nous avons pu dire en ce qui concerne l'unification les règles de conflit de lois, ces réticences nous semblent légitimes et ne témoignent pas d'une passivité coupable de la part des Etats qui n'auraient pas pris conscience de l'utilité fonctionnelle du processus d'universalisation du droit. Elles sont le reflet de la diversité culturelle et de l'adaptation des différentes législations aux sociétés qu'elles entendent régir. MONTESQUIEU n'écrivait-il pas déjà que « la loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »⁴⁴⁰.

Vouloir à tout prix l'unification du droit matériel reviendrait ainsi à occulter ces difficultés liées à l'universalisation pour ne prendre en considération que le résultat auquel elle aboutit. Il faut se garder de sombrer dans cette « apologétique de l'unité »⁴⁴¹. Cela

nombreuses conventions unifiant le droit matériel ont vu le jour sous l'égide de l'OHADA. Voir Ph. LÉBOULANGER, « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.*, 1999, p. 541.

⁴³⁸ Pour les principales opinions favorables voir G. GANDOLFI, « Pour un code européen des contrats », *RTD civ.* 1992, p. 707 ; D. TALLON, « Vers un droit européen du contrat ? », in *Mélanges offerts à A. COLOMER*, Litec, 1993, p. 485 ; O. LANDO, « Principes de droit européen des contrats, une première étape vers un code civil européen ? », *RDAI* 1997, p. 189 ; C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, chron. p. 79 ; Ch. VON BAR, « Vers un code civil européen », *Annonces de la Seine*, 3 juin 2002, n° 33, p. 3. Et pour des avis plus sceptiques voir P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RID comp.* 1996, p. 779 ; N. CHARBIT, « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. A propos de la communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », *JCP* 2002, I, 100 ; V. HEUZE, « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002, I, 152 ; Ph. MALAURIE, « Le code civil européen des obligations et des contrats, une initiative toujours ouverte », *JCP*, 2002, I, 110 ; G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, chron. p. 351 ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. VON BAR », *D.* 2002, chron. p. 2202 ; J. HUET, « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.* 2002, Point de vue, p. 261 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463.

⁴³⁹ Voir notamment H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en l'honneur de FRANCOIS TERRE*, précité, p. 267.

⁴⁴⁰ *De l'esprit des lois*, précité, livre I, ch. III.

⁴⁴¹ E. DESMCHEEMAER, « Faut-il codifier le droit privé européen des contrats ? », *McGill Law Journal* 2002, Vol. 47, p. 791, spéc. p. 825 et s.

reviendrait en effet soit à faire preuve d'une cécité déroutante à l'égard de la réticence manifestée par les Etats soit à défendre une position idéologique qui, aux dires de certains, et même si le mot est sans doute un peu fort, confinerait au totalitarisme⁴⁴².

En ce qui concerne le premier grief, nous pensons avoir suffisamment mis en lumière les concessions exigées par l'unification du droit matériel sans qu'il soit besoin d'aller plus loin sur ce sujet.

Pour ce qui est du second, nous nous sommes efforcé, tout au long de cette étude, de n'envisager le processus d'universalisation du droit que sous son aspect fonctionnel. Aussi, il ne saurait être de notre propos de faire l'apologie de l'unité et de condamner sans appel les Etats du fait de leur attachement à leurs conceptions de l'intérêt général. Le seuil de réticence des ordres nationaux est d'ailleurs une donnée peu maîtrisable pour un juriste car il ne dépend pas seulement du degré de proximité entre les différents droits concernés par l'unification. Il est également tributaire d'éléments d'ordre plus politique.

Il n'est ainsi d'autre alternative, pour évaluer l'intérêt porté par les ordres juridiques à l'unification, que de s'en remettre au droit positif et à l'attitude des Etats, qui sont finalement seuls maîtres de leurs jugements sur l'opportunité de l'universalisation et des sacrifices qu'elle suppose.

On est ainsi dans une situation bien différente de celle décrite à propos des règles de conflit de lois. Les sacrifices que l'universalisation impose en termes de concessions par rapport à l'idée que les Etats retiennent de l'intérêt général ne peuvent être occultés. Le particularisme ne peut donc être expliqué par une inorganisation casuelle et regrettable des différentes réglementations comme c'est, au moins en partie, le cas en matière conflictuelle⁴⁴³.

307. Cela ne veut pas pour autant dire que la doctrine ne doit jouer aucun rôle dans ce mouvement d'uniformisation. Bien au contraire, il est de son ressort et même peut-être de son devoir de mettre en lumière les avantages fonctionnels qu'apporterait une universalisation du droit matériel tout en laissant présager aux Etats les concessions qu'elle exigera afin qu'ils puissent, en toute connaissance de cause, juger de son opportunité.

Même s'il est osé, on nous permettra ici de faire un rapprochement avec l'obligation d'information du professionnel à l'égard du profane. Le consentement de ce dernier ne peut

⁴⁴² P. LEGRAND, « Sens et non sens d'un code civil européen », *RID comp.* 1996, p. 779, spéc. p. 803.

⁴⁴³ Voir *supra* n° 270 et 271.

être libre et éclairé que si tous les éléments objectifs du contrat sont portés à sa connaissance. Néanmoins ce sera toujours lui qui, en dernier lieu, jugera de son intérêt à contracter.

De ce point de vue, on peut déplorer certaines approches doctrinales qui inversent quelque peu l'ordre des questions. L'intérêt des Etats à l'unification est en effet bien souvent considéré comme un acquis peu susceptible de discussions. Ceci conduit les auteurs à envisager directement les moyens de l'universalisation⁴⁴⁴. Il nous semble pourtant qu'en dissimulant ainsi l'une des données fondamentales du problème, on ne peut susciter qu'un sentiment d'ingérence et d'incompréhension.

Ce genre de démarche est d'ailleurs d'autant moins habile que le seul exposé des moyens de l'unification du droit matériel est souvent peu engageant.

308. D'une part, on se heurte à la difficulté tenant à l'absence de législateur supranational pour élaborer le droit matériel commun. Le recours à des conventions internationales constitue alors le seul support normatif disponible mais il est loin d'être idéal car la modification du texte originel suppose la convocation de l'ensemble des Etats signataires⁴⁴⁵.

On remarquera d'ailleurs que cette difficulté est beaucoup moins gênante quand il s'agit d'unifier les règles de conflit de lois. Ce type de disposition est en effet beaucoup moins en prise avec l'évolution de la société et nécessite donc des modifications beaucoup moins fréquentes.

Lorsqu'il existe une organisation internationale qui dispose d'un pouvoir normatif sur ses membres il est évident que les choses sont, *a priori*, beaucoup plus simples. Mais encore faut-il que cette organisation internationale ait reçu compétence pour édicter un droit matériel

⁴⁴⁴ Voir la critique adressée par E. DESMCHEEMAEKER à la commission LANDO, article précité, p. 821 : « La tâche semble cyclopéenne et le profane se dit que de bien puissantes raisons doivent en sous-tendre la perspective pour qu'elle soit si sérieusement évoquée. Or, qui dit droit européen des contrats pense immédiatement « Principes Lando » et la réaction spontanée, pour qui veut comprendre les motivations, et donc se tourner vers les écrits de l'universitaire danois, car si quelqu'un doit pouvoir justifier l'entreprise, c'est bien lui, qui y travaille depuis vingt ans. Pourtant, la surprise est grande, et la déception tout autant, de constater l'indigence de son argumentation. Ainsi écrit-il dans un premier article : « *There is no doubt about that Europe needs a unification of the general principles of contracts law and that a Uniform European Code of obligations will enhance trade and other relationships in the Union* ». « Aucun doute »: sur les raisons de cette tranquille assurance, ou sur la nature de ces « autres relations », il ne nous sera pas permis d'en apprendre davantage. Un second article intitulé « Pourquoi codifier le droit européen des contrats ? » ne nous apportera guère plus d'arguments : « *The idea is that the more freely and abundantly [goods] can move across the frontiers, the wealthier and happier we will get. It should therefore be made easier to conclude contracts [...]* ». Le reste est à l'avenant. En réalité, tout se passe comme si la chose allait de soi et n'avait quasiment pas besoin d'être justifiée ».

⁴⁴⁵ Ce principe de droit international public est clairement exprimé dans le traité de Londres du 13 mars 1871 : « c'est un principe essentiel du droit international qu'aucune puissance ne peut s'affranchir des obligations d'un traité, ni modifier ses dispositions, autrement qu'avec l'assentiment des parties contractantes obtenu au moyen d'un consentement amical ».

uniforme. Sans revenir sur le débat qui agite en ce moment la doctrine sur la question de la compatibilité des principes de proportionnalité et de subsidiarité avec l'élaboration, par la Communauté européenne, d'un code européen des contrats⁴⁴⁶, on remarquera simplement que là encore l'unification des règles de conflit de lois semble poser nettement moins de problèmes⁴⁴⁷.

309. D'autre part, le mode d'expression des règles communes suscitera de nombreuses difficultés générées par la diversité des langues et des traditions juridiques. Il est ainsi loin d'être évident que le droit matériel uniforme soit doté d'une cohérence suffisante. Ceci est d'autant plus vrai que le droit commun sera nécessairement le résultat de nombreux compromis. Or, la recherche de solutions transactionnelles qui satisfassent l'ensemble des acteurs de l'unification s'avère souvent incompatible avec l'élaboration d'un droit de qualité.

Une fois de plus cette difficulté semble moins dirimante en ce qui concerne les règles de conflit de lois. En effet, du fait de son objet, le droit international privé a depuis maintenant plusieurs années été l'objet d'échanges doctrinaux fréquents entre juristes de traditions différentes. Un discours juridique transnational, encouragé par une institutionnalisation de la doctrine, s'est ainsi peu à peu forgé offrant plus facilement la possibilité de rendre identique une même norme dans des systèmes juridiques et linguistiques différents⁴⁴⁸.

310. En définitive, l'unification du droit privé, qui demeurera en toute hypothèse sectorielle et cantonnée géographiquement, ne peut se faire que de manière progressive. Pourtant la nécessité d'améliorer la prévisibilité et de rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international est, elle, immédiate. C'est la raison pour laquelle on ne peut voir dans le droit matériel le support principal de l'universalisation du droit.

Cette forme d'universalisation du droit n'intervient ainsi que ponctuellement lorsque les Etats ont pris conscience que les avantages fonctionnels qu'elle offre sont comparativement supérieurs aux sacrifices qu'elle suppose.

Cette lenteur du processus d'universalisation du droit matériel explique que les acteurs du commerce international, désireux de disposer de règles communes uniformes, n'attendent pas

⁴⁴⁶ Voir *infra* n° 423 et s.

⁴⁴⁷ Voir *infra* n° 440 et s.

⁴⁴⁸ Voir dans ce sens J. H. A. LOON, « Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye », in *liber Memorialis FRANCOIS LAURENT*, Story-Scientia, p. 1133, spéc. p. 1145 où l'auteur estime que la Conférence de La Haye a permis une « éducation mutuelle des systèmes » notamment en ce qui concerne, par exemple, la notion de résidence habituelle.

toujours que les Etats agissent et se chargent eux-mêmes de l'unification (A). Il n'en demeure pas moins que cette unification reste ponctuelle et que les règles qui en résultent ne sont pas dotées d'une intensité normative complète. Elle ne peut ainsi venir qu'en complément de l'unification des règles de conflit de lois ou de l'universalisation de la règle matérielle validant l'*electio juris*.

Il est pourtant des hypothèses où la méthode conflictuelle s'avère manifestement inadaptée. On ne peut alors que souhaiter que les Etats unifient ponctuellement leurs droits matériels, car c'est la seule possibilité d'atteindre les objectifs poursuivis par le processus d'universalisation du droit (B).

A- L'intérêt d'une universalisation non étatique

311. Dans le domaine du commerce international, la possibilité, universellement reconnue, de choisir la loi applicable ne suffit pas à garantir aux particuliers une sécurité juridique et une prévisibilité suffisantes. En effet, même si l'universalisation de la règle matérielle validant l'*electio juris* permet aux parties d'identifier le droit applicable, le contenu matériel de celle-ci peut s'avérer peu familier pour au moins l'une d'entre elles. Or, dans ce domaine où la rapidité et la fréquence des opérations ne permettent pas de se renseigner en profondeur sur les termes du droit applicable, il est important de pouvoir négocier à armes égales et donc de disposer d'un instrument juridique commun. C'est pourquoi, face à l'inertie des Etats, les acteurs du commerce international se sont dotés spontanément de règles uniformes : les usages du commerce international (1°). Cependant, ces règles générales spontanées demeurent éparses et sectorielles. Elles ne peuvent ainsi constituer une réponse globale aux problèmes suscités par le particularisme. Des organisations professionnelles ou des institutions doctrinales ont alors pris le relais des opérateurs du commerce international pour élaborer des instruments de droit uniforme de plus grande ampleur (2°). Néanmoins, là encore, étant dépourvues de normativité propre, ces codifications privées n'offrent pas de perspectives fonctionnelles de manière autonome. Elles n'ont d'intérêt que si elles se greffent sur la règle validant l'*electio juris*.

1°- Les usages du commerce international

312. On peut définir les usages du commerce international comme « les comportements des opérateurs dans les relations économiques internationales qui ont acquis progressivement par leur généralisation dans le temps et dans l'espace, que peut renforcer leur constatation dans la jurisprudence arbitrale, ou éventuellement étatique, la force de véritables prescriptions qui s'appliquent sans que les intéressés aient à s'y référer dès lors qu'ils n'y ont pas expressément ou clairement dérogé »⁴⁴⁹. Il s'agit donc de règles de droit qui émanent spontanément de la pratique. C'est à partir de ce caractère spontané que l'on peut comprendre à la fois l'intérêt de ce type d'universalisation du droit et ses limites. Le principal avantage vient du fait qu'en répétant leurs comportements à l'identique, les opérateurs du commerce international donnent naissance à de véritables règles juridiques universelles qui correspondent à leurs besoins (a). Cependant, les usages du commerce international, parce qu'ils sont créés spontanément par les opérateurs du commerce international, constituent une forme d'universalisation ponctuelle et insuffisante (b).

a) La création de véritables règles juridiques adaptées aux besoins des particuliers

313. Les usages sont des créations juridiques spontanées et inconscientes qui éclosent en fonction des besoins des particuliers. C'est d'ailleurs ce qui explique que c'est dans le domaine du commerce international qu'ils se sont le plus développés. En effet, face à l'insécurité inhérente au particularisme des droits matériels internes, le besoin s'est fait ressentir, chez les opérateurs du commerce international, d'élaborer spontanément des règles à vocation universelle.

Ces règles, spécialement en phase avec les besoins du groupe socioprofessionnel duquel elles émanent, présentent ainsi l'avantage d'accéder à la positivité en dehors de toute intervention des Etats. En effet, leur autorité résulte directement d'un processus de création par lequel le comportement initial acquiert peu à peu, en se généralisant, les caractéristiques d'une règle de droit⁴⁵⁰. Ainsi, parce que leur juridicité ne provient pas du pouvoir étatique

⁴⁴⁹ B. GOLDMAN, note sous Cass. civ. 1^{ère} 22 oct. 1991, *JDI* 1992, p. 177, spéc. p. 184.

⁴⁵⁰ Voir P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Economica, 2002, spéc. n° 12 et s. Selon l'auteur, ce processus de création spontané est constitué de nombreuses étapes. A l'origine il y aurait un comportement individuel

mais de l'action spontanée de la société, les usages du commerce international accèdent très facilement à l'universalité pour peu que le corps de praticiens au sein duquel ils se sont développés dépasse le cadre d'un seul ordre juridique.

C'est d'ailleurs ce caractère universel que recherchent inconsciemment les opérateurs du commerce international en se dotant spontanément de règles issues de la pratique. Leur besoin de prévisibilité les pousse en effet à dépasser les particularismes nationaux pour élaborer des règles qui leur sont communes.

L'intérêt des usages du commerce international est donc bien réel. Cependant, ce mode d'universalisation du droit n'est pleinement utile que si l'on reconnaît aux usages une véritable autorité du seul fait de leur existence.

Si l'on considère que c'est la volonté de parties qui donne aux usages leur force obligatoire, il ne s'agit plus à proprement parler de règles juridiques et leur utilité est alors moindre.

Si l'on prétend que cette force obligatoire est conférée par une source formelle intermédiaire, l'universalité des usages du commerce international devient alors incertaine et leur adaptation aux besoins des particuliers assez aléatoire.

Ces deux thèses, ayant pour objet de contester l'autorité réelle des usages du commerce international, ont été soutenues par une partie de la doctrine.

314. Pour certains, les usages du commerce international ne jouiraient pas d'une autorité du simple fait de la répétition d'une pratique par les acteurs de la *societas mercatorum*. Pour pouvoir accéder au rang de véritables règles de droit, ils devraient faire l'objet d'une reconnaissance de la part d'une autorité du commerce international et notamment d'une consécration par une sentence arbitrale⁴⁵¹.

A nos yeux, les différentes institutions qui ont à connaître des usages ne font en réalité qu'en révéler l'existence⁴⁵². La règle issue de la pratique préexiste. Si tel n'était pas le cas,

répété par son auteur originel. Peu à peu ce modèle de comportement serait imité par les membres du groupe. Après une répétition collective, la règle spontanée présenterait, du fait de cette généralisation, tous les caractères de la règle de droit.

⁴⁵¹ Voir notamment dans ce sens E. LOQUIN, « La réalité des usages du commerce international », *Rev. int. dr. éco.* 1989, p. 163 ; J. COMBACAU, « Ouverture : de la régularité à la règle », *Droits*, 1986, p. 3 et s., spéc. p. 3 : « à moins qu'on croie à un ordre naturel du monde tel que le droit appartienne lui-même à la sphère de l'être plutôt que du devoir-être, le *fiat jus* duquel procède la règle coutumière ne peut résulter que d'une autre règle de droit transformant la conduite effectivement suivie en modèle de conduite ».

⁴⁵² Voir dans ce sens J.-M. JACQUET, PH. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2007, n° 34 et s. ; P. DEUMIER, thèse précitée, n° 214 et s. ; S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 150.

cela signifierait qu'avant l'intervention d'un tribunal arbitral les acteurs du commerce international ne pourraient pas calquer leurs comportements sur le modèle général de conduite. Or, il est évident que les individus se conforment à la règle de conduite contenue dans l'usage avant même que celle-ci ait fait l'objet d'une application par l'arbitre. L'arbitre ne statue que pour reconnaître à la norme de comportement litigieuse la qualité d'usage et en déduire ou non sa force obligatoire à l'égard des parties. Dire l'inverse reviendrait au fond à nier l'indépendance du juridique par rapport au judiciaire.

D'ailleurs, lorsque la règle spontanée fait l'objet d'une consécration par une règle dotée d'une normativité propre, il ne s'agit plus à proprement parler d'un usage. La règle initialement contenue dans l'usage emprunte la force obligatoire et le rang hiérarchique de son nouveau contenant (convention internationale, législation nationale par exemple).

315. Un second courant, initié par M. KASSIS⁴⁵³, considère que les usages, de manière générale, n'ont pas d'autorité propre et qu'ils tirent leur force obligatoire de la volonté des parties. A l'origine de cette « théorie de l'usage conventionnel » on peut cependant déceler deux types de confusions.

D'une part une confusion est opérée entre absence de force obligatoire et caractère supplétif.

Comme l'explique Mme DEUMIER, le droit spontané a naturellement un caractère supplétif⁴⁵⁴. C'est pourquoi l'application des usages du commerce international peut à tout moment être écartée par les contractants. En effet, l'usage naît d'un processus de répétition d'une pratique par un groupe déterminé en fonction des besoins qui lui sont propres. Cependant, ces besoins peuvent changer et les membres du groupe adopter un nouveau modèle de comportement qui leur semble plus adapté. Ainsi, c'est le mode de formation de la règle coutumière qui en fait par nature une règle supplétive⁴⁵⁵.

Au demeurant, les usages se développent dans un domaine, les contrats, où le principe demeure celui de la liberté contractuelle. Seules des règles d'ordre public limitent cette liberté en raison d'« exigences fondamentales (sociales, politiques...) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la

⁴⁵³ A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce – droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, LGDJ, 1984.

⁴⁵⁴ Thèse précitée, n° 244 et s.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, n° 244.

moralité, à la marche de l'économie ou même à la protection de certains intérêts primordiaux »⁴⁵⁶. Le caractère impératif se justifie donc par la prise en considération, par l'autorité qui édicte la règle, d'une finalité sociale ou économique renforcée dépassant les intérêts strictement individuels. Or, l'hypothèse d'un ordre public spontané n'est guère envisageable. En répétant spontanément un comportement, les acteurs du commerce international ne cherchent qu'à satisfaire leurs propres besoins et ne se préoccupent pas directement de la protection de la partie la plus faible, de l'éthique des affaires ou encore de la sauvegarde d'une politique économique.

Pour autant, ce caractère supplétif des usages du commerce international ne leur ôte pas toute force obligatoire. Au même titre que les lois supplétives, les usages, du fait de leur généralisation, jouissent d'une force contraignante certes atténuée mais qui n'en demeure pas moins réelle car « dans la mesure où les parties ne se sont pas accordées sur une autre solution, la règle doit s'appliquer »⁴⁵⁷. Autrement dit, la mise en œuvre de l'usage est conditionnée par la volonté des individus mais ce n'est pas pour autant qu'elle en tire son caractère obligatoire⁴⁵⁸.

316. D'autre part, une seconde confusion est souvent opérée entre absence de force obligatoire et inexistence ou inapplicabilité de l'usage.

La création de l'usage est due à la répétition d'un comportement au sein d'un groupe déterminé. Il n'existe réellement, en tant qu'usage-règle, que lorsque cette répétition est généralisée au sein du groupe en question. Si le comportement ne s'est répété qu'entre les parties, l'usage n'a pas atteint le degré d'abstraction nécessaire pour en faire une véritable règle de droit. Il ne servira alors qu'à interpréter la volonté des contractants en fonction des habitudes qui gouvernent leurs relations. Il se peut que, sans pour autant qu'il ait un degré suffisant de généralité, d'autres agents imitent dans des relations contractuelles similaires ces comportements premiers. Alors, il est vrai, l'application à leur lien contractuel des pratiques forgées par d'autres repose sur une manifestation de volonté de leur part. Pourtant, ceci ne vient pas de l'absence de force obligatoire de l'usage mais, tout simplement, de son inexistence, du non-achèvement de son processus de formation⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Ordre Public*.

⁴⁵⁷ J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, précité, n° 20.

⁴⁵⁸ Pour plus de détails sur cette question voir P. DEUMIER, thèse précitée, n° 244 et s.

⁴⁵⁹ J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, ouvrage précité, n° 35 distinguent ainsi les usages des parties et les usages du commerce. Les premiers ont pour caractéristique « d'être confinés au cercle des parties » et donc de ne pas jouir de la généralisation nécessaire pour atteindre la qualité d'usage du

En outre, le mode de formation de l'usage détermine dans le même temps son domaine d'application. Son autorité est nécessairement circonscrite au groupe de personnes qui lui a donné naissance par une pratique répétée et à la localité dans laquelle ce comportement a été généralisé⁴⁶⁰. Concernant les usages du commerce international, le domaine d'application *rationae loci* est par hypothèse très étendu, voir universel dans certains cas⁴⁶¹. Néanmoins, les pratiques normatives se développent le plus souvent au sein d'un milieu professionnel spécifique, si bien qu'en dehors de ce périmètre les usages n'ont pas d'autorité propre. Lorsque l'usage agit en dehors de sa sphère naturelle d'application, c'est-à-dire pour régir des relations contractuelles dans lesquelles est impliqué un non-professionnel ou un professionnel d'une autre branche, cette mise en œuvre est nécessairement fondée sur la volonté des parties. Cependant, cette inapplicabilité ne doit pas être confondue avec une absence de force obligatoire. Comme pour toute règle de droit, les conditions qui définissent le champ d'application de l'usage doivent être réunies pour que celui-ci soit mis en œuvre de manière impérative⁴⁶².

Certains ont tenté de contourner cette difficulté en ayant recours à la volonté tacite des parties⁴⁶³. En effet, pour les tenants de l'usage conventionnel, celui-ci n'a de force obligatoire que s'il est accepté préalablement par les parties. Ainsi lorsqu'il agit au sein de sa sphère d'action naturelle, les juges l'appliqueraient, malgré le défaut de référence expresse, du fait d'une volonté tacite déduite de l'absence d'une clause contraire au sein du contrat. On peut difficilement se rallier à cette analyse qui voit dans la simple appartenance au groupe professionnel concerné par l'usage une preuve de son acceptation par les parties. En effet, « ce détour est dangereux car souvent artificiel et ne se justifie pleinement qu'en l'absence

commerce. Ils sont effectivement des usages conventionnels alors que les seconds sont eux des usages-règles. D'ailleurs, comme le notent les auteurs, cette distinction trouve écho dans la Convention de Vienne qui indique dans son article 9 alinéa 1 que « les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles » et dans son article 9.2 que « sauf convention contraire des parties celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient la connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée ».

⁴⁶⁰ P. DEUMIER, thèse précitée, n° 155 et s. Selon cet auteur c'est d'ailleurs à partir du degré de généralisation que l'on peut distinguer les coutumes des usages. Les usages se limiteraient à une zone géographique ou à groupe professionnel déterminé alors que les coutumes auraient un champ d'application plus étendu et général. Pour autant ces deux manifestations du droit spontané n'auraient pas des natures différentes. Voir également sur cette distinction M. PEDAMON, « Y-a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTD com.* 1959, p. 335.

⁴⁶¹ Ainsi en est-il par exemple des usages relatifs au crédit documentaire.

⁴⁶² C'est dans ce sens qu'il convient, selon nous, d'analyser la jurisprudence qui requiert de la part des non-professionnels ou des professionnels d'une autre branche une adhésion expresse pour appliquer l'usage.

⁴⁶³ A. KASSIS, thèse précitée, n° 207 et s.

d'équivoque dans la manifestation tacite »⁴⁶⁴. Loin d'avoir tacitement convenu de l'application à leur contrat de l'usage en question, les contractants ignorent parfois jusqu'à l'existence de la règle coutumière. La présomption devient alors une véritable fiction qui dissimule mal l'imperfection du fondement volontaire de la force obligatoire des usages en général et plus particulièrement de ceux du commerce international.

317. Finalement, sans que l'on puisse, dans le cadre de cette étude, analyser en profondeur le fondement du caractère positif des usages du commerce international, on retiendra seulement que celui-ci ne semble pas leur être conféré par des facteurs externes tels que la volonté des parties ou une consécration par la jurisprudence étatique ou arbitrale⁴⁶⁵. Comme l'indique Mme DEUMIER, ce caractère positif est en fait inhérent à la règle de droit spontané. Il résulte de la dualité du droit positif⁴⁶⁶.

En définitive, si les juges appliquent les usages du commerce international dès lors que les parties n'y ont pas renoncé c'est parce qu'il s'agit de véritables règles juridiques spontanées naturellement supplétives.

D'ailleurs, l'absence de validité formelle des usages en fait des règles intrinsèquement prévisibles car en prise directe avec les besoins des opérateurs du commerce international. « L'ordre spontané apparaît ainsi comme un ordre abstrait (...) caractérisé par sa plasticité ainsi que par son aptitude à la prévision, à la prévention et à la protection des attentes légitimes des individus »⁴⁶⁷. Dans les relations transnationales cette vertu intrinsèque du droit

⁴⁶⁴ P. DEUMIER, thèse précitée, n° 237.

⁴⁶⁵ Pour une analyse plus approfondie voir P. DEUMIER, thèse précitée.

⁴⁶⁶ Sur laquelle voir notamment P. DEUMIER, thèse précitée, n° 303 et s : Selon l'auteur, la positivité réside en fait « dans un besoin de droit et l'existence effective de ses manifestations ». Or cette effectivité peut être l'aboutissement de deux réalités distinctes : le commandement du pouvoir étatique mais aussi l'action spontanée du corps social. Ainsi, ce n'est qu'en mêlant positivisme volontariste et sociologique que l'on peut appréhender la totalité du champ juridique. Voir dans le même sens R. AGO, « Droit positif et droit international », *AFDI* 1957, p. 14 et s. ; B. OPPETIT, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. Philo. Droit* 1983, t. 27, p. 43, spéc. p. 53 : « En définitive, si l'on veut adopter une attitude de rigueur intellectuelle à l'égard de ces règles spontanées dont la *lex mercatoria* offre une belle illustration, on n'échappe pas au dilemme suivant :

- ou bien l'on s'en tient sans faiblesse au dogme du positivisme légaliste et on rejette alors ce soi-disant droit spontané dans le domaine des faits (...)
- ou bien l'on procède à un renversement complet de la théorie des sources et l'on décide de partir, non du caractère absolu et exclusif du principe de légalité, mais du pluralisme des sources, en admettant l'idée qu'il existe sur un même plan divers modes de production des règles de droit, qui sont tous originaires au même titre (...) Si l'on souhaite en revenir à une certaine cohérence dans le domaine des sources de droit, on ne peut éviter un tel choix, le confort intellectuel est à ce prix... ».

⁴⁶⁷ F.-A. HAYEK, « *The political ideal of the rule of law* », cité par P. DUBOUCHET, « Défense de la théorie normative du droit chez Commons et Hayek : droit spontané, institution et économie », *RRJ* 2003-1, p. 1029, spéc. p. 1038.

spontané est très appréciable car la présomption de connaissance des règles d'origine législative n'est souvent qu'un mythe eu égard à la diversité des droits matériels.

Pour autant, ce mode spontané d'universalisation du droit ne saurait constituer une réponse suffisante au besoin de prévisibilité car les règles juridiques émanant de la pratique naissent de manière désorganisée, au gré des besoins des opérateurs du commerce international et ne peuvent constituer un système global de réglementation.

b) Les limites de l'universalisation spontanée du droit

318. Le droit spontané transnational se caractérise souvent par son incapacité à fournir un système global de règlement des conflits. En effet, l'ampleur des créations spontanées est directement liée aux besoins ressentis chez les opérateurs du commerce international de se doter inconsciemment d'une réglementation appropriée.

S'il est évident que ces besoins résultent de l'inadaptation des règles nationales⁴⁶⁸, il n'en demeure pas moins qu'ils sont également générés par l'importance des espaces laissés vacants par les différents droits matériels. Autrement dit, le développement des usages du commerce international dépend tant de la qualité⁴⁶⁹ que de la quantité des règles du droit délibéré. C'est dans les aspects de la vie sociale les moins réglementés que les usages prolifèrent le plus. Une réglementation globale des relations commerciales internationales n'a pas encore vu le jour, ce qui explique l'importance des usages dans ce domaine. Néanmoins, hormis dans l'hypothèse d'école d'une société totalement inorganisée dans laquelle aucune régulation rationnelle du droit n'est structurée, les questions juridiques ne sont jamais entièrement abandonnées à l'emprise irréfléchie de la pratique. Au contraire, les usages se développent ponctuellement et au gré des besoins ressentis du fait des vides juridiques. Instinctivement, les opérateurs du commerce international seront peu enclins à se doter spontanément de règles qu'ils savent potentiellement inefficaces car vouées à être contredites par une règle légale contraire ou inutiles parce que reprenant le précepte de conduite délibérément adopté par les organes de décisions.

⁴⁶⁸ Ou plus exactement de l'incertitude provoquée par le particularisme des droits internes.

⁴⁶⁹ La qualité d'une législation substantielle sera d'ailleurs plus souvent déduite de son adéquation avec les autres droits matériels que de son contenu.

Ainsi les pratiques normatives apparaissent comme des normes ponctuelles et éparées qui se développent dans des « îlots d'organisation » professionnels en fonction des besoins ressentis par les différents secteurs d'activité⁴⁷⁰.

C'est pourquoi, les usages du commerce international ne sauraient, à eux seuls, constituer un corps de règles suffisant pour rendre une décision fondée en droit⁴⁷¹. Les acteurs du commerce international ne peuvent donc faire l'économie du choix de la loi applicable, s'ils veulent réellement maîtriser l'issue probable d'un éventuel litige. Faute de désignation anticipée du droit compétent, l'organe de décision saisi risque d'appliquer de manière impérative la loi étatique désignée par son système conflictuel pour compléter ou même parfois contredire les règles universelles créées spontanément par la pratique. Ce mode d'universalisation du droit ne permet donc d'améliorer la prévisibilité de manière satisfaisante que s'il vient en complément de l'universalisation de la règle matérielle validant l'*electio juris*.

319. Cela est évidemment vrai lorsque c'est un juge étatique qui est saisi du litige⁴⁷². Si les parties n'ont pas choisi de *lex contractus*, le juge déterminera la loi applicable selon son système conflictuel et n'appliquera les usages que s'ils ne sont pas en contradiction avec les dispositions impératives compétentes de cette loi. Si elles n'ont pas préalablement désigné d'un commun accord le droit applicable, les parties pourront être surprises par cette éviction inopinée des règles spontanées. Néanmoins la primauté de l'ordre public contractuel de la *lex contractus* est justifiée car elle contribue à la protection de l'intérêt général.

320. Mais c'est également le cas si les parties s'en remettent à un arbitre pour régler le litige qui les oppose⁴⁷³. Lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur relation,

⁴⁷⁰ P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Mélanges B. GOLDMAN, Le droit des relations économiques*, Litec, 1982, p. 125.

⁴⁷¹ P. DEUMIER montre que la nature spontanée des usages du commerce international implique leur inaptitude à former un système complet de règlement des relations commerciales internationales. Selon l'auteur, le processus de création spontané donne essentiellement naissance à des normes de comportement. Les normes de sanctions sont en effet rarement forgées spontanément par les membres du groupe. Ceci vient du fait que la sanction naturelle du non respect des usages est la réprobation par le groupe. Ainsi, en cas de violation des règles de comportement spontanées l'arbitre devra souvent avoir recours aux normes de sanction établies de manière délibérée par les Etats ou la jurisprudence arbitrale : thèse précitée, n° 369 et s.

⁴⁷² Voir notamment Ph. FOUCHARD, « Les usages, l'arbitre et le juge – A propos de quelques arrêts récents français », in *Mélanges B. GOLDMAN*, précité, p. 67.

⁴⁷³ Sur cette question voir Y. DERAIS, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973, p. 122 ; E. LOQUIN, « L'application des règles nationales dans l'arbitrage international », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Séminaire des 7 et 8 avril 1988, p. 67 ; J. PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », *Rev. arb.* 1990, p. 55.

l'arbitre applique les usages du commerce international qui n'ont pas été écartés par les stipulations contractuelles. Cependant ces usages suffisent rarement pour donner une solution, fondée juridiquement, au litige. Les arbitres doivent alors désigner le droit applicable. Or, dans un souci d'assurer l'effectivité de leurs sentences au sein des ordres juridiques en rapport avec la situation litigieuse, les arbitres désignent souvent la loi d'un Etat. Pour ce faire, ils s'appuient soit sur la méthode directe préconisée par l'article 1496 ou par des dispositions étrangères similaires⁴⁷⁴, soit en tenant compte des diverses règles de conflits contenues dans les législations⁴⁷⁵ concernées par la situation. Les particuliers risquent alors d'être surpris par l'intervention de la loi étatique reconnue compétente par l'arbitre. Celle-ci s'appliquera en l'absence d'usages ou même à l'encontre des règles spontanées pour ce qui est de ses dispositions impératives.

Ainsi, pour améliorer la prévisibilité, la création de règles spontanées ne peut suppléer l'absence de choix de la loi applicable.

321. En raison de leur mode de formation, les règles spontanées sont cantonnées à la sphère contractuelle et se développent au sein de groupes professionnels restreints. Ce caractère parcellaire des usages du commerce international incite donc à penser qu'une amélioration satisfaisante de la prévisibilité du droit ne peut résulter exclusivement de ce procédé d'unification.

En outre, faute de démarche intellectuelle dans la formation de la règle, la prise en compte de l'intérêt général demeure hypothétique⁴⁷⁶. Cette lacune rend le droit spontané incertain dans son application. Il est ainsi souvent évincé par l'arbitre ou le juge au profit de dispositions matérielles d'un Etat.

C'est pourquoi des organisations doctrinales ou professionnelles ont tenté d'anticiper les besoins de la pratique en élaborant des règles matérielles uniformes qui rationalisent, fixent et complètent les normes forgées spontanément par les opérateurs du commerce international. Cette démarche a donné naissance à de nombreuses codifications privées dont il convient de mesurer l'utilité au regard des objectifs généraux poursuivis par le processus d'universalisation du droit.

⁴⁷⁴ La plupart des règlements arbitraux, et notamment l'article 1496, leur indiquent de choisir les règles « qu'ils estiment appropriées ».

⁴⁷⁵ Il faut d'ailleurs noter que celles-ci sont très largement unifiées depuis la ratification par de nombreux Etats de la Convention de Rome de 1980, transformée depuis le 17 juin 2008 en règlement communautaire.

⁴⁷⁶ P. DEUMIER, thèse précitée, n° 287.

2°- Les règles matérielles uniformes issues des codifications privées

322. Au cours du XX^e siècle, de nombreux organismes ont tenté de codifier les usages du commerce international. On peut citer à titre d'exemple les règles et usances relatives au crédit documentaire (RUU), les Incoterms élaborés par la Chambre de Commerce Internationale, les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ou encore les principes européens du droit des contrats conçus par la commission présidée par M. LANDO. Toutes ces initiatives privées concourent à clarifier et uniformiser le droit du commerce international.

Parfois, il ne s'agit que de mises en forme des pratiques normatives qui n'ont qu'un intérêt descriptif et servent essentiellement à améliorer la connaissance des usages. Les règles qui en résultent ont la même autorité que les usages qu'elles relatent.

Dans d'autres cas, les codifications modifient les pratiques normatives et ajoutent à celles-ci en fonction des besoins du commerce international. Ces codifications privées prennent alors la forme de véritables réglementations complètes et détaillées des contrats internationaux. Les plus importantes sont, comme chacun sait, les principes Unidroit⁴⁷⁷ et les principes européens du droit des contrats⁴⁷⁸. De telles œuvres, soigneusement pensées par des spécialistes, n'encourent pas le même reproche que les usages du commerce international. En effet, elles se suffisent à elles-mêmes et n'ont pas besoin d'être complétées par un droit étatique. En outre, les codifications privées, si elles ont pour but premier de satisfaire les besoins de la pratique, essayent, dans une certaine mesure, de moraliser les relations commerciales internationales. L'intérêt général n'est jamais entièrement sacrifié au profit des seuls intérêts particuliers. Ainsi, d'un point de vue rationnel, ces corps de règles peuvent constituer des ensembles normatifs uniformes autonomes.

Cependant, si l'élément rationnel ne pose pas de problème, l'élément impératif est lui assez faible. Les préceptes édictés n'ont pas d'autorité propre. Ils ne sont applicables que dans la mesure où les parties les choisissent. Ils ne constituent donc que des propositions à la

⁴⁷⁷ Sur lesquels voir notamment A. GIARDINA, « Les Principes d'Unidroit sur les contrats internationaux », *JDI* 1995, p. 547 ; C. KESSEDJAN, « Un exercice de rénovation des sources des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'Unidroit », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 641 ; J. BERAUDO, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP* 1995, I, 3842 ; Ch. LARROUMET, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP* 1997, I, 4011 ; M.-J. BONELL, « Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : vers une nouvelle approche de la *lex mercatoria* », *RDAI* 1997, p. 145 ;

⁴⁷⁸ Sur lesquels voir notamment I. de LAMBERTERIE, G. ROUHETTE et D. TALLON, *Les principes du droit européen des contrats – L'exécution, l'inexécution et les suites*, La Documentation française, 1997.

discrétion des parties⁴⁷⁹. Ces règles ne peuvent accéder à la positivité de manière autonome car elles ne répondent ni au critère formel ni au critère sociologique de la juridicité.

Ainsi, même si les parties y ont expressément fait référence ou qu'elles les ont inclus dans leurs stipulations contractuelles, ces principes ne trouveront à s'appliquer que dans la mesure des dispositions supplétives de la *lex contractus*⁴⁸⁰. Le choix de ces règles ne peut suffire à assurer aux parties une prévisibilité suffisante. Pour une sécurité optimale, il leur est vivement conseillé de choisir également une loi étatique. Faute d'un tel choix, elles risquent de se voir appliquer les dispositions impératives d'une loi qui ne correspond pas à leurs attentes.

Par conséquent, ce mode d'universalisation du droit opéré en dehors du cadre des Etats n'offre pas de perspectives fonctionnelles de manière autonome. Il ne vient qu'à l'appui de l'universalisation de la règle matérielle validant l'*electio juris*.

Il n'en demeure pas moins que cette uniformisation du droit matériel contribue à améliorer la prévisibilité du droit applicable pour les particuliers impliqués dans des relations internationales. En effet, en proposant des règles spécialement en phase avec les besoins des contractants, les organisations privées mettent à leur disposition un instrument commun aux deux parties « servant de base (...) à la réglementation de leurs relations »⁴⁸¹. De ce fait, le risque de méconnaissance des termes du droit compétent est considérablement réduit car, au moins en ce qui concerne les dispositions supplétives, les règles ne sont plus étrangères à l'une des parties.

Par ailleurs, bien qu'elles ne jouissent pas d'une normativité propre, les règles issues des codifications privées apparaissent parfois comme un vecteur d'harmonisation du droit matériel positif. Il en va notamment ainsi lorsqu'elles sont suivies spontanément par les praticiens et qu'elles se dotent, de ce fait, des qualités propres aux usages.

De plus, leur rayonnement est parfois tel que ces règles, au départ élaborées par des organismes privés, sont reprises par les législations nationales ou internationales⁴⁸².

323. Le règlement « Rome I » semblait vouloir renforcer encore l'autorité des principes Unidroit et des principes européens du droit des contrats en permettant aux parties de les

⁴⁷⁹ La même remarque pourrait être faite à propos de certains contrats-types et clauses contractuelles fréquemment utilisées dans certains contrats commerciaux internationaux qui n'ont pas encore atteint le rang d'usages. Voir D. MAZEAUD, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission LANDO », in *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz, Litec, 1999, p. 205.

⁴⁸⁰ Voir R. MARTY, « Conflit d'application entre les Principes d'Unidroit et la loi française applicable au contrat. A propos d'un dualisme juridique », *D. Aff.* 1997, p. 100.

⁴⁸¹ S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 167 et s.

⁴⁸² Voir sur ce point J.-M. JACQUET, Ph. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, ouvrage précité, n° 38 et s. ; P. DEUMIER, thèse précitée, n° 391 et s.

choisir au titre de *lex contractus*⁴⁸³. Certains voyaient d'un mauvais œil une telle importance donnée à des œuvres émanant d'organisations privées et craignaient une prise de pouvoir illégitime par la doctrine⁴⁸⁴.

Si ce reproche n'est pas dépourvu de justifications, on peut cependant remarquer qu'une telle faculté ne changerait pas le titre d'application des dispositions contenues dans les codifications privées. En effet, celles-ci seraient toujours rendues applicables par la volonté des parties. L'accord tirerait, quant à lui, sa force obligatoire d'une règle matérielle de droit international privé. Simplement, celle-ci ayant pour objet de consacrer la licéité du choix serait plus libérale et admettrait la désignation des règles uniformes issues des codifications privées.

Ce n'est donc pas la seule universalisation opérée par ces codifications privées qui assurerait aux particuliers la prévisibilité du droit applicable. Celle-ci serait avant tout rendue possible par cette règle matérielle contenue dans le règlement et donc partagée par un grand nombre d'ordres juridiques.

Il est néanmoins permis de douter de l'opportunité, pour les parties, de choisir exclusivement des règles nationales pour régir leurs relations. En dehors du fait que nombre de ces codifications privées ne présentent pas un caractère autosuffisant, le risque est important pour les parties de se voir appliquer, de manière autoritaire, les dispositions impératives de l'Etat qui sera chargé de prêter main forte à l'exécution du contrat.

Ceci est d'ailleurs vrai même lorsque les parties ont recours à un arbitre. Dans le cadre de l'arbitrage, la possibilité de choisir des règles nationales pour régir l'ensemble du contrat est d'ores et déjà possible. En effet, l'arbitre n'a pas de force et règle le litige qui lui est soumis selon l'ordre de mission que les parties lui ont adressé. Celles-ci peuvent donc décider de s'en remettre aux dispositions de la *lex mercatoria* ou à celles de codifications privées. Néanmoins, sans revenir sur la question de l'autonomie de ces règles nationales, il est certain

⁴⁸³ Voir l'article 3§2 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles présentée à la Commission le 15 décembre 2005, COM (2005) final, 2005/0261 (COD) : « Les parties peuvent également choisir comme loi applicable les principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international et communautaire (...) ». Sur cette proposition voir notamment 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. Etant donnée la controverse qu'elle a pu susciter, cette disposition n'a finalement pas été retenue : voir l'article 3 du règlement « Rome I » du 17 juin 2008 *a contrario* et le considérant n° 13 du préambule également *a contrario* : « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ».

⁴⁸⁴ Voir P. DEUMIER, thèse précitée, n° 391 ; Ch. LARROUMET, article précité, p. 9 : « Nul ne doute, il est vrai, que les principes d'Unidroit soient l'œuvre de juristes savants, qui ont travaillé en toute indépendance, et comme on l'a souligné en toute sérénité. Pour autant, n'y a-t-il pas quelque usurpation à prétendre qu'ils représentent un fonds commun de principes établis ».

que cet ordre juridique est « relevant »⁴⁸⁵. L'arbitre ne dispose pas de l'*imperium*⁴⁸⁶ et doit donc s'en remettre à la force coercitive de l'Etat pour l'exécution de ses sentences. Le juge étatique a donc toujours, *in fine*, un droit de regard sur les sentences fondées sur des règles nationales.

324. Sans entrer dans de plus amples détails à propos du sort des sentences arbitrales devant le juge étatique⁴⁸⁷, on peut simplement constater que les règles générales uniformes élaborées en dehors du cadre des Etats présentent de nombreux avantages. Leur universalisation est assez aisée car leur élaboration se fait sans l'intervention des Etats qui n'ont ainsi pas de concessions à opérer pour s'entendre sur des solutions transactionnelles communes.

De plus, elles permettent aux parties de disposer d'un référent commun et répondent ainsi à leur besoin de prévisibilité.

Cependant, leur application demeure tributaire de la tolérance que des Etats manifestent à leur égard. C'est la raison pour laquelle les règles uniformes élaborées en dehors du cadre des Etats ne se développent que dans le domaine contractuel et ne sont généralement applicables que dans le champ des dispositions supplétives de la *lex contractus*. Aussi cette forme d'universalisation du droit substantiel doit-elle, pour améliorer véritablement la prévisibilité du droit dans l'ordre international, s'accompagner d'une universalisation de la règle matérielle validant l'*electio juris*.

325. Il est pourtant des hypothèses où le besoin de prévisibilité ne peut se satisfaire de cet attelage. Tel est le cas lorsque la méthode conflictuelle s'avère manifestement inadaptée. La satisfaction des intérêts particuliers exige alors une universalisation ponctuelle du droit matériel opérée par les Etats.

⁴⁸⁵ C'est à dire selon S. ROMANO, *L'ordre juridique*, précité, §34, que son existence, son contenu ou son efficacité sont tributaires des conditions de conformité prévues par un autre ordre juridique.

⁴⁸⁶ Voir sur cette notion Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Etudes offertes à P. BELLET*, Litec, 1991, p. 245.

⁴⁸⁷ Il ne s'agit plus d'ailleurs de l'universalisation des règles générales mais des situations juridiques individuelles. Sur cette forme d'universalisation du droit voir *infra* n° 337 et s.

B- L'inadaptation manifeste de la méthode conflictuelle⁴⁸⁸

326. La méthode conflictuelle classique, seule véritablement propice à l'universalisation, repose sur la localisation du rapport de droit afin de le rattacher, par la suite, à un ordre juridique national. Cependant, pour que la prévisibilité du droit applicable soit assurée, ce rattachement doit être déterminé avant même que la relation en cause ne soit constituée. Il faut donc qu'il soit possible de trouver un critère abstrait qui, lorsqu'il est appliqué à des situations particulières, reflète, au moins dans une certaine mesure, une proximité effective entre la relation en cause et l'ordre juridique désigné. On a déjà eu l'occasion de montrer qu'il était parfois impossible de trouver un rattachement préalablement déterminé et abstrait qui soit pertinent pour l'ensemble de la catégorie juridique considérée. C'est ainsi qu'en matière contractuelle, le critère de rattachement retenu, quel qu'il soit, ne conduira, au moment de sa concrétisation, à appliquer une loi qui entretient des liens effectifs avec la relation en cause que pour certaines relations⁴⁸⁹. Dans nombre d'hypothèses il s'avèrera au contraire inadapté et donc difficilement praticable.

L'universalisation de la règle matérielle validant l'*electio juris* constitue alors un moyen d'assurer la prévisibilité malgré l'impossibilité de localiser dans l'abstrait le type de rapport juridique en cause.

327. Pour autant, cela ne veut pas dire que la localisation concrète et réelle du contrat doive être complètement occultée. La désignation d'une loi n'ayant aucun rapport avec le contrat s'avère en effet souvent dangereuse. Elle expose les parties à des résurgences de particularismes de la part des Etats sur le territoire desquels la relation est effectivement localisée. En cas de contentieux, ceux-ci auront en effet, à un moment ou à un autre, à connaître de la situation en cause, soit en première main au cours d'une instance directe, soit indirectement pour prêter main forte à l'exécution du contrat. Le risque est alors important que l'efficacité du choix soit remise en cause par l'application autoritaire de dispositions appartenant aux ordres juridiques spécialement concernés par la situation.

⁴⁸⁸ Pour plus de commodité nous entendons par « méthode conflictuelle », toute méthode de coordination des ordres juridiques qui a pour présupposé la pluralité des législations matérielles. Ainsi, dans cette optique, la règle validant l'*electio juris*, malgré son caractère substantiel est assimilé ici, dans un souci de clarté, à une règle de conflit.

⁴⁸⁹ Voir *supra* n° 249, 250 et 251.

On comprend ainsi la critique exprimée par M. HEUZE à l'encontre de la solution de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et du règlement correspondant qui laisse aux parties la liberté de choisir une loi sans rapport avec la localisation objective et effective du contrat⁴⁹⁰. On peut pourtant expliquer cette solution, à première vue très libérale, par le besoin d'universalisation de la règle matérielle validant l'*electio juris*. A vouloir limiter le choix aux lois qui entretiennent des liens étroits avec le contrat, on se heurterait inexorablement à des appréciations divergentes des Etats quant au caractère sérieux de ces liens. L'effort d'universalisation serait ainsi ruiné puisque la valeur accordée au choix, donnée fondamentale pour la réalisation de l'objectif de prévisibilité⁴⁹¹, deviendrait tributaire de l'identité de la juridiction chargée de régler le litige. Il n'est ainsi d'autre alternative que d'admettre ce choix de manière très étendue pour assurer aux parties qu'il sera respecté par l'ensemble des ordres juridiques qui admettent sa licéité.

328. Il convient donc de considérer la règle validant l'*electio juris* comme un instrument proposé aux parties afin qu'elles puissent se prémunir contre l'incertitude qui pèse sur la détermination de la loi applicable. Il leur appartient en revanche, pour que le degré de prévisibilité soit satisfaisant, d'en faire un usage opportun. Opportun, le choix ne l'est pas lorsque « les parties n'ont pas pris l'exacte mesure de l'ordre public qui veut imposer sa règle »⁴⁹².

Le risque est alors important car au moment où le litige naîtra, le juge saisi ne respectera pas toujours les prévisions des parties. Il appliquera de manière autoritaire les normes impératives de l'ordre juridique auquel il appartient si celui-ci est particulièrement concerné par la situation ou même, éventuellement, celles d'un ordre juridique étranger spécialement affecté par la relation en cause⁴⁹³.

⁴⁹⁰ V. HEUZE, « La volonté en droit international privé », précité, p. 120 : « Puisque la volonté ne sert qu'à résoudre une hésitation (relative au choix du critère de rattachement adéquat), elle ne peut être efficace que dans la mesure où la loi choisie est l'une de celles entre lesquelles les circonstances de l'espèce permettent d'hésiter. Il n'en sera pas tenu compte si elle n'entretient aucun rapport objectif avec le contrat litigieux. On sait que c'est précisément cette conséquence de la thèse de BATIFFOL qui a empêché sa consécration par le droit positif. Loin de subordonner le principe d'autonomie à la théorie de la localisation, la jurisprudence a en effet donné à celle-ci le caractère d'une règle subsidiaire à celui-là. Et c'est la même solution que retient la Convention de Rome du 19 juin 1980 ». Dans le même sens et du même auteur : *La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes*, précité.

⁴⁹¹ Voir *supra* n° 225 et s.

⁴⁹² C. KESSEDJIAN, « Les dangers liés à un mauvais choix de la loi applicable », *RID comp.* 1995, p. 373, spéc. p. 374.

⁴⁹³ Voir article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et article 9 du règlement « Rome I ».

Tel sera tout particulièrement le cas lorsque le contrat aura pour objet de donner naissance à des droits réels, de les transférer ou les modifier. Ces droits ont en effet la particularité d'être opposables *erga omnes*. Aussi, la protection de l'intérêt des tiers et de leur sécurité suppose une application concurrente, au besoin mise en œuvre de manière impérative, de la *lex rei sitae*, notamment pour définir le contenu des droits réels en question et indiquer les formalités garantissant leur opposabilité aux tiers.

Lorsqu'elles se lient par un contrat mettant en jeu des droits réels, les parties doivent donc avoir conscience du poids de la territorialité avant de choisir le droit applicable. Deux possibilités s'offrent à elles.

Elles peuvent, tout d'abord, décider de soumettre l'ensemble du rapport à la loi du lieu de situation du bien. C'est la solution la plus simple et qui garantit la plus grande efficacité au choix exprimé quant au droit applicable.

Elles peuvent, ensuite, tout de même soumettre le contrat à une autre loi, sachant que celle-ci sera nécessairement concurrencée, dans une mesure qu'il est parfois difficile d'évaluer, par la *lex rei sitae*.

Dans les deux hypothèses, les parties ont entre leurs mains les moyens de prévoir l'issue probable d'un éventuel litige. Cependant, cela suppose qu'elles tiennent compte, au moment de choisir la loi compétente, de la localisation effective du bien objet du contrat.

Or, il est des hypothèses dans lesquelles cette donnée n'est absolument pas maîtrisable.

329. L'exemple le plus typique est celui des sûretés mobilières conventionnelles. Par ce genre de mécanismes, le débiteur, au moyen d'un acte juridique, affecte un bien en garantie de l'exécution de son obligation. L'avantage pour le créancier est qu'il dispose sur le bien grevé d'un véritable droit réel qui, en tant que tel, lui confère, en cas d'inexécution fautive de la part du débiteur, un droit de suite et un droit de préférence. La nature contractuelle de ce type de sûretés veut que les parties puissent choisir la loi applicable, notamment pour définir les droits personnels et les obligations qui unissent créancier et débiteur. Néanmoins, personne ne conteste l'application concurrente de la *lex rei sitae* pour définir le contenu des droits réels du créancier. Il y a là une impérieuse nécessité pour la protection de la sécurité des tiers.

Sans entrer dans le détail⁴⁹⁴, on peut simplement en déduire que les particuliers devront être très vigilants dans le choix de la loi applicable et tenir tout particulièrement compte des exigences posées par la loi du lieu de situation du bien. En effet, l'application des deux lois ne se fait en réalité jamais de manière distributive. Le créancier ne jouira dans les faits que des droits que lui confère la loi la plus restrictive⁴⁹⁵.

Même si elle réduit l'efficacité des sûretés mobilières dans l'ordre international, cette solution n'est pas choquante en elle-même car les créanciers peuvent normalement prévoir cette concurrence de la loi de situation de la chose. A eux d'évaluer les risques encourus par ce cumul au moment de choisir la loi applicable. On peut d'ailleurs remarquer que le crédit ne s'en trouvera que rarement affecté car, outre la possibilité de soumettre l'ensemble de la relation à la *lex rei sitae*, il existe la plupart du temps des sûretés équivalentes dans les différents droits mis en concours⁴⁹⁶. Avec un minimum de vigilance, les parties peuvent donc être assurées de l'efficacité de la sûreté constituée.

330. Néanmoins cela suppose de pouvoir porter un regard sur la loi de situation du bien et donc de déterminer avec certitude la localisation effective de la chose. Or, les choses meubles peuvent, par définition, facilement être déplacées, notamment lorsqu'il n'y a pas eu dépossession au moment de la constitution de la sûreté. En cas de déplacement du meuble objet de la sûreté, c'est la « nouvelle *lex rei sitae* » qui viendra concurrencer la loi choisie par les parties. Cela résulte, en droit français, des solutions relatives au conflit mobile, généralement tirées d'une transposition à l'international des règles internes relatives aux conflits de lois dans le temps⁴⁹⁷. Cependant, cette application immédiate de la « nouvelle *lex*

⁴⁹⁴ Pour de plus amples développements voir notamment R. CABRILLAC, « La reconnaissance en France des sûretés mobilières sans dépossession constituées à l'étranger », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 487 ; G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984 ; K. KREUZER, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 465 ; F. RONGEAT-LOUDIN, *L'efficacité internationale des sûretés mobilières et l'unification du droit privé*, ANRT, 2002.

⁴⁹⁵ S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 295 et s., spéc. n° 305 : « (...) l'application de la *lex rei sitae* bride l'efficacité de la convention puisqu'elle interdit à des droits réels inconnus de produire des effets en France (l'auteur part de l'hypothèse d'un meuble situé en France). Le mécanisme distributif est donc restreint. Mais, inversement, une solution strictement distributive pourrait imposer au débiteur des effets plus rudes qu'il ne l'avait entendu si la loi de la situation du bien est plus généreuse que la loi du contrat pour le créancier. Or, si le créancier ne peut disposer de plus de droits sur la chose que la loi française ne lui en accorde, il ne peut pas non plus en avoir plus que la loi du contrat ne le prévoit. La première restriction est commandée par la protection des tiers et la seconde par l'intérêt du débiteur ».

⁴⁹⁶ En France, on remarquera d'ailleurs que depuis que la loi du 12 mai 1980 a renforcé l'efficacité des clauses de réserve de propriété, les sûretés constituées selon un droit étranger et portant sur un meuble situé sur le territoire national passent généralement le test de l'équivalence sans trop de difficultés.

⁴⁹⁷ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, précité, n° 230.

rei sitae » n'est pas spécifique au droit français. Elle ne fait qu'exprimer la nécessité de protéger la sécurité des tiers qui sont susceptibles de se voir opposer les droits réels du créancier issus de la sûreté mobilière conventionnelle⁴⁹⁸. La protection des véritables *penitus extranei* au moment de la demande n'a en effet que peu d'intérêt⁴⁹⁹.

Le créancier se retrouve alors dans une situation délicate car il ne peut plus maîtriser la localisation effective de la chose que le débiteur peut déplacer à tout moment. Ce faisant, il ne peut plus choisir la loi applicable en fonction des exigences posées par la loi du lieu de situation du support matériel de la sûreté en ce qui concerne le contenu des droits réels et les conditions de leur opposabilité aux tiers.

Comment permettre au créancier de faire face à cette absence de maîtrise sur la localisation de la chose affectée en garantie ?

331. Même si certains auteurs ont tenté de limiter l'intervention de la loi de situation du bien en l'expliquant par la méthode des lois de police⁵⁰⁰ ou en réservant son application aux cas où les tiers ont été trompés par l'apparence⁵⁰¹, la protection de la sécurité des tiers exige qu'elle ait au moins un domaine résiduel concurrent de celui de la loi d'autonomie.

Il n'est ainsi d'autre alternative, pour concilier l'ensemble des intérêts en présence, que d'universaliser le droit matériel afin de minimiser l'importance de cette donnée peu maîtrisable qu'est la localisation de la chose. Comme l'indique Mme CHAILLE DE NERE, « On serait alors assuré de l'entière efficacité des sûretés puisque chaque système juridique reconnaîtrait les mêmes droits au créancier. Les tiers ne seraient pas pour autant sacrifiés puisque les modalités de leur protection seraient définies une fois pour toutes et ils ne pourraient se prévaloir d'une quelconque ignorance à ce sujet. Bien au contraire, les règles adoptées étant intégrées dans le droit positif de chaque Etat, il y aurait là une parfaite conciliation entre les prétentions du créancier et la protection des tiers »⁵⁰². L'auteur poursuit d'ailleurs en indiquant qu'un tel édifice de droit matériel a déjà été élaboré en ce qui concerne le crédit-bail international portant sur des biens meubles à usage professionnel⁵⁰³ ce qui la conduit à exprimer le souhait que soit élaborée, sur ce modèle, une sûreté nouvelle destinée

⁴⁹⁸ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 658 : « Les intérêts protégés par la loi réelle sont ceux des tiers qui traitent *actuellement* avec le détenteur du bien, et ils l'emportent sur les droits acquis ».

⁴⁹⁹ Voir Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, t. 333, 2000.

⁵⁰⁰ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 647 et s.

⁵⁰¹ G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, précité.

⁵⁰² Thèse précitée, n° 330

⁵⁰³ La Convention d'Ottawa du 28 mai 1988, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1995, instaure en effet un régime spécifique qui prévoit notamment les conditions d'opposabilité aux tiers des droits réels du bailleur.

aux seules relations internationales. Ce serait en effet un moyen d'assurer la sécurité à laquelle aspirent les créanciers, de rétablir l'autorité des lois en rendant sans effet le déplacement de la chose par le débiteur et de garantir une certaine protection aux tiers. En outre, en créant un mécanisme *ad hoc* applicable dans les seuls rapports internationaux, il ne s'agirait plus d'unifier l'ensemble des systèmes juridiques, souvent très différents, mais simplement de mettre à la disposition des acteurs du droit international un instrument viable⁵⁰⁴.

332. En résumé, lorsqu'il n'y a pas d'universalisation du droit matériel, la localisation du rapport de droit est une donnée essentielle pour établir un règlement satisfaisant des relations internationales. La plupart du temps, cette localisation peut se faire dans l'abstrait au moyen d'une règle classique de conflit de lois. Lorsque cela n'est pas possible, comme en matière contractuelle, il revient aux parties de prendre en considération la localisation effective de la relation dans le choix de la loi applicable. Une délocalisation totale les expose en effet à l'application autoritaire de la loi matérielle de l'Etat du siège effectif du rapport de droit. Tel est tout particulièrement le cas lorsque le contrat a pour objet le transfert ou la création de droits réels.

Il est pourtant des hypothèses dans lesquelles les parties ne peuvent maîtriser la localisation effective de la chose objet du contrat. La méthode conflictuelle s'avère alors manifestement inadaptée.

C'est pourquoi, dans ces hypothèses, l'unification du droit matériel, parce qu'elle constitue le seul moyen d'atteindre les objectifs poursuivis par le processus d'universalisation du droit, est ressentie comme une nécessité spécialement impérieuse. Ce besoin spécifique d'universaliser le droit matériel pourrait ainsi inciter les Etats à infléchir ponctuellement leurs positions.

⁵⁰⁴ S. CHAILLE DE NERE, thèse précitée, n° 331 : « Ce procédé d'unification du droit des seules relations internationales est une leçon pour la question qui nous occupe et elle constituera notre conclusion. La matière des sûretés réelles conventionnelles ne peut garantir au créancier la sécurité à laquelle il peut légitimement prétendre que par le biais d'une unification substantielle. Cependant, les droits nationaux sont tellement différents et le sentiment, en droit français notamment, d'une soumission inévitable à la loi du lieu de situation du bien est tellement fort que l'élaboration d'un droit commun des sûretés, ne serait-ce qu'au niveau européen, n'est pas raisonnablement envisageable. En revanche, la création d'une sûreté nouvelle destinée aux seules relations internationales serait beaucoup plus facilement acceptée par les ordres juridiques nationaux. Elaborée à partir d'un mécanisme simple et inscrite sur un registre accessible à tous, elle ne bouleverserait pas les droits traditionnels, elle se superposerait à eux. Ce n'est qu'après une « accoutumance » des opérateurs liée à une utilisation répétée dans les relations internationales qu'elle serait introduite, on peut dire « naturellement », dans les relations internes des différents pays ».

Conclusion Chapitre 1 :

333. L'universalisation des règles générales ne peut offrir de perspectives fonctionnelles satisfaisantes que si elle permet de transcender les impasses générées par le particularisme. Aussi doit-elle, pour qu'on lui accorde une certaine valeur, conduire à la fois à une protection plus systématique de l'intérêt général et à une amélioration de la prévisibilité du droit applicable. L'analyse montre que la capacité du processus d'universalisation à atteindre ces objectifs dépend de la nature des règles générales sur lesquelles il opère. C'est ainsi qu'il a été possible de classer les différentes normes que le droit international privé met en œuvre dans deux catégories différentes. Les unes constituent le support normatif principal du processus d'universalisation du droit alors que l'unification des autres ne peut avoir qu'une fonction accessoire.

334. Le support principal est composé par les règles de conflit de lois et par la règle matérielle autorisant les parties à choisir le droit applicable. Si leur universalisation doit être privilégiée c'est parce qu'elle permet, à elle seule, d'atteindre les objectifs généraux poursuivis par le processus d'universalisation du droit. En rendant universel le choix, opéré par les parties ou par une règle de conflit de type savignien, de la loi applicable, la prévisibilité du droit est nettement améliorée. En outre, l'universalisation de ces règles générales ne requiert pas de trop importantes concessions par rapport à la conception que chaque ordre juridique national retient de l'intérêt général. Au contraire, elle assure, par le renforcement de l'autorité des lois dans l'ordre international qu'elle permet, une réalisation plus systématique des considérations de justice sociale de la loi matérielle désignée comme compétente. Il en résulte que les aspects fonctionnels de l'universalisation compensent largement les sacrifices inhérents à l'abandon des solutions retenues unilatéralement et souverainement par les Etats.

Cependant, parmi ces deux formes d'universalisation du droit, celle qui porte sur les règles de conflit de lois classiques doit toujours être préférée. En laissant aux parties la possibilité de choisir la loi applicable à leur relation, un régime de faveur est instauré à leur profit. Elles jouissent en effet d'un surcroît de liberté par rapport à des particuliers engagés dans des relations de même nature mais dont tous les éléments sont situés dans un seul ordre juridique interne. Ce traitement de faveur ne peut être justifié que s'il n'existe pas d'autres moyens d'améliorer la prévisibilité du droit applicable. Or, bien souvent, l'universalisation

des règles de conflit de lois de type savignien, facilitée par leur relative neutralité et leur désengagement par rapport aux buts sociaux poursuivis par les législations substantielles nationales, constitue un moyen adéquat pour satisfaire le besoin de prévisibilité ressenti par les sujets du droit international tout en préservant l'intérêt général. C'est pourquoi le recours à la règle matérielle validant le choix opéré par les parties doit demeurer exceptionnel et n'intervenir que dans le domaine contractuel où le besoin de prévisibilité se fait spécialement ressentir et pour lequel il est impossible de déterminer dans l'abstrait et à partir d'un critère de rattachement préétabli la loi compétente. Au demeurant, il convient d'insister sur le fait que cette règle matérielle ne pourra convenablement remplir la fonction qui lui est dévolue que si elle s'inscrit dans le processus d'universalisation du droit. L'amélioration de la prévisibilité et la réduction du risque juridique inhérent à l'ordre international tient en effet davantage à la valeur accordée au choix exprimé par les contractants qu'à la possibilité de choisir la loi applicable en elle-même.

335. L'universalisation des autres règles générales qui interviennent dans la réglementation des rapports internationaux entre personnes privées, à savoir les règles de compétence juridictionnelle directe et les règles matérielles, ne permet pas, à elle seule, d'atteindre les objectifs généraux poursuivis par le processus d'universalisation du droit. C'est pourquoi elles ne peuvent constituer que son support accessoire. Les raisons de cette inaptitude diffèrent selon qu'il s'agit des règles de compétence directe ou des règles matérielles.

Si les premières ne peuvent constituer que le support accessoire du processus d'universalisation du droit c'est essentiellement parce que leur unification ne suffit pas à transcender les impasses générées par le particularisme. En effet, l'universalisation des règles de compétence juridictionnelle directe ne permet pas, lorsqu'elle est envisagée de manière isolée, d'améliorer suffisamment la prévisibilité du droit applicable et de rétablir convenablement l'autorité des lois dans l'ordre international. Cette forme d'universalisation pâtit donc d'une insuffisance fonctionnelle. Cela ne veut pas pour autant dire qu'elle ne présente aucun intérêt. Lorsqu'elle est possible elle permet de faciliter l'universalisation des situations juridiques individuelles dont il sera bientôt question ou de rendre prévisible l'application du droit compétent dont l'identité a pu être déterminée avec un certain degré de certitude grâce à l'universalisation des règles constitutives du support principal du processus d'universalisation. La première fonction est réalisée par l'universalisation des critères

objectifs de la compétence directe alors que la seconde l'est par celle de la compétence du juge choisi par les parties. Il n'en demeure pas moins que, quelle que soit sa variante, l'unification des règles de compétence directe ne présente, au regard de la réalisation des objectifs poursuivis, pas de véritable autonomie. Elle est toujours au service d'autres formes d'universalisation du droit qui présentent une utilité fonctionnelle plus immédiate.

Les raisons pour lesquelles les règles matérielles ne peuvent constituer que le support accessoire du processus d'universalisation du droit sont d'une toute autre nature. Il est en effet certain que l'unification du droit substantiel assurerait une prévisibilité du droit similaire à celle dont jouissent les particuliers dans l'ordre interne. En outre, la sauvegarde de la conception de l'intérêt général promu par ce droit matériel uniforme serait garantie puisque les particuliers ne pourraient plus tirer profit, à des fins égoïstes, de la diversité des législations substantielles. L'incapacité de l'universalisation des règles matérielles à réaliser à elle seule les objectifs poursuivis ne vient donc pas de son insuffisance fonctionnelle. Elle résulte des difficultés liées à l'universalisation. Les règles matérielles sont en effet directement inspirées de la conception de la justice des relations interindividuelles que les ordres nationaux se donnent pour mission de promouvoir. Aussi l'unification du droit matériel exige-t-elle des concessions que les Etats ne sont souvent pas prêts à consentir. A leurs yeux les sacrifices nécessaires à l'unification ne peuvent être compensés par les aspects fonctionnels de cette forme d'universalisation du droit. Ces réticences sont d'ailleurs assez légitimes car il faut garder à l'esprit que le processus d'universalisation du droit n'a de valeur que fonctionnelle et qu'il doit, afin d'être attractif pour les Etats, donner naissance à des solutions globalement plus satisfaisantes du point de vue des intérêts particuliers mais aussi de l'intérêt général. Tel ne peut évidemment pas être le cas lorsqu'il suppose un abandon des considérations élémentaires de la justice des rapports privées. C'est la raison pour laquelle l'universalisation du droit matériel demeure sectorielle et n'a généralement lieu qu'au sein d'un groupe d'Etats appartenant à une même communauté juridique ou politique. Elle ne peut ainsi offrir à elle seule des perspectives fonctionnelles suffisantes pour transcender les impasses générées par le particularisme. Néanmoins lorsqu'elle est possible elle constitue une réponse satisfaisante aux problèmes de l'imprévisibilité du droit et de la perte d'autorité des lois dans l'ordre international. C'est d'ailleurs ce qui explique que cette forme d'universalisation du droit ait parfois été réalisée en dehors du cadre des Etats de manière spontanée par les praticiens ou de manière délibérée par différents corps doctrinaux. En outre, on est en droit de souhaiter sa mise en œuvre ponctuelle lorsqu'elle est la seule forme

d'universalisation qui permette de réaliser les objectifs poursuivis. Tel est notamment le cas lorsque la méthode conflictuelle s'avère manifestement inadaptée, comme en matière de sûretés mobilières.

336. Ainsi revisitée dans une optique exclusivement fonctionnelle et débarrassée de l'excès d'idéalisme qui avait causé son déclin, la doctrine universaliste pourrait retrouver ses lettres de noblesse. Néanmoins, ces développements n'avaient ni pour objet de décrire une réalité de droit positif ni pour finalité d'imposer un devoir être aux ordres juridiques nationaux. Il s'agissait, plus modestement, de percevoir l'intérêt que pourraient avoir les différents Etats à sortir de leur isolement et la meilleure manière de le faire au regard des objectifs poursuivis. Autrement dit, le but était d'indiquer aux Etats « ce qu'ils pouvaient gagner ou perdre dans cette entreprise »⁵⁰⁵. Les conclusions auxquelles nous avons abouti concernant l'universalisation des règles générales ne sont ainsi que des propositions entre les mains des Etats.

Si l'on s'en tient au strict droit positif, on se rend compte que les perspectives offertes par l'universalisation des règles générales n'ont pas toujours été perçues par les ordres juridiques nationaux. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous préférons parler de processus d'universalisation du droit que d'universalisme. En effet, il s'agit bien d'un mouvement général qui, malgré ses aspects fonctionnels évidents, n'est jamais complètement réalisé et demeure limité à des zones géographiques plus ou moins étendues en fonction de la matière considérée. Ce sont ces limites qui font que l'universalisation des règles générales n'épuise pas toute la question. Elles laissent en effet la place à une autre forme d'universalisation du droit : celle des situations juridiques individuelles.

⁵⁰⁵ *Le Petit Robert*, précité, V° Enjeu.

CHAPITRE 2 : LES PERSPECTIVES OFFERTES PAR L'UNIVERSALISATION DES SITUATIONS JURIDIQUES INDIVIDUELLES

337. Pour percevoir les perspectives offertes par l'universalisation des règles générales, il nous a fallu rompre avec la doctrine classique qui se donnait pour mission « d'orienter les systèmes nationaux de droit international privé vers un droit idéal universel »⁵⁰⁶ à partir de valeurs considérées comme communes. A nos yeux, l'universalisation des règles générales ne saurait correspondre à « un devoir être » absolu fondé sur des considérations axiologiques. Elle ne présente d'intérêt pour les ordres juridiques – qui jugent souverainement de son opportunité par rapport aux valeurs qu'ils défendent – que si elle s'avère satisfaisante d'un point de vue fonctionnel. C'est la raison pour laquelle il paraît plus correct d'aborder ce phénomène de rapprochement des règles générales sous le terme de processus d'universalisation que sous celui d'universalisme.

La démarche suivie est donc clairement différente de celle qu'adoptèrent SAVIGNY, MANCINI ou PILLET⁵⁰⁷. Dans la doctrine classique, l'universalisation est prônée en raison de sa valeur idéale et résulte de la seule unification des règles de conflit de lois. Selon nous, c'est sa valeur fonctionnelle qui est fondamentale. Cette universalisation, qui n'est d'ailleurs pas toujours considérée comme souhaitable, peut porter sur l'ensemble des règles qui interviennent dans la réglementation des relations internationales entre personnes privées. Le choix du support normatif doit être opéré en fonction des difficultés liées à l'unification et des objectifs poursuivis.

Il n'en demeure pas moins que les deux approches présentent une certaine parenté. Les aspects fonctionnels de l'universalisation n'ont pas pu échapper aux universalistes. C'est leur prise en considération qui les a indubitablement conduit à rechercher des données universelles permettant de justifier l'unification des règles de conflit de lois et l'avènement d'une harmonie abstraite des solutions.

Dans notre approche du processus d'universalisation du droit, seul le caractère radical du changement de perspective et les conclusions auxquelles il conduit sont véritablement

⁵⁰⁶ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, précité, n° 98.

⁵⁰⁷ Voir *supra* n° 10 et s.

nouveaux⁵⁰⁸. Le résultat recherché à travers l'universalisation des règles générales demeure, comme dans la doctrine classique, cette harmonie abstraite des solutions.

338. Bien plus novatrice est l'idée d'aborder, dans le cadre de cette étude, l'universalisation des situations juridiques individuelles. Cette forme d'universalisation du droit qui n'a plus pour effet de donner naissance à une harmonie abstraite mais concrète des solutions, n'a jamais été considérée comme une manifestation de l'universalisme⁵⁰⁹. Le délaissement de cet aspect du processus d'universalisation du droit dans l'approche classique est finalement assez logique. Le caractère absolu de l'universalisation des règles de conflit de lois rend en effet le problème de l'universalisation des situations juridiques individuelles résiduel.

Lorsque, au contraire, on considère que l'universalisation des règles générales ne doit pas nécessairement être absolue, cette question se pose avec une acuité nouvelle. Cette forme d'universalisation du droit devient une manière de remédier aux insuffisances fonctionnelles de l'unification des règles générales. Elle remplit une fonction subsidiaire et complémentaire, notamment lorsque l'universalisation des règles générales est impossible ou peu souhaitable.

Au demeurant, il nous paraît impossible de ne pas considérer l'universalisation des situations juridiques individuelles comme l'une des manifestations du processus d'universalisation du droit. En effet, la source, directe ou indirecte, des situations juridiques individuelles est invariablement constituée par des règles générales⁵¹⁰. Ainsi les unes sont-elles le nécessaire prolongement des autres.

339. En définitive, non seulement l'universalisation des situations juridiques individuelles est de toute évidence l'une des manifestations du processus d'universalisation mais, en outre, elle contribue largement à transcender les impasses générées par le particularisme. En effet, en venant à l'appui de l'universalisation des règles générales, elle garantit une meilleure prévisibilité aux particuliers engagés dans des relations internationales tout en préservant

⁵⁰⁸ D'ailleurs, l'originalité du raisonnement est d'autant plus relatif que depuis des études consacrées à l'universalisme se sont départies de la conception classique en étudiant l'implication de cette directive de réglementation des relations internationales entre personnes privées sur d'autres normes que les seules règles de conflit de lois. Voir notamment G. ELKORDI, *Les règles matérielles en droit international privé, étude du particularisme et de l'universalisme d'une nouvelle méthode*, précité.

⁵⁰⁹ Pour certains il s'agit même d'une alternative à l'universalisme. Voir E. KERCKHOVE, *Universalisme et particularisme dans les conflits de lois*, précité, p. 552 : « L'harmonie des solutions doit être recherchée dans une perspective juridictionnelle et *a posteriori*, c'est-à-dire non lors de l'élaboration de la décision, mais lors de son exécution. En d'autres termes, il faut s'accommoder du particularisme de la décision ».

⁵¹⁰ Voir *infra* n° 342 et s.

l'intérêt général. Etant donnée l'importance de ces aspects fonctionnels dans notre approche du processus d'universalisation du droit, il paraît indispensable d'aborder notre sujet sous cet angle nouveau. En d'autres termes, la question de l'universalisation des situations juridiques individuelles ne saurait être délaissée car elle est directement liée à notre problématique. Cette forme d'universalisation participe en effet à la réalisation des objectifs poursuivis, de manière générale, par le processus d'universalisation du droit.

340. Avant de démontrer l'utilité de l'universalisation des situations juridiques individuelles pour la satisfaction des intérêts particuliers et de l'intérêt général (Section 2) il convient de la définir (Section 1) car même si elle met en jeu des questions connues du droit international privé, elle n'a jamais fait l'objet d'une étude spécifique et approfondie.

Section 1. Définition de l'universalisation des situations juridiques individuelles

341. Lorsque nous avons étudié les perspectives offertes par l'universalisation des règles générales nous avons directement envisagé l'utilité fonctionnelle de celle-ci sans nous attarder, si ce n'est dans des propos introductifs, sur sa signification. Cette attitude se justifiait par la familiarité des termes employés et leur concordance avec ceux utilisés par les premiers auteurs qui se sont penchés sur l'universalisme. En effet, même si nous n'avons pas exclusivement employé le terme d'universalisation à propos des règles de conflit de lois, celui-ci décrivait toujours un mouvement, spontané ou délibéré, ayant pour effet d'unifier les différentes règles générales adoptées par les ordres juridiques nationaux. Autrement dit, comme dans la doctrine universaliste classique, l'universalisation signifiait « le fait de répandre largement »⁵¹¹ une solution abstraite et par conséquent la règle générale qui a pour objet de la consacrer.

S'agissant de l'universalisation des situations juridiques individuelles, il n'existe pas de discours juridique suffisamment traditionnel pour que la formule employée parle d'elle-même. Il convient donc d'expliquer la véritable signification de cette forme d'universalisation du droit.

⁵¹¹ *Le Petit Robert*, précité, V° *Universalisation*.

La notion de situation juridique individuelle, bien qu'elle soit couramment employée en droit interne comme en droit international, ne recouvre pas toujours la même réalité. Aussi, convient-il, pour plus de clarté, de la définir dans un premier temps (§1).

Dans un second temps nous serons alors en mesure d'expliquer ce que signifie l'universalisation lorsqu'elle porte sur cette notion de situation juridique individuelle (§2).

§1- La notion de situation juridique individuelle

342. Dans le langage courant, le terme situation peut avoir plusieurs sens. Dans son sens originel il signifie « le fait d'être dans un lieu ; la manière dont une chose est disposée, située ou orientée »⁵¹². De toute évidence, cette définition, relative à l'emplacement géographique des choses, ne peut être retenue en ce qui concerne les situations juridiques individuelles. D'une part, le terme est relatif aux choses et non aux personnes. D'autre part, la situation géographique est une notion éminemment concrète alors que la situation juridique, même si l'on peut en déduire des implications pratiques, décrit nécessairement une réalité abstraite. Le caractère juridique relève en effet d'une abstraction de l'esprit et ne saurait être perçu, de manière immanente, par la simple observation du monde sensible.

Il convient donc de retenir une autre définition selon laquelle la situation correspond à « l'ensemble des circonstances dans lesquelles une personne se trouve »⁵¹³. Elle est alors synonyme d'état, de condition ou encore de position. Isolé, le terme de situation n'a donc pas de sens précis et désigne une réalité très générale et assez vague. C'est la raison pour laquelle, la plupart du temps, on lui adjoint un qualificatif afin de préciser son champ d'application. C'est ainsi qu'il est question de situation sociale, de situation professionnelle, de situation financière ou, en ce qui concerne notre propos, de situation juridique.

343. Juridique, la situation l'est lorsque le droit objectif attache des conséquences juridiques à des comportements ou des faits sociaux dont l'individu est l'acteur ou éventuellement le sujet passif. En d'autres termes, « la situation juridique résulte de

⁵¹² *Le Petit Robert*, précité, V° Situation.

⁵¹³ *Ibid.*

l'application d'une règle à un fait »⁵¹⁴. Les situations juridiques sont donc « les relations de vie considérées sous l'influence de la règle de droit, influence qui s'exerce de deux manières : soit directement par l'intervention d'un précepte de conduite, soit indirectement par l'intermédiaire d'un fait ou d'un acte juridiques, c'est-à-dire d'un événement social auquel l'ordre juridique attache des effets de droit »⁵¹⁵. Si l'on s'en tient à cette définition, qu'il conviendra d'affiner et surtout d'expliquer, on se rend compte que toutes les personnes, du simple fait de leur naissance, de leur filiation, de leur âge ou encore des actes de la vie courante se trouvent dans une situation juridique. En effet, il est des événements constants et inévitables auxquels le droit objectif attache des conséquences juridiques. Néanmoins, ainsi considérée, la notion de situation juridique n'apporte pas grand chose à la science du droit. Elle ne fait que décrire l'ensemble des règles de droit appréhendées du point de vue de l'individu. Pour qu'elle ait une véritable utilité, la notion de situation juridique doit relater l'application d'une règle particulière à un fait spécifique et individualisé. Il ne s'agit plus alors de s'intéresser à la situation juridique générale dans laquelle sont placés les individus mais aux différentes situations juridiques qui peuvent les affecter.

344. Avant d'aller plus loin dans l'effort de définition, il est nécessaire, afin d'éviter toutes confusions, de faire le départ entre la notion de situation juridique et des notions voisines.

345. En premier lieu, il est assez fréquent d'opposer les situations juridiques aux situations de fait. Cette dernière expression⁵¹⁶ est assez trompeuse car la doctrine l'emploie pour décrire de véritables situations juridiques. C'est notamment le cas lorsque l'on fait référence à une société de fait, une séparation de fait ou encore un dirigeant de fait... Dans ces hypothèses, le droit objectif attache des conséquences juridiques aux faits sociaux considérés. Il ne peut

⁵¹⁴ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, précité, n° 211.

⁵¹⁵ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, 1948, rééd. Dalloz, 2002, n° 79. Pour une définition similaire voir P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 2 : « Les secondes (les situations juridiques) correspondent à des situations individuelles (...) dans lesquelles les personnes peuvent se trouver placer les unes vis-à-vis des autres, sur la base des règles juridiques : par exemple la situation d'époux pour deux personnes, mari et femme, qui ont été unies par le mariage selon les termes de la loi » ou encore G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, précité, V° *Situation* : « Etat dans lequel se trouve une personne sous un rapport déterminé (...) et qui, fondé sur une donnée de fait, peut être très diversement caractérisé au regard du droit (...), mais qui constitue une situation juridique pour peu que certains effets de droits – favorables ou défavorables – lui soient attachés ».

⁵¹⁶ Sur laquelle voir notamment, L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, t. 212, 1990 ; J. NOIREL, « Le droit civil contemporain et les situations de fait », *RTD civ.* 1956, p. 456.

s'agir ainsi que de situations juridiques. L'expression situation de fait a alors simplement pour fonction de préciser que celle-ci est « une sorte de doublet d'une situation juridique connue et bien réglementée par la loi »⁵¹⁷. Le caractère occulte et spontané de ces situations ne leur ôte pas pour autant leur caractère juridique puisque le droit objectif les prend en compte pour y attacher des conséquences⁵¹⁸. C'est pourquoi, pour notre part, nous réserverons le terme de situation de fait à « tous les comportements sociaux qui ne sont pas, dans une société et à une époque données, pris en considération par le système juridique, en ce sens que celui-ci ne leur fait pas nécessairement produire de conséquences juridiques »⁵¹⁹.

346. En second lieu, la notion de situation juridique individuelle est souvent rapprochée de celle de droit subjectif. Dans le sens le plus courant le droit subjectif se définit comme une prérogative individuelle consacrée par le droit objectif et qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose. L'expression désigne ainsi, tout comme celle de situation juridique, l'action du droit sur la vie sociale et vue sous son aspect subjectif. Il aurait ainsi été possible d'opposer l'universalisation du droit et l'universalisation des droits. Pourtant, malgré l'esthétique certaine de ce découpage, c'est à dessein que nous avons choisi de parler de situations juridiques plutôt que de droits subjectifs.

Tout d'abord, une incertitude entoure la définition du droit subjectif. Sans revenir sur les controverses à ce sujet⁵²⁰, on peut simplement remarquer qu'aucune définition avancée ne s'est imposée avec la force de l'évidence⁵²¹.

⁵¹⁷ R. HOUIN, *Les situations de fait*, *Trav. Assoc. H. CAPITANT*, t. IX, 1957 ; voir dans le même sens J. NOIREL, article précité, n° 6 : « Chaque situation de fait apparaît ainsi comme un doublet, une copie maladroite, déformée, aux contours imprécis, de la situation de droit qui repose sur les mêmes structures matérielles qu'elle ».

⁵¹⁸ Voir dans ce sens I. DOUMBIA, « Esquisse d'une théorie de la situation juridique », *RRJ* 2004-3, p. 1647 et F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n° 206.

⁵¹⁹ F. TERRE, *Ibid.*.

⁵²⁰ Pour un résumé complet des termes du débat voir J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, précité, n° 187 et s.

⁵²¹ Une première définition a été établie par la doctrine allemande du XIX^e siècle. Celle-ci faisait de la volonté l'élément déterminant du droit subjectif. Ainsi, chez SAVIGNY, GIERKE et surtout WINDSCHEID, le droit subjectif se définit comme « une puissance de volonté ou un pouvoir de volonté accordé par l'ordre juridique ». De nombreuses objections ont par la suite affaibli cette conception. En effet, elle explique mal que de très jeunes enfants ou des aliénés mentaux incapables de manifester une quelconque volonté puissent être titulaires de droits subjectifs. De plus, il y a des droits qui naissent en dehors de toute manifestation de volonté. Tel est notamment le cas des obligations extra-contractuelles ou légales. Par la suite, IHERING a forgé la doctrine de l'intérêt. Selon sa célèbre formule, le droit subjectif serait « un intérêt juridiquement protégé ». Cette analyse présente l'écueil de se fonder sur un simple fait, l'intérêt, mais elle n'explique pas le pourquoi et le comment de la protection juridique qui y est attachée. Face à cette double impasse, DABIN a développé l'idée « d'appartenance-maîtrise ». Selon cette théorie, il y aurait tout d'abord une relation d'appartenance entre le sujet et l'objet du droit (j'ai le droit de...) et ensuite une faculté d'agir en maître sur la chose objet du droit (j'ai le pouvoir de...). Cette définition présente l'avantage de concilier, du moins en partie, la conception volontariste et

Ensuite, l'emploi de cette expression, à propos de l'universalisation, créerait un risque de confusion en évoquant les théories des droits acquis. Or, celles-ci ont fait l'objet de critiques difficilement contestables de la part de la doctrine et ne se confondent pas avec l'universalisation des situations juridiques individuelles malgré une parenté certaine⁵²².

Enfin, en mettant en avant la notion de situation juridique, il s'agit simplement d'opérer un changement de perspective en se plaçant du point de vue du sujet de droit. Le but est d'observer la réalité juridique telle qu'elle est concrètement vécue par les individus. Or, la notion de droit subjectif n'a pas toujours été considérée comme un simple instrument de la technique juridique. Elle a pu être utilisée à des fins philosophiques ou métaphysiques afin de faire de l'homme le centre de gravité de l'ensemble de l'organisation juridique⁵²³. Les droits subjectifs sont alors considérés comme des prérogatives inhérentes à la nature humaine.

Il est cependant vrai que les critiques des positivistes ont largement condamné cette vision en niant l'existence même des droits subjectifs⁵²⁴. A leur suite, si la notion a continué à être utilisée, c'est essentiellement dans sa dimension technique. La doctrine reconnaît en effet généralement la primauté et l'antériorité du droit objectif sur les prérogatives individuelles⁵²⁵. Même en ce qui concerne les droits de l'homme, la majorité des auteurs s'accordent pour admettre qu'ils n'ont de valeur qu'en tant qu'un texte les reconnaît et les consacre solennellement. Néanmoins, même technicisé, la notion de droit subjectif ne permet pas d'appréhender l'ensemble de la réalité juridique. Comme l'indique ROUBIER, nombreuses sont les hypothèses dans lesquelles « des dispositions impératives ne sont pas établies en vue de satisfaire aux désirs individuels mais bien à des exigences de l'ordre public »⁵²⁶. Il s'ensuit que la réalisation du droit objectif, du point de vue individuel, ne se traduit pas nécessairement par la création de droits mais peut, au contraire, donner naissance à des charges ou des devoirs.

la théorie de l'intérêt. Néanmoins, comme l'ont souligné MM GHESTIN et GOUBEAUX, *ibid.*, elle ne correspond parfaitement qu'au droit de propriété, la maîtrise étant analysée comme le pouvoir de libre disposition de l'objet du droit.

⁵²² Voir *infra* n° 364.

⁵²³ Voir M. VILLEY, « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d' OCCAM », *Arch. Philo. Droit.* 1964, p. 97.

⁵²⁴ La plus célèbre des critiques menées à l'encontre de la notion de droit subjectif est sans doute celle de L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Boccard, 1927, selon lequel il n'y aurait pas lieu de parler de droit subjectif mais de situation juridique qui « active ou passive est la règle objective vue sous son aspect subjectif, en tant qu'elle est appliquée à l'individu. L'individu est simplement situé par rapport à la règle, activement ou passivement (...) ».

⁵²⁵ Voir J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, ouvrage précité, n° 185.

⁵²⁶ *Droits subjectifs et situations juridiques*, précité, p. 73.

On pourrait nous objecter que tout n'est finalement qu'un problème de terminologie et qu'il est possible de retenir une définition purement technique et structurale du droit subjectif. Celui-ci devient alors le simple fait « d'être habilité par l'ordre juridique positif à faire jouer l'effet juridique d'une règle de droit »⁵²⁷. Avec cette acception de la notion, il est certain que la matière juridique est beaucoup plus largement appréhendée étant donné qu'aux devoirs et aux charges des uns correspondent le plus souvent des droits pour les autres. Pour autant, avec cette définition, l'application individuelle des règles est envisagée du seul point de vue de ceux qui y ont intérêt, qui peuvent en retirer un avantage. Or, dans le cadre de cette démonstration, il serait assez incommode de se référer exclusivement à cette position juridique particulière. En effet, il est davantage question de savoir si l'universalisation de la concrétisation individuelle des règles générales peut pallier l'insuffisance fonctionnelle de celle des règles elles-mêmes que de s'interroger sur l'opportunité de la protection des droits au-delà des frontières d'un ordre juridique considéré.

347. Le choix de la notion de situation juridique étant désormais justifié et la distinction avec les notions voisines établie, il convient à présent d'en expliquer les conditions d'existence. Comme cela a déjà pu être dit, une situation juridique n'est rien d'autre que « la règle objective (...) vue sous son aspect subjectif »⁵²⁸. Si la formule semble à première vue assez évocatrice, elle mérite pourtant quelques éclaircissements.

Comme l'indique MOTULSKY, la règle objective se caractérise par sa structure particulière. Elle est toujours formée par deux éléments : la présupposition et l'effet juridique qui sont liés entre eux par une relation d'imputation⁵²⁹. De cette structure hypothétique découlent les caractères abstrait et général de la règle de droit. En effet, le présupposé ne vise

⁵²⁷ H. MOTULSKY, thèse précitée, n° 27.

⁵²⁸ L. DUGUIT, ouvrage précité, p. 15.

⁵²⁹ Thèse précitée, n° 16. Comme l'explique l'auteur ces deux éléments n'apparaissent pas toujours dans la rédaction de la disposition car « la règle ne se confond pas, loin de là, avec l'article de loi ». Bien souvent, le texte ne fait état que d'un seul de ces éléments. Il convient alors de le mettre en relation avec un autre texte pour découvrir la règle dans sa forme complète. L'exemple pris par l'auteur est à ce titre tout à fait parlant. L'article 1133 de notre code civil énonce que « la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, qu'elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Il n'y a là que l'énoncé d'une présupposition, d'une hypothèse. L'effet juridique réside, quant à lui, dans l'article 1131 selon lequel « L'obligation sans cause ou sur fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Cette nécessité de combiner les différentes dispositions vient du fait qu'à un effet juridique donné (la nullité de l'obligation par exemple) correspondent le plus souvent plusieurs hypothèses (absence de cause, cause illicite, fausse cause, absence de consentement...) et du besoin de définir, au moyen de dispositions spécifiques, certaines notions utilisées, par la suite, dans le présupposé de plusieurs règles (par exemple le contrat, les vices cachés, l'acte authentique...). Pour autant, il est toujours possible de formuler, à partir de ces dispositions incidentes, une règle hypothétique de type : Si A (présupposé) alors B (effet juridique) ». Voir également P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, précité, n° 48 et s.

pas des cas particuliers mais est, au contraire, susceptible « de se reproduire en un nombre indéfini d'occasions et d'entraîner autant de fois les mêmes conséquences juridiques »⁵³⁰.

Ces caractères sont indispensables car ils garantissent l'absence de carence de l'ordre juridique qui ne saurait viser l'ensemble des relations particulières qui se noueront dans le futur. Ils sont en outre le rempart nécessaire contre l'arbitraire de l'organe de création du droit⁵³¹. Mais ils ont également pour conséquence que l'existence et la teneur des situations juridiques individuelles ne peuvent être connues par la seule observation de la règle objective. En effet, l'énoncé de la règle n'indique pas directement quelles conséquences juridiques seront attachées à un rapport social considéré. De ce fait, les situations juridiques individuelles ne pourront être révélées à la connaissance des individus qu'au terme d'un raisonnement syllogistique. Celui-ci consiste à vérifier, dans un premier temps, que les faits sociaux considérés correspondent à la catégorie conceptuelle visée par le présupposé de la règle dont on souhaite savoir si elle est applicable pour en déduire, dans un second temps, des conséquences juridiques. Celles-ci ne sont que la traduction concrète de l'effet juridique de la règle en question⁵³².

Ce raisonnement qui, ainsi exposé paraît assez compliqué, est en réalité spontanément et inconsciemment effectué par les individus soucieux de connaître leur situation individuelle au regard des règles du droit objectif. Il leur permet de prévoir les conséquences juridiques qui seront attachées à leurs conduites, les devoirs qui leur incomberont et les prérogatives dont ils jouiront. Il est cependant vrai que, concernant des non-professionnels du droit, le raisonnement est rarement aussi poussé et qu'il s'agit davantage d'un syncrétisme juridique que d'un véritable syllogisme juridique⁵³³.

C'est en partie ce qui explique, avec l'aléa inhérent à la réalisation concrète du droit objectif, qu'avant l'intervention de l'organe à qui a été confiée, par l'autorité publique, la mission d'appliquer les règles générales, les perceptions subjectives des situations juridiques soient relativement fragiles. En effet, l'exactitude de l'opération de déduction au moyen de laquelle il a été possible de connaître la situation juridique n'a fait l'objet d'aucune vérification par un organe habilité à se prononcer et dont la décision sera considérée comme

⁵³⁰ P. GOTHOT, « Compte-rendu de P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* », *Rev. crit. DIP* 1975, p. 179.

⁵³¹ Voir H. MOTULSKY, thèse précitée, n° 6 et s.

⁵³² Ce raisonnement est, pour H. MOTULSKY, à la base de toute la réalisation du droit qu'il définit comme « la tentative de penser un cas particulier comme contenu dans une règle de droit, et la constatation du résultat, positif ou négatif, de la recherche ». Pour plus de détails voir la thèse de cet auteur, n° 44 et s.

⁵³³ *Ibid.* n° 52 et s. Le syncrétisme juridique est entendu par l'auteur comme une forme de connaissance immédiate relevant davantage du pressentiment que d'une vérification méthodique de l'application de la règle.

faisant autorité. Cela ne signifie pas pour autant que la situation juridique ne puisse préexister à la phase judiciaire, mais cela veut simplement dire qu'avant l'intervention du juge il est possible d'en avoir une vision erronée.

Au contraire, lorsque le juge intervient, soit pour créer une situation juridique qui ne saurait naître sans son intervention comme par exemple celle d'époux divorcés, soit pour décider, à l'occasion d'un litige qui lui est soumis, de l'application qu'il convient de faire des règles générales⁵³⁴, les situations juridiques individuelles peuvent être perçues avec un très haut degré de certitude. L'opération de déduction par laquelle on passe de la norme générale à la situation juridique individuelle a été effectuée par le juge. Elle donne alors naissance à une norme individuelle, également appelée effet substantiel ou normatif du jugement⁵³⁵. De cette norme individuelle et de structure catégorique, il est possible de déduire directement le contenu exact de la situation juridique.

Cette norme⁵³⁶ qui en tant que telle est obligatoire entre les parties et opposable aux tiers est contenue dans le dispositif du jugement. Par exemple, un jugement tranchant un problème de responsabilité pourra donner naissance à une norme individuelle et catégorique du type « X doit payer 1000 euros à Y ». X pourra alors être certain que sa situation juridique individuelle en ce qui concerne sa relation avec Y est celle d'un débiteur d'une somme de 1000 euros⁵³⁷. Cette norme individuelle sera à l'avenir la seule à pouvoir servir de base de déduction pour établir la situation juridique des parties en ce qui concerne le point de droit qui a donné lieu à la décision. Le jugement a ainsi un effet que l'on pourrait qualifier de novateur⁵³⁸ en ce que la

⁵³⁴ Et donc de la teneur et de l'existence véritable des situations juridiques individuelles à propos desquelles le contentieux a pu naître entre les parties.

⁵³⁵ Voir notamment C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, t. 328, 2000 et H. PEROZ, *la réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, t. 430, 2005.

⁵³⁶ Il va sans dire que cela suppose de considérer qu'une norme n'est pas nécessairement générale et que ce terme englobe l'ensemble des éléments du droit objectif qui émanent de l'Etat et qui contribuent à définir les droits et les obligations des individus. Voir sur ce point P. MAYER, thèse précitée, n° 11 et s.

⁵³⁷ La norme individuelle ne se confond en effet pas avec la situation juridique qui en résulte. Voir P. MAYER, thèse précitée, n° 20 : « La norme (élément du droit objectif) est un ordre, et le droit (ou plus largement l'état de droit) est ce qui est ordonné. Toute disposition portant en soi un ordre est une norme. (...) Mais on a confondu – niant ainsi son existence – la norme individuelle avec l'état de droit qu'elle crée, parce que la proposition dans laquelle elle est exprimée et celle qui décrit l'état de droit qui résulte d'elle sont identiques dans leurs termes (...) ».

⁵³⁸ C. BLERY, thèse précitée, n° 151. L'auteur nuance ce propos en énonçant que cet effet novateur ne concerne pas les jugements de débouté. Selon elle, le droit n'existant pas, il ne peut avoir changé de source. Cette remarque n'est cependant pertinente que si l'on raisonne en termes de droits subjectifs et non en termes de situations juridiques. Le jugement de débouté contient également un dispositif que l'on peut analyser comme une norme individuelle en ce qu'elle déclare un état de droit, obligatoire entre les parties et opposable aux tiers. La situation juridique individuelle ne peut plus trouver sa source que dans cette norme individuelle et ne saurait, à l'avenir être déduite de l'application des règles objectives. Voir H. PEROZ, thèse précitée, n° 72 et 73 : « Une décision de refus, de rejet ou de débouté n'est rien d'autre qu'un « non » opposé à une demande. Un non a toujours une influence, en ce sens que le refus d'une situation sera un obstacle aux bénéfices dont cette situation

situation juridique ne trouve plus sa source dans une norme générale et abstraite mais dans une norme catégorique, concrète et individuelle⁵³⁹. La prééminence de la norme individuelle sur la norme générale dans la détermination de la situation juridique des parties est assurée par les attributs conférés au jugement parmi lesquels figure notamment l'autorité de chose jugée.

348. En somme, une fois définitive, la décision devient une norme individuelle qui modifie l'ordonnement juridique. Elle constitue la nouvelle base objective à partir de laquelle la situation juridique individuelle devra être déduite⁵⁴⁰. Ceci est vrai quelle que soit la forme du jugement en question. Que le jugement soit déclaratif ou constitutif, gracieux ou

était une condition. Un non a des conséquences de fait, mais aussi des conséquences juridiques, même si en lui-même il ne modifie pas la situation envisagée et à laquelle le non a été opposé. (...) Si un jugement de débouté n'avait aucune efficacité, il ne modifierait pas l'ordonnement juridique et ne constituerait pas une norme. Comment l'autorité pourrait-elle être attribuée à un jugement qui ne constitue pas une norme ? Un jugement de débouté a autorité de chose jugée. Si l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'à la vérification juridictionnelle et n'est qu'un attribut du jugement, elle ne peut cependant être qu'un attribut d'une norme juridictionnelle. Un jugement qui n'a pas de valeur normative ne peut avoir autorité de chose jugée. Il en est ainsi lorsque le jugement est réformé en appel, dont l'autorité de chose jugée ne peut plus être invoquée puisqu'il n'a plus de valeur normative. L'efficacité substantielle d'un jugement de débouté n'est qu'une efficacité procédurale, mais celle-ci lui permet d'avoir une valeur normative ».

⁵³⁹ H. PEROZ, thèse précitée, n° 15 : « La situation juridique des parties dépend maintenant d'une norme individuelle et concrète et non d'une norme générale et abstraite. Dès lors, les parties à l'instance ne tiennent plus leurs droits de la loi mais du jugement. Pour autant, cela ne veut pas dire que la règle de droit n'a plus vocation à s'appliquer à la situation juridique des parties, mais sur le point précis qui a donné lieu à la décision, c'est cette dernière qui s'applique. (...) Dorénavant, la source de la situation juridique des parties n'est plus la loi mais la décision comprise dans le jugement, même si le juge, pour rendre sa décision, fait application de la loi. Cette substitution de la source du droit est encore plus évidente lorsque le juge fait une mauvaise, voire une fausse application de la loi. Dans cette hypothèse, et sous réserve de l'exercice des voies de recours, la discordance qui apparaît entre la règle et la décision se résout au profit de la décision ».

⁵⁴⁰ Ce qui ne signifie pas pour autant que le contenu de la situation juridique des parties résultant de cette norme individuelle ne présente aucune parenté avec celui qui était déduit de la règle générale. En effet, les juges ne statuent plus, de nos jours, selon leurs intimes sentiments à l'image du célèbre Président MAGNAUD de Château-Thierry, mais en appliquant les règles objectives. De ce fait, ils déduisent le contenu de la situation non seulement des faits rapportés mais également des règles applicables. On peut d'ailleurs considérer que les juges ne font que proclamer le véritable état de droit révélé par l'opération de déduction. Sur la proclamation de la situation juridique des parties par le juge considérée comme un élément de l'effet substantiel du jugement, voir H. PEROZ, thèse précitée, n°18. Voir également C. BLERY, thèse précitée, n° 163 : « l'état de droit déduit par le jugement est *en principe* identique à celui résultant de l'application de la règle abstraite ». En définitive si la source de la situation juridique change, la modification de son contenu est davantage apparente que réelle. Les conséquences juridiques dont les parties croyaient pouvoir se prévaloir n'ont en réalité jamais existé. Il ne s'agit donc pas d'une modification de la situation juridique mais de la proclamation de ce qu'elle est vraiment et de ce qu'elle était déjà avant le jugement. La modification radicale du contenu de la situation juridique, encore qu'il s'agisse davantage d'une création que d'une modification, n'a lieu que dans les jugements purement constitutifs, c'est-à-dire lorsque l'intervention du juge, comme en matière de divorce, est une condition *sine qua non* à l'existence de la situation.

Cela ne veut pas pour autant dire que la situation juridique est exactement la même avant et après le jugement. Il n'y a pas seulement un changement de source de la situation juridique. Celle-ci est dotée d'une efficacité nouvelle. Celui à qui elle profite peut en effet directement réclamer les conséquences juridiques qui en découlent et faire face, avec le secours de la force publique, à une éventuelle réticence de la part de la partie adverse. Voir pour plus de précisions sur ce point C. BLERY, thèse précitée, n° 148 et s.

contentieux, il a toujours pour conséquence de donner naissance à cette norme individuelle⁵⁴¹. En outre, ces normes individuelles qui se substituent aux règles générales pour déterminer le contenu des situations juridiques ne sont pas nécessairement l'œuvre du juge.

Elles peuvent résulter de décisions rendues par une autorité étatique non juridictionnelle. Parmi ces actes publics, il faut cependant distinguer, à la suite de M. CALLE, ceux qui ont un véritable effet décisionnel et ceux qui n'ont qu'un effet de titre⁵⁴².

Seuls les premiers ont une normativité propre et modifient, à la manière des jugements, l'ordonnement juridique. Il s'agit des actes qui arrêtent « un certain état de droit indépendamment de ce qui résulterait de l'application de toute règle, quel que soit son présupposé »⁵⁴³. L'existence et le contenu des situations juridiques doivent alors être déduits de la décision et non de la règle générale⁵⁴⁴. Ainsi en va-t-il par exemple d'un décret autorisant un changement de nom ou encore d'une nationalisation par voie législative.

Au contraire, les seconds ne modifient pas l'ordonnement juridique et ne donnent pas lieu à une norme individuelle à partir de laquelle la situation devra être déduite. Ils ne constituent que l'une des conditions du présupposé d'une règle générale sur la base de laquelle la situation juridique continue d'être déduite⁵⁴⁵. Ainsi en va-t-il par exemple d'un acte notarié ou de l'immatriculation d'une société au greffe du tribunal de commerce⁵⁴⁶. Pour prendre ce dernier exemple, l'acte public en question n'est qu'une condition permettant de faire jouer l'effet juridique de la règle générale qui énonce que la personnalité morale ne sera attribuée au groupement, qui devra en outre satisfaire à d'autres conditions, que s'il a fait l'objet d'une immatriculation. Pour autant, il ne donne pas naissance, faute d'effet décisionnel, à une norme individuelle énonçant que tel groupement a la personnalité morale. Il s'ensuit que la situation juridique continue à être déduite des règles générales qui la régissent et que son existence pourra toujours être critiquée au regard de celles-ci. Il ne s'agira plus, comme en présence d'un acte décisionnel ou d'un jugement contentieux, de critiquer, dans le

⁵⁴¹ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, précité, p. 547, spéc. n° 6 et s.

⁵⁴² P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004, n° 431 et s.

⁵⁴³ P. MAYER, thèse précitée, n° 76.

⁵⁴⁴ P. CALLE, thèse précitée, n° 444 : « En cas d'effet décisionnel, la modification de la situation substantielle des parties résulte de l'acte public, et ne résulte pas de la règle en vertu de laquelle il a été prononcé. La source du droit des parties est désormais l'acte public. L'intervention publique a purgé l'état de droit de tous les vices dont il était susceptible d'être affecté au regard de la règle de droit. L'acte public a une valeur normative autonome ».

⁵⁴⁵ *Ibid.* n° 445 et s.

⁵⁴⁶ *Ibid.* n° 451.

cadre des recours prévus à cet effet, l'opération de déduction qui a conduit l'autorité à proclamer un certain état de droit.

349. En résumé, la notion de situation juridique est un instrument de la technique juridique permettant d'appréhender le droit objectif du point de vue de l'individu. La connaissance du contenu et de l'existence des situations juridiques résulte d'un raisonnement déductif à la base duquel figure une norme juridique. Tant qu'aucune décision contenue dans un acte public (souvent juridictionnel) n'est intervenue, cette norme est nécessairement une règle générale, hypothétique et abstraite. La connaissance exacte du contenu de la situation juridique est alors douteuse et incertaine car la règle générale, de par sa nature, ne traite pas directement du cas particulier en question. Au contraire, lorsque la norme constitutive de la base de déduction est une décision, le contenu de la situation juridique ne fait alors plus de doute. Il s'agit désormais d'une norme individuelle, concrète et catégorique à partir de laquelle il est directement possible de déduire l'état de droit. Au demeurant, sur le point précis qui a donné lieu à la décision, celle-ci constituera à l'avenir la seule norme pouvant servir de base de déduction par le véhicule de laquelle la situation juridique pourra être appréhendée.

La notion de situation juridique étant identifiée, il convient à présent d'expliquer ce que l'on entend par son universalisation.

§2- La signification de l'universalisation des situations juridiques individuelles

350. Toute situation juridique résulte d'un raisonnement consistant à déduire d'une norme du droit objectif, individuelle ou générale, des conséquences juridiques – c'est-à-dire des droits, des obligations ou des charges pour les particuliers – attachées à la réunion de certains faits. L'universalisation des situations juridiques correspond par conséquent au fait de généraliser, de répandre largement, un état de droit déduit d'une norme, de telle sorte qu'il sera adopté par plusieurs des ordres juridiques qu'il affecte.

Le problème vient du fait qu'il existe pratiquement autant de points de vue concrets, et donc de situations juridiques, que d'ordres juridiques⁵⁴⁷. En effet, chaque ordre juridique est composé d'« un corps de règles qui contient en puissance la solution de tout problème de droit qui peut se poser »⁵⁴⁸. Cela signifie, en d'autres termes, que lorsque se pose, dans un cadre contentieux ou non, une question de droit relative au contenu d'une situation juridique, il sera possible de trouver au sein de chaque ordre juridique une règle générale pouvant constituer la base de déduction à partir de laquelle ce contenu pourra être déterminé⁵⁴⁹.

De plus, il se peut que la situation juridique en question ait donné lieu, par le truchement d'un acte public ou d'un jugement, à une norme individuelle qui constituera, au sein de l'ordre juridique auquel l'organe de décision appartient, la seule base de déduction à partir de laquelle il conviendra de raisonner.

Enfin, le contenu de la situation juridique a pu également être précisé par une décision qui n'émane pas d'un Etat mais d'un acte privé comme par exemple une sentence arbitrale.

351. On assiste ainsi, dans l'ordre international, à une multiplication des bases de déduction⁵⁵⁰ et par conséquent à une multiplication corrélative des situations juridiques possibles pour un même rapport social. Quelle est celle qui doit prévaloir et de ce fait être universalisée ? Quelle est la base de déduction commune qui doit être choisie par le plus grand nombre possible d'ordres juridique pour déduire le contenu de la situation juridique ?

352. Il n'y a pas de réponse à cette question car elle ne se pose pas, en réalité, en ces termes. On ne peut en effet pas, en droit international privé, raisonner comme un observateur

⁵⁴⁷ Ce qui ne signifie pas pour autant que certaines d'entre elles ne sont pas équivalentes. Tel sera notamment le cas en cas d'universalisation des règles générales.

⁵⁴⁸ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, précité, n° 10 2. Nous considérerons l'absence de lacune comme établie et renverrons, sur ce point, à la démonstration de l'auteur.

⁵⁴⁹ L'opération de déduction peut alors faire apparaître qu'il n'y a en réalité aucune situation juridique mais qu'il s'agit au contraire d'une situation de fait en ce sens que le droit objectif n'attache aucune conséquence aux faits considérés. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là encore d'un point de vue concret susceptible d'universalisation.

⁵⁵⁰ La base de déduction est comprise comme la proposition rationnelle à partir de laquelle il est possible de déduire une situation juridique, un état de droit. Elle ne se confond pas avec la norme, car ici il est seulement fait référence à l'élément rationnel – c'est-à-dire à la proposition qui contribue à énoncer les droits et les obligations des parties – et non à l'élément impératif. La précision est importante car si l'on prend le point de vue d'un ordre juridique particulier, seules les propositions rationnelles qui en émanent peuvent être considérées comme des normes. Les sentences arbitrales, les jugements et règles étrangers ne sont, à ses yeux, que de simples bases de déduction. Voir sur ce point S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, précité, n° 169 et s.

neutre qui ne ferait que constater la relativité générale du système⁵⁵¹. Il faut nécessairement supposer saisi l'organe d'un Etat donné⁵⁵². L'universalisation ne résulte alors plus du choix d'un point de vue concret particulier, d'une situation juridique identifiée, mais de l'attitude de l'ordre juridique de référence.

On constate que l'attitude de l'ordre juridique du for contribue à l'universalisation des situations juridiques individuelles dans deux hypothèses distinctes.

353. Tout d'abord, l'ordre juridique du for adopte une attitude qui contribue à l'universalisation des situations juridiques lorsqu'il accepte de reconnaître un point de vue concret qui lui est extérieur. La première manifestation de l'universalisation des situations juridiques individuelles consiste donc en une reconnaissance des situations juridiques étrangères par le for. Celle-ci, comme l'indique M. MAYER, peut être directe ou indirecte⁵⁵³.

La reconnaissance est directe lorsque son objet est la situation juridique étrangère elle-même. Cette forme de reconnaissance concerne les situations juridiques étrangères constituées *ex lege*, c'est-à-dire directement déduites de la réglementation étrangère et non d'un jugement ou d'un acte public étranger. L'article 45 de la loi fédérale suisse de droit international privé est un exemple topique de ce type de reconnaissance lorsqu'il énonce qu'« Un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse »⁵⁵⁴.

Elle est en revanche indirecte lorsque l'objet de la reconnaissance n'est plus la situation elle-même, mais la norme individuelle extérieure à l'ordre juridique du for, sur la base de laquelle l'état de droit est immédiatement déduit. « Il y a alors reconnaissance directe du jugement (ou de l'acte public) et indirecte de la situation qu'il a énoncée »⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ Voir F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : Cours général de droit international privé », *RCADI* 1989, I, t. 213, p. 9, spéc. p. 17 et s.

⁵⁵² P. MAYER, thèse précitée, n° 34. Comme l'indique l'auteur, cet organe est le plus souvent le juge mais il peut également être un officier public. Pour plus de simplicité nous ferons comme s'il s'agissait toujours d'un juge.

⁵⁵³ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, précité, n° 7.

⁵⁵⁴ Sur cette forme de reconnaissance unilatérale voir notamment P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelZ.* 2004, p. 225 et « Rapport de synthèse », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, p. 283 et « La reconnaissance mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur de H. GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 479 ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité et « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques. Cours général de droit international privé », *RCADI* 2007, II, t. 327, p. 9, spéc. n° 328 et s. ; G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité – Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 457 ; S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 307 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, précité, n° 24, 238, 581, 582 et 618

⁵⁵⁵ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité, n° 7.

354. Ensuite, l'ordre juridique du for adopte également une attitude qui contribue à l'universalisation des situations juridiques lorsque, au moment de créer un nouvel état de droit, il s'assure que celui-ci sera respecté par un ou plusieurs ordres juridiques étrangers. Pour ce faire, il peut agir de deux manières différentes.

Il peut tout d'abord, au moment de constituer la situation juridique individuelle, s'assurer que celle-ci sera reconnue dans un ou plusieurs ordres juridiques qu'elle affecte particulièrement⁵⁵⁶.

Il peut ensuite indirectement imposer aux ordres juridiques étrangers de ne pas remettre en question la situation juridique qu'il a constituée en prononçant, notamment, des mesures d'injonctions à l'encontre des personnes concernées par l'état de droit proclamé⁵⁵⁷.

355. En résumé, l'universalisation des situations juridiques individuelles, comme celle des règles générales, se manifeste de différentes manières qui ont pour trait commun de faire correspondre les conséquences attachées, par le for, à un rapport social considéré avec celles que lui attachent ou lui attacheront un ou plusieurs autres ordres juridiques étrangers. Elle se concrétise par la possibilité de reconnaître une situation juridique constituée selon un point de vue extérieur au for ou par la possibilité d'exporter la situation juridique constituée dans l'ordre du for.

Cette forme d'universalisation du droit, si elle a toujours pour but de réduire le « contraste entre l'identité du fait et la diversité des solutions juridiques »⁵⁵⁸, se distingue nettement de l'universalisation des règles générales. La coordination des ordres juridiques n'est plus assurée par l'élaboration d'une solution abstraite qui leur est commune mais par le respect d'une solution concrète s'imposant à plusieurs d'entre eux. Comme l'indique M. RIGAUX, il s'agit donc de « renverser la perspective et d'axer la problématique du droit international privé sur le rapport juridique individuel »⁵⁵⁹.

Cela ne signifie pas pour autant que cette forme d'universalisation procède d'un ordre purement concret qui se départirait complètement des règles générales. Au contraire, la reconnaissance ou l'exportation des situations juridiques est assurée par des règles générales qui procèdent à la mise en œuvre de cette forme d'universalisation du droit. Ces procédés de

⁵⁵⁶ Voir P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent », *RCADI* 1986, II, t. 197, p. 229 et *infra* n° 569 à 573 et n° 575 à 580.

⁵⁵⁷ Voir *infra* n° 588 et s.

⁵⁵⁸ F. RIGAUX, cours précité, n° 64.

⁵⁵⁹ *Ibid.* n° 61.

mise en œuvre de l'universalisation des situations juridiques individuelles⁵⁶⁰ font d'ailleurs parfois, eux-mêmes, l'objet d'une universalisation. Ainsi en va-t-il notamment des conventions internationales relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements et actes publics.

Il convient enfin de remarquer que l'universalisation des situations juridiques individuelles, tout comme celle des règles générales, n'est jamais absolue. Elle pourra être considérée comme plus ou moins aboutie en fonction du nombre d'Etats qui attacheront les mêmes conséquences juridiques à un même rapport social.

356. La signification que nous donnons à l'universalisation des situations juridiques individuelles est finalement assez large et peut résulter de divers mécanismes du droit international privé. Une situation juridique est universalisée dès lors qu'elle est reconnue dans le cadre des ordres juridiques qu'elle concerne. Ainsi, d'une certaine manière, universalisation des situations juridiques et reconnaissance des situations juridiques apparaissent comme des synonymes. Cependant, comme nous l'avons indiqué, il est indispensable, en droit international privé, d'adopter le point de vue d'un ordre juridique particulier. L'universalisation ne résulte alors plus nécessairement d'une reconnaissance de la situation juridique individuelle de la part de l'ordre juridique du for. Celui-ci contribue également à cette forme d'universalisation du droit lorsqu'il s'assure que la situation créée en son sein pourra être reconnue à l'étranger.

Qu'elle se manifeste par une reconnaissance des situations juridiques étrangères ou par une exportation des situations créées dans l'ordre du for, l'universalisation des situations juridiques individuelles requiert toujours que l'ordre juridique de référence sorte de son isolement pour prendre en considération le point de vue d'un ou plusieurs ordres juridiques concurrents concernés par la situation juridique en cause. Si le for accepte de considérer les valeurs juridiques étrangères, c'est parce que cela favorise l'accomplissement de sa mission de protection des intérêts particuliers et de sauvegarde de l'intérêt général. Dans de nombreuses hypothèses, l'universalisation des situations juridiques individuelles permet en effet au for d'accroître la prévisibilité du droit sans pour autant mettre en danger la conception de l'intérêt général qu'il défend.

Cela ne veut pas pour autant dire que l'universalisation des situations juridiques individuelles suffise, à elle seule, à satisfaire le besoin de sécurité juridique et qu'elle rende

⁵⁶⁰ Sur lesquels voir *infra* Deuxième Partie, Titre 2.

celle des règles générales inutile. Nous comptons simplement démontrer que pour la réalisation des objectifs généraux poursuivis par le processus d'universalisation du droit, l'utilité de l'universalisation des situations juridiques individuelles ne saurait être négligée. Cette utilité est évidente lorsque l'universalisation des règles générales n'a pu être réalisée. Elle est également incontestable dans un contexte où les règles générales ont déjà fait l'objet d'une universalisation. Ceci vient du fait que bien souvent les particuliers fondent davantage leurs prévisions sur le résultat de l'application des règles que sur le contenu abstrait de celles-ci.

On peut en déduire que l'universalisation des situations juridiques individuelles ne saurait être perçue comme un simple pis-aller par rapport à l'unification des règles générales ; elle répond à un véritable besoin ressenti par les particuliers engagés dans des relations internationales. Cette utilité justifie que les ordres juridiques, qui ont en charge la satisfaction des intérêts particuliers, la mettent en œuvre dès lors qu'elle ne heurte pas l'idée qu'ils se font de l'intérêt général.

Section 2- Utilité de l'universalisation des situations juridiques individuelles

357. Dans l'approche fonctionnelle qui est la nôtre, l'universalisation des situations juridiques individuelles, tout comme celle des règles générales, n'a d'intérêt que si elle permet de transcender les impasses générées par le particularisme. L'utilité de cette forme d'universalisation du droit doit donc être analysée en fonction de sa propension à améliorer la prévisibilité et au regard de son impact sur la conception de l'intérêt général retenue par l'ordre juridique qui y procède.

L'universalisation des situations juridiques individuelles ne pourra être considérée comme utile que si elle permet de satisfaire les intérêts particuliers tout en ménageant une certaine idée de la justice des rapports entre personnes privées. Il faut que l'attitude de l'ordre juridique de référence contribuant à l'universalisation de la situation juridique donne naissance à une solution qui soit globalement plus satisfaisante que celle qu'il retiendrait unilatéralement sans se soucier du point de vue des ordres juridiques concurrents.

358. Comme nous l'avons vu, l'universalisation des situations juridiques individuelles peut résulter de deux attitudes différentes.

La première consiste, pour l'ordre juridique pris comme référent, à garantir qu'une situation juridique constituée selon un point de vue qui lui est extérieur se déroule normalement et produise ainsi tous ses effets en son sein.

La seconde consiste, toujours pour ce même ordre juridique, à s'assurer que la situation juridique qu'il s'agit de constituer est admise à produire ses effets, ou à tout le moins n'est pas contredite, dans le cadre d'un ou plusieurs ordres juridiques étrangers.

Dans quelle mesure ces attitudes permettent-elles de lutter contre l'imprévisibilité du droit générée par le particularisme ? Sont-elles compatibles avec la conception de l'intérêt général défendue par l'ordre juridique qui les adopte ?

359. C'est la réponse à ces questions qui permettra de déterminer l'utilité de cette forme d'universalisation du droit et, par conséquent, les perspectives offertes. Il convient donc d'analyser l'incidence de l'universalisation des situations juridiques individuelles sur les intérêts particuliers (§1) et sur l'intérêt général (§2).

§1- Universalisation des situations juridiques individuelles et intérêts particuliers

360. L'universalisation des situations juridiques individuelles doit permettre, pour présenter une réelle utilité, d'améliorer la prévisibilité du droit dans l'ordre international. En reconnaissant les situations juridiques constituées selon un point de vue extérieur ou en s'assurant du sort qui sera réservé à celles qu'ils ont constituées, les ordres juridiques nationaux contribuent largement à améliorer la sécurité juridique des particuliers engagés dans des relations internationales. Ceci vient du fait que les particuliers fondent très souvent leurs prévisions sur le résultat concret de l'application des règles générales. C'est la raison pour laquelle l'universalisation des situations juridiques individuelles joue un rôle décisif dans l'amélioration de la prévisibilité du droit (B).

Pour autant, cette utilité fonctionnelle ne rend pas inutile l'universalisation des règles générales. En effet, l'universalisation des situations juridiques individuelles suppose que les

rapports juridiques aient déjà été créés. Or, le besoin de prévoir le droit applicable est ressenti par les particuliers avant la constitution des situations juridiques dans lesquelles ils sont impliqués. C'est pourquoi cette forme d'universalisation du droit ne suffit pas, à elle seule, à améliorer de manière satisfaisante la prévisibilité (A). Elle doit nécessairement venir à l'appui de l'universalisation des règles générales.

A- Une amélioration insuffisante de la prévisibilité

361. Si l'universalisation des situations juridiques individuelles ne suffit pas, à elle seule, à améliorer convenablement la prévisibilité du droit au profit des particuliers impliqués dans des relations internationales, c'est parce qu'elle suppose que les situations juridiques aient fait l'objet d'une opération de concrétisation (1°). Or, le besoin de prévisibilité est le plus souvent ressenti par les particuliers antérieurement à cette opération de concrétisation (2°).

1°- La nécessité de raisonner à partir d'une opération de concrétisation de la situation juridique

362. On appelle opération de concrétisation de la situation juridique tout phénomène ayant pour effet de cristalliser l'application de certaines règles générales à un rapport social déterminé⁵⁶¹. Sans cette opération de concrétisation, l'identification de la situation juridique qu'il s'agit d'universaliser se confond avec celle des règles générales dont elle a été déduite. Il devient alors impossible de raisonner en termes de reconnaissance (a) ou d'exportation (b) des situations juridiques individuelles. En effet, le for ne reconnaît ou n'exporte plus une situation juridique mais désigne les règles applicables et déduit lui-même le contenu de la situation juridique.

⁵⁶¹ Voir P. MAYER, article précité, n° 29

a) En matière de reconnaissance des situations juridiques

363. Pour pouvoir raisonner en termes de reconnaissance, le for doit pouvoir identifier la situation juridique en la localisant au sein d'un ordre juridique étranger. Cela n'est possible que si celle-ci a été concrétisée. Lorsque cette situation juridique est purement virtuelle, le for est contraint de déterminer lui-même le contenu de celle-ci en désignant la loi applicable à la relation. Il ne s'agit plus alors de reconnaître une situation juridique étrangère mais de créer ou de révéler une situation juridique selon les règles du for. Toute reconnaissance suppose une opération préalable de concrétisation de l'application de certaines règles générales au rapport social. Il faut donc que les faits présidant à la création du rapport social aient déjà eu lieu. Or, le besoin de prévisibilité préexiste à l'intervention de ces faits. C'est pourquoi la reconnaissance ne peut suffire, à elle seule, à satisfaire le besoin de prévisibilité ressenti par les sujets du droit international. Avant de démontrer cette insuffisance fonctionnelle de la reconnaissance il convient d'établir que ce mécanisme n'est viable que lorsque la situation juridique a fait l'objet d'une opération de concrétisation.

364. Comme l'indique M. MAYER, « lorsqu'une situation est déduite de l'application de la loi désignée par la règle de conflit du for, on ne dit pas qu'elle est reconnue »⁵⁶². Pour qu'il y ait reconnaissance il faut en effet que l'opération de déduction ne soit pas l'œuvre d'un organe du for. Celui-ci doit se contenter d'identifier et donc de localiser une situation juridique étrangère pour ensuite en admettre les effets. Ainsi, « la reconnaissance comporte nécessairement un processus en deux temps : la détermination d'un point de vue concret non déduit du droit international privé du for, suivie de la décision de consacrer dans le for ce point de vue concret »⁵⁶³.

Toute reconnaissance suppose que la détermination du point de vue concret extérieur au for ne se réduise pas à une désignation des règles générales à partir desquelles la situation juridique devra être déduite. Or, en pratique, il n'est possible d'identifier un point de vue concret extérieur, c'est-à-dire des conséquences concrètes déduites des règles générales, que si celui-ci a déjà été exprimé d'une manière ou d'une autre. Lorsque le point de vue concret extérieur est purement virtuel, l'organe du for ayant pour mission de définir le contenu exact

⁵⁶² P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité, n° 9.

⁵⁶³ *Ibid.* n° 28.

de la situation juridique en question n'a d'autre option que de déterminer une loi applicable et d'opérer lui-même la déduction. Il n'y a alors plus à proprement parler de reconnaissance de la situation juridique puisque le contenu de celle-ci est déduit des règles générales, conflictuelles et éventuellement matérielles, du for et non d'un point de vue concret qui lui est extérieur⁵⁶⁴.

Cette obligation de procéder, en l'absence de situations juridiques cristallisées, à la détermination d'une loi applicable résulte de la définition même de la notion de situation juridique. Les situations juridiques individuelles ne sont que le reflet des normes du droit objectif. Elles n'existent donc pas « en fait » contrairement à l'idée qui a souvent inspiré la théorie des droits acquis. Par conséquent, si l'identité des règles générales qui détermineront le contenu de la situation n'a pas été révélée au for par un événement qui lui est extérieur, celui-ci est contraint de préciser ce contenu en déterminant la loi applicable au regard de la configuration internationale du rapport social. On retrouve ici, malgré le changement terminologique, la critique que SAVIGNY adressait à la théorie des droits acquis : « pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il faut d'abord savoir d'après quel droit local nous jugeons de leur acquisition »⁵⁶⁵.

En d'autres termes, lorsque l'organe du for n'a entre ses mains d'autres éléments que le rapport social litigieux, il ne peut raisonner en termes de reconnaissance. Il doit nécessairement résoudre un conflit de lois. L'utilisation du mécanisme du renvoi ou le recours à la règle de conflit étrangère dans l'unilatéralisme ne changent pas les données du problème. Il s'agit toujours, pour l'organe du for, de déterminer, par des procédés plus ou moins complexes, le droit applicable et d'en déduire lui-même le contenu de la situation juridique. Il n'y a pas reconnaissance d'un point de vue concret extérieur au for mais détermination de la loi applicable par référence à un système conflictuel étranger. L'harmonie des solutions

⁵⁶⁴ En somme, la reconnaissance implique d'identifier, et donc de localiser, une situation juridique autrement que par la détermination d'une loi applicable. Or, cela n'est possible que si l'application d'une loi au fait considéré n'est pas purement psychologique. En effet, en l'absence de signes extérieurs de cette application, force est d'admettre « qu'une situation ne se constitue nulle part. (...) Le fait peut être localisé, du moins dans certains cas mais non l'application. Celle-ci est une simple opération intellectuelle, ou, plus précisément, une opération de nature intellectuelle. Le résultat de l'application existe idéalement, sans même que personne procède à l'opération, en vertu d'un schéma logique préexistant (la relation qu'a posé la règle), dans lequel entre l'acte : de même, sept et trois font dix, même si personne n'effectue le calcul. Dès lors que l'acte est accompli, il se crée autant de situations juridiques qu'il existe de règles différentes qui le prennent en considération dans leur pré-supposé. Et ces situations juridiques sont des entités abstraites, qui n'occupent aucune position dans l'espace. Lorsque l'on parle du lieu où une situation juridique s'est créée, c'est donc en réalité un rattachement abstrait entre la situation et un ordre juridique que l'on mentionne. Et quoiqu'on s'en défende, rattacher de façon privilégiée une situation à un ordre juridique, c'est élaborer une règle de conflit de lois », P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, précité, n° 211.

⁵⁶⁵ *Traité de Droit Romain*, t. VIII, précité, n° 361.

éventuellement atteinte n'est pas concrète mais abstraite et découle d'une universalisation ponctuelle et indirecte des règles de conflit de lois⁵⁶⁶.

365. Raisonner en termes de reconnaissance devient en revanche possible dès qu'il existe un signe extérieur permettant de localiser la situation juridique sans passer par le détour d'un mécanisme de conflit de lois. Les règles générales de l'ordre juridique de la localisation ne se présentent alors plus seulement comme un énoncé abstrait et hypothétique. Leur application ou au moins leur applicabilité a fait l'objet d'une opération de concrétisation permettant d'appréhender directement le contenu de la situation juridique qu'il s'agit de reconnaître. L'application des règles générales n'est plus virtuelle, elle a été concrétisée ou si l'on préfère cristallisée⁵⁶⁷.

366. Plusieurs circonstances peuvent être retenues pour considérer qu'il y a bien eu concrétisation de l'application des règles générales. La plus évidente est lorsque cette concrétisation a donné lieu à une norme individuelle qui indique directement, du fait de sa structure catégorique, le contenu de la situation qu'il s'agit de reconnaître. Cette norme individuelle et par conséquent la situation juridique qui en découle peuvent être localisées puisqu'elles émanent d'un juge ou d'une autorité publique étrangère. Il est alors possible de reconnaître directement cette norme individuelle et indirectement la situation juridique sans pour autant résoudre un conflit de lois.

Les décisions ne sont cependant pas les seuls événements qui permettent de localiser les situations juridiques individuelles. Comme l'indique M. MAYER, l'intervention d'une autorité publique, même si elle a un faible pouvoir décisionnel et n'engendre par conséquent pas de norme individuelle, peut contribuer à concrétiser l'application de règles générales⁵⁶⁸. Il en va ainsi dès que cette autorité contribue à créer ou à rendre opposable aux tiers une situation juridique sans pour autant purger tous les vices qui pourraient l'affecter. Ce type d'intervention n'épuise pas le conflit de lois car elle ne modifie pas l'ordonnement juridique ; elle n'a pas l'effet novateur d'un acte décisionnel. Néanmoins elle concrétise

⁵⁶⁶ Cette harmonie des solutions est d'ailleurs loin d'être certaine. On sait en effet que le mécanisme du renvoi n'est facteur d'harmonie que si les ordres juridiques ne s'en font pas, dans le cadre d'un renvoi-retour, une même conception ou, dans le cadre d'un renvoi-ailleurs, si un Etat tiers finit par accepter la compétence qui lui est offerte. De la même manière, dans le cadre de l'unilatéralisme, l'harmonie abstraite des solutions ne sera réalisée que si les champs de compétence des différentes lois matérielles se correspondent exactement. Dans le cas contraire, plusieurs lois, ou éventuellement aucune d'entre elles, pourront se reconnaître compétentes pour un même rapport social et l'harmonie des solutions ne sera plus assurée.

⁵⁶⁷ Voir P. MAYER, article précité, n° 29.

⁵⁶⁸ P. MAYER, article précité, n° 29.

l'application d'une certaine loi à un certain rapport social. Il devient alors possible de raisonner en termes de reconnaissance car le point de vue concret qu'il s'agit de reconnaître peut être identifié autrement que par un procédé conflictuel. Ce n'est d'ailleurs plus l'acte en lui-même qui est reconnu mais directement la situation qu'il a contribué à créer ou à rendre opposable. « Il en est ainsi de la célébration d'un mariage par un officier de l'état civil, de l'immatriculation d'une société par un fonctionnaire chargé de tenir le registre des sociétés, de l'enregistrement d'un partenariat... »⁵⁶⁹.

Cet « acte de concrétisation », comme le dénomme M. PICONE⁵⁷⁰, n'est pas nécessairement public. Il peut également être de nature privée. Il en va notamment ainsi lorsqu'un arbitre désigné par les parties a pour mission de préciser, par une sentence, le contenu d'une situation juridique. Celui-ci énonce alors explicitement un point de vue concret fondé sur des règles ou des principes généraux. La situation qui en résulte est alors susceptible de reconnaissance⁵⁷¹.

Il est également possible de raisonner en termes de reconnaissance lorsque la concrétisation de l'application des règles générales n'est plus l'œuvre d'un organe privé ou public mais celle du temps. La durée peut effectivement avoir pour effet de cristalliser, de manière progressive, une situation juridique⁵⁷². Le point de vue concret qu'il s'agit de reconnaître ne résulte plus de l'intervention d'un organe privé ou public ayant pour effet de fixer l'identité des règles à la source de la situation. L'emprise de certaines règles générales sur le rapport social considéré et la localisation de la situation juridique sont révélées par la simple observation de l'insertion de la relation au sein d'un ordre juridique pendant une certaine durée. La situation juridique peut alors être appréhendée autrement qu'en résolvant un problème de conflit de lois. Elle devient, de ce fait, susceptible de reconnaissance.

367. Autrement dit, les situations juridiques ne sont que le produit des règles du droit objectif. Pour que l'on puisse raisonner en termes de reconnaissance, il faut que l'application des règles générales à partir desquelles le contenu de la situation est déduit ait été concrétisée. Si tel n'est pas le cas, il ne s'agit plus de reconnaître la situation juridique mais de déterminer quelle est la loi compétente. Cette concrétisation peut être opérée de différentes manières. Elle est parfois effectuée par un juge ou une autorité publique qui élabore une norme individuelle

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ P. PICONE, « Cours général de droit international privé », précité, n° 36.

⁵⁷¹ P. MAYER, article précité, n° 31.

⁵⁷² *Ibid.* n° 30.

indiquant directement le contenu de la situation juridique. Elle résulte parfois d'un acte public non décisionnel, d'une sentence arbitrale ou même de l'écoulement du temps. Toujours est-il que cette opération de concrétisation de l'application des règles générales est indispensable pour que la question de la reconnaissance se pose. On verra par la suite que cette concrétisation n'est possible que si les faits présidant à la constitution de la situation juridique se sont déjà produits. Ceci s'avère problématique au regard de l'objectif de sécurité juridique car les individus ont besoin de prévoir les conséquences de leurs actes avant d'être engagés dans des rapports juridiques. C'est la raison pour laquelle nous estimons que l'universalisation des situations juridiques individuelles ne suffit pas, à elle seule, à satisfaire les intérêts particuliers.

Avant d'aborder ce point, il convient de montrer qu'il est également impossible, pour l'ordre juridique du for, d'utiliser les mécanismes d'exportation des situations juridiques lorsque celles-ci ne sont encore que virtuelles.

b) En matière d'exportation des situations juridiques

368. L'exportation des situations juridiques est le second procédé, après celui de la reconnaissance, par lequel il est possible d'aboutir à une harmonie concrète des solutions. Cette exportation, génératrice d'une universalisation des situations juridiques, peut résulter de deux attitudes radicalement opposées de la part du for.

Tout d'abord le for peut s'assurer que la situation juridique créée en son sein produira ses effets dans un ou plusieurs autres ordres juridiques en empêchant qu'elle soit remise en cause à l'étranger. Il y a, en quelque sorte, un alignement « forcé » de (ou des) l'ordre(s) juridique(s) étranger(s) qui ne peut remettre en cause la situation juridique consacrée dans l'ordre du for. Cet alignement ne peut évidemment pas, en vertu du principe de souveraineté, résulter d'un ordre adressé par le for aux ordres juridiques étrangers. L'alignement est indirectement obtenu en adressant notamment « aux individus – justiciables ou tiers à un litige – des commandements, dont l'objet est d'obtenir de ces individus qu'ils adoptent un comportement d'action ou d'abstention sur le territoire étranger, en leur laissant entrevoir la perspective d'une sanction, pour le cas où il ne le ferait pas »⁵⁷³. Ces procédés indirects qui

⁵⁷³ S. CLAVEL, *Le pouvoir extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privé internationaux*, thèse dactyl., Paris I, 1999, n° 1. Pour plus de détails sur ces mécanismes voir *infra* n° 588 et s.

peuvent revêtir plusieurs formes donnent aux organes du for le moyen de s'assurer que ce qu'ils ont décidé ne sera pas remis en cause à l'étranger. Autrement dit, la situation juridique créée pourra produire ses effets à l'étranger ; elle sera universalisée.

Il va cependant de soi que ces procédés ne peuvent être utilisés que pour exporter une situation juridique trouvant sa source dans une décision de justice. Le pouvoir d'injonction extraterritorial est en effet un instrument entre les mains du juge. Les mesures de contrainte ne peuvent être prononcées que dans un cadre judiciaire. Elles ne sauraient ainsi garantir l'exportation d'une situation juridique constituée *ex lege*, c'est-à-dire une situation dont le contenu serait directement déduit de la loi applicable en vertu du droit international privé du for.

Tout comme en matière de reconnaissance, le procédé conduisant à l'universalisation des situations juridiques individuelles ne peut être mis en œuvre qu'à la suite d'un acte de concrétisation de l'application des règles générales. En l'occurrence, cet acte est très explicite puisqu'il s'agit d'un jugement donnant naissance à une norme individuelle à partir de laquelle le contenu de la situation peut être directement déduit.

369. Ensuite, le for peut s'assurer que la situation qu'il contribuera à constituer produira ses effets à l'étranger en vérifiant qu'elle sera reconnue au sein d'un ou plusieurs ordres juridiques concurrents désignés comme compétents. C'est l'un des pans de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent élaborée par M. PICONE⁵⁷⁴. Il s'agit de subordonner la création d'une situation dans le for à la possibilité de reconnaissance de celle-ci dans le cadre d'un ou plusieurs ordres juridiques déterminés.

De toute évidence, la création d'une situation juridique dans le for ne signifie rien en l'absence d'un acte de concrétisation. On retrouve en effet l'objection émise par M. MAYER selon laquelle une situation juridique est une abstraction qui n'est pas localisable dans l'espace⁵⁷⁵. Il y aurait une certaine incohérence à parler de création d'une situation juridique dans le for si l'un de ses organes n'était pas intervenu pour expliciter son contenu. Le simple fait que l'on déduise la situation juridique des règles du for ne suffit pas à dire qu'elle a été créée en son sein.

On peut d'ailleurs aller plus loin et estimer que l'organe du for – qu'il s'agisse d'un juge ou d'une autorité publique – ne crée réellement une situation juridique que lorsque l'acte

⁵⁷⁴ « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », précité.

⁵⁷⁵ Voir *supra* n° 364.

qu'il émet a un effet décisionnel, un effet normatif⁵⁷⁶. S'il se contente d'accomplir une formalité à des fins d'opposabilité aux tiers ou pour constituer des preuves de son existence, la situation n'est pas, à proprement parler créée par le for. Elle n'est que le résultat d'une opération intellectuelle de déduction, difficilement localisable, à partir de règles générales dans le présupposé desquelles figure l'intervention de l'autorité publique. Encore une fois, l'exportation de la situation juridique suppose une opération de concrétisation de l'application des règles générales, opération qui consiste dans l'élaboration d'un acte public décisionnel donnant naissance à une norme individuelle.

370. En d'autres termes, l'universalisation des situations juridiques individuelles implique la possibilité d'identifier et donc de localiser un point de vue concret à partir duquel la situation juridique peut être directement déduite. Or, ce point de vue concret qui peut être celui du for ou d'un ordre juridique étranger n'est localisable que s'il a été exprimé, d'une manière ou d'une autre, par une opération de concrétisation de l'application des règles générales qui constituent la source normative d'origine de la situation juridique qu'il s'agit de reconnaître ou d'exporter à l'étranger. Concernant l'intérêt des particuliers, cet impératif s'avère problématique car le besoin de prévisibilité est souvent ressenti, par les sujets du droit international, antérieurement à cette cristallisation de la situation juridique. C'est la raison pour laquelle l'universalisation des situations juridiques ne peut, à elle seule, combattre l'imprévisibilité du droit inhérente à l'ordre international.

2°- Un besoin de prévisibilité ressenti antérieurement à l'opération de concrétisation

371. Une situation juridique résulte toujours, directement ou indirectement, de l'application d'une règle générale à un fait social particulier prévu dans son présupposé. Dans de nombreuses hypothèses, le fait social en question est un comportement humain. Les comportements auxquels sont attachés des effets de droit sont certes en partie dictés par des instincts inhérents à la nature de l'homme. Néanmoins, ils sont surtout le fruit de la raison humaine. Les particuliers agissent en effet en considération des conséquences juridiques qui seront attachées à leurs actes. Celles-ci doivent donc pouvoir être perçues avant que le

⁵⁷⁶ P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, précité, n° 431 et s.

comportement n'ait eu lieu. Autrement dit, le besoin de prévisibilité est ressenti avant la constitution de la situation juridique.

372. Pourtant, la situation juridique ne peut être concrétisée que si le fait social déclenchant l'application de certaines règles générales a déjà été réalisé. Il se peut alors que la loi dont l'application a été concrétisée ne soit pas celle à laquelle les individus s'attendaient.

Il en va notamment ainsi lorsque la situation juridique a été concrétisée par une décision d'un juge ou d'une autorité publique. L'organe public, dont la saisine n'a d'ailleurs pas nécessairement été prévue, ne révélera bien souvent que trop tardivement la loi applicable aux individus qui auront agi en ayant une vision erronée de la réalité du droit objectif⁵⁷⁷.

Ainsi, il ne suffit pas de garantir que la situation juridique concrétisée par le jugement ou l'acte public produira ses effets dans plusieurs ordres juridiques. Encore faut-il que le contenu de cette situation juridique corresponde, dans la mesure du possible, aux attentes légitimes des individus impliqués dans des rapports internationaux. L'identité et la teneur du droit applicable doivent pouvoir être connus avant même que le fait social à régir ne se produise⁵⁷⁸.

De ce fait, il n'y a guère que lorsque l'opération de concrétisation de la situation juridique est concomitante à sa création que le besoin de prévisibilité est complètement satisfait par l'universalisation des situations juridiques individuelles. En effet, dans cette hypothèse, l'identité et la teneur des règles à la source de situation juridique individuelle sont révélées au moment où les individus agissent. Il en va par exemple ainsi lorsque l'opération de concrétisation de la situation juridique résulte de son insertion dans un ordre juridique pendant une certaine durée ou d'un acte public purement constitutif. Si par la suite cette situation, du fait de son universalisation, peut se dérouler dans tous les ordres juridiques étatiques concernés, le besoin de prévisibilité est convenablement satisfait.

En revanche, dès que l'acte de concrétisation ne fait que préciser ou modifier le contenu d'une situation juridique préexistante, la menace de voir s'appliquer une loi dont la compétence n'avait pas été prévue demeure. L'universalisation de la situation en question permet seulement d'éviter une nouvelle surprise lorsqu'il s'agira d'en invoquer les effets dans un autre ordre juridique que celui de l'organe public qui a opéré l'acte de concrétisation. Elle

⁵⁷⁷ Voir dans ce sens W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 657, spéc. p. 660 : « Comment quelqu'un peut-il s'acquitter de ses obligations juridiques de comportement qu'il est en principe prêt à assumer, alors qu'il ne sait pas de quel droit ces obligations découlent ? ».

⁵⁷⁸ Pour plus de détails voir *supra* n° 49 et s. et n° 238 et 239.

ne suffit pas à permettre aux individus impliqués dans des relations internationales d'agir en toute connaissance de cause.

373. En définitive, le besoin de connaître l'identité et le contenu du droit applicable précède la création des situations juridiques. Ceci vient du fait que les individus tentent généralement d'adapter leurs comportements aux prescriptions du droit objectif. Or, ce sont justement ces comportements qui président à la création des situations juridiques individuelles. Pour éviter toute surprise dans la réalisation du droit, la teneur du droit applicable doit être révélée avant que les rapports sociaux ne se nouent. Ceci ne peut être complètement réalisé que par l'universalisation des règles générales. Celle des situations juridiques individuelles ne suffit donc pas à satisfaire les intérêts particuliers. Cette forme d'universalisation du droit suppose en effet que la situation juridique ait fait l'objet d'une concrétisation et par conséquent qu'elle soit déjà constituée. On ne peut donc faire l'économie d'une universalisation des règles générales pour améliorer la prévisibilité du droit dans l'ordre international de manière satisfaisante. Cela ne doit cependant pas conduire à négliger le rôle joué par l'universalisation des situations juridiques individuelles dans l'amélioration de la prévisibilité. Ce rôle est au contraire décisif et rend l'universalisation des situations juridiques individuelles indispensable en vue d'une réalisation optimale de l'objectif de sécurité juridique.

B- Le rôle décisif de l'universalisation des situations juridiques individuelles

374. L'universalisation des situations juridiques individuelles, parce qu'elle présuppose une opération de concrétisation de la situation juridique, ne peut suffire, à elle seule, à améliorer convenablement la prévisibilité du droit dans l'ordre international. Cela ne veut pas pour autant dire qu'elle ne présente aucune utilité. Lorsque l'universalisation des règles générales n'a pu être réalisée, elle garantit aux individus une sécurité juridique qui, bien qu'imparfaite, est loin d'être négligeable. Cette forme d'universalisation du droit remplit, de ce fait, une fonction subsidiaire (1°).

Néanmoins, il ne faut pas en déduire que l'universalisation des situations juridiques individuelles soit seulement une alternative à celle des règles générales. En effet, l'objectif de sécurité juridique réalisé par ces deux formes d'universalisation du droit n'est pas exactement

le même. L'universalisation des situations juridiques individuelles permet essentiellement d'éviter la constitution de situations boiteuses et garantit ainsi une certaine continuité des situations juridiques individuelles au-delà des frontières de l'Etat où elles sont nées. Au regard de l'objectif de sécurité juridique, cette forme d'universalisation du droit a donc également une fonction complémentaire (2°).

1°- La fonction subsidiaire de l'universalisation des situations juridiques individuelles

375. Lorsque l'universalisation des règles générales n'a pu être réalisée selon les modalités indiquées dans le chapitre précédent⁵⁷⁹, le risque juridique inhérent aux relations internationales entre personnes privées ne peut être, pour la raison que nous venons d'indiquer, totalement éradiqué. Il peut néanmoins être réduit par l'universalisation des situations juridiques individuelles dont l'utilité fonctionnelle ne saurait, de ce fait, être négligée.

376. Dans un contexte particulariste, cette forme d'universalisation du droit ne permet pas aux particuliers de s'acquitter de leurs obligations légales en toute sécurité car l'identité et la teneur du droit applicable leur sont révélées trop tardivement. Ces éléments ne seront en effet connus qu'à la suite de l'opération de concrétisation et par conséquent après la survenance des faits ayant présidé à la création de la situation juridique individuelle.

Néanmoins, l'universalisation des situations juridiques individuelles garantit une continuité de traitement des rapports juridiques interindividuels dans l'ensemble des ordres juridique étatiques concernés et évite ainsi la constitution de situations boiteuses. Autrement dit, si le risque de voir s'appliquer une loi dont la compétence n'avait pas été prévue ne peut être écarté, celui de voir la situation juridique dans laquelle on est impliqué remise en cause à l'étranger est en revanche éradiqué. Ceci constitue déjà un progrès non négligeable dans la réalisation de l'objectif de prévisibilité que poursuit le processus d'universalisation du droit.

377. Les situations juridiques qu'il s'agit d'universaliser ont, par hypothèse, fait l'objet d'une opération de concrétisation qui se manifeste de différentes manières⁵⁸⁰. Or, cette

⁵⁷⁹ Voir pour un résumé *supra* n° 333 à 336.

⁵⁸⁰ Voir *supra* n° 362 et s.

opération a une incidence psychologique très importante sur les individus impliqués dans ces situations juridiques⁵⁸¹. En effet, une fois l'application des règles générales concrétisée, les individus ne se posent généralement plus la question de la loi applicable. C'est pourquoi l'amélioration de la prévisibilité permise par l'universalisation des situations juridiques ne saurait, en l'absence d'unification des règles générales, être négligée malgré son imperfection.

378. Ceci est évident lorsque la situation a fait l'objet d'une décision. Dès lors que le contenu de la situation a été concrétisé et précisé par une décision, les intéressés s'en remettent logiquement, pour connaître leurs droits et leurs obligations, à la norme individuelle élaborée par l'organe public. Celle-ci devient même la seule base de prévision pour les intéressés qui ne prendront plus, à l'avenir, le soin de consulter les règles de droit international privé des Etats dans lesquels la situation pourrait éventuellement se développer.

Il devient alors primordial, pour éviter de déjouer les attentes légitimes des parties, de laisser à la situation fondée sur cette norme individuelle la possibilité de produire ces effets dans tous les ordres juridiques qu'elle est susceptible d'affecter. S'il en va ainsi, c'est parce qu'« étant connu des intéressés, adressé à eux, le jugement constitue pour eux une base de prévisions légitimes et certaines, ne dépendant pas (à l'opposé des prévisions fondées sur des règles) de la résolution complexe d'un conflit de normes, et que seuls des motifs puissants devraient conduire à négliger »⁵⁸².

En d'autres termes, tant que la situation n'a pas fait l'objet d'une décision, un doute quant à son contenu est toujours permis étant donnée la pluralité des règles potentiellement applicables. Il n'est en revanche plus imaginable dès lors que ce contenu a été précisé par une décision ayant engendré une norme individuelle généralement unique et adressée personnellement et exclusivement aux intéressés. La décision du juge ou de l'autorité publique agit, dans l'esprit des parties, comme un certificateur de la situation juridique⁵⁸³. La remettre en cause entraînerait des conséquences très préjudiciables pour les intéressés qui s'y seraient conformés. L'importance des décisions en tant que bases de prévisions explique que l'universalisation des situations juridiques, même si elle ne permet pas de réaliser pleinement l'objectif de sécurité juridique, constitue, dans un contexte particulariste, un progrès important pour la satisfaction des intérêts particuliers.

⁵⁸¹ Voir P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, précité, n° 215 et s. et « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité, *passim*.

⁵⁸² P. MAYER, article précité, n° 9.

⁵⁸³ P. MAYER, thèse précitée, n° 224.

379. Cette remarque est également vraie lorsque la situation juridique individuelle a été concrétisée autrement que par une décision donnant lieu à une norme individuelle. Dans cette hypothèse qui concerne exclusivement le problème de la reconnaissance des situations juridiques individuelles⁵⁸⁴, l'opération de concrétisation ne se traduit plus par un acte public comportant un effet décisionnel. Elle résulte de l'écoulement du temps, de l'intervention d'un arbitre ou de celle d'un organe public qui se borne à accomplir une formalité qui conditionne généralement l'opposabilité aux tiers de la situation juridique. Cette opération permet de reconnaître directement la situation juridique individuelle constituée selon la loi applicable en vertu du système conflictuel étranger.

Cette reconnaissance permet-elle, dans un contexte particulariste, de satisfaire le besoin de prévisibilité ressenti par les individus engagés dans des relations internationales ? Quelle est l'incidence psychologique de l'opération de concrétisation sur les intéressés ?

Contrairement à l'hypothèse précédente, l'opération de concrétisation n'a pas d'effet novateur. Il en résulte qu'au sein de l'ordre juridique où elle s'est constituée, la situation demeure régie par des règles générales. Pour autant, dans l'esprit des parties, l'identité du droit selon lequel le contenu de la situation est déterminé ne fait guère de doute.

Par exemple, si un partenariat de droit français est enregistré en France, les partenaires estimeront que la loi applicable à leur situation est la loi française et que leur partenariat sera valable en tous lieux s'ils se conforment à ses prescriptions.

De la même manière, deux époux considérés comme mariés depuis plusieurs années dans le pays de leur résidence selon le droit local ne se poseront plus la question de la loi applicable à leur mariage.

Ainsi, si un litige relatif à la situation en question est soumis à un juge n'appartenant pas à l'ordre juridique du lieu de création de cette situation, la remise en cause de celle-ci par l'application mécanique de ses règles de conflit peut s'avérer contraire aux attentes légitimes des intéressés. Tout comme la décision d'un organe public, la cristallisation de la situation est génératrice de prévisions pour les parties⁵⁸⁵. Il convient donc, pour respecter ces attentes légitimes, de ne pas remettre en cause la situation juridique du simple fait de l'absence de concordance entre la loi ayant initialement fixé son contenu et la loi applicable selon la règle de conflit du juge chargé postérieurement de régler un litige. La reconnaissance, qui suppose

⁵⁸⁴ Voir *supra* n° 369 et 370.

⁵⁸⁵ P. MAYER, article précité.

la mise à l'écart ponctuelle du système conflictuel du for, garantit donc aux parties un minimum de prévisibilité nonobstant le contexte particulariste.

380. En définitive, on se rend compte que l'universalisation des situations juridiques, si elle ne permet pas de satisfaire intégralement le besoin de prévisibilité, garantit, lorsque l'unification des règles générales n'a pas été réalisée, une amélioration de la sécurité juridique que l'on ne saurait négliger. Elle présente, du point de vue des intérêts particuliers, une utilité certaine en l'absence d'universalisation des règles générales. Devient-elle pour autant inutile lorsque l'unification des règles générales a été réalisée selon les modalités indiquées ci-dessus ? N'a-t-elle qu'une fonction subsidiaire ?

2°- La fonction complémentaire de l'universalisation des situations juridiques individuelles

381. La question qui se pose est celle de savoir si l'universalisation des situations juridiques individuelles est toujours utile lorsque l'universalisation des règles générales a pu être réalisée au sein du groupe d'Etats concernés par la situation juridique en question. La réponse n'est pas la même selon que la situation juridique individuelle dont il s'agit demeure régie par une règle générale ou que son contenu a été précisé par une décision.

382. Dans la première hypothèse, l'application de certaines règles générales a été concrétisée par l'intervention d'un organe public ou par l'insertion du rapport dans un ordre juridique pendant une certaine durée. Il n'en demeure pas moins que la situation juridique n'a fait l'objet d'aucune décision et qu'elle reste régie par des règles générales. Les parties n'ont, de ce fait, aucune certitude quant à son contenu exact. L'opération de concrétisation a en effet eu pour seule incidence de fixer, dans l'esprit des parties, le droit applicable. Elle n'a en revanche pas permis de déterminer, de manière catégorique, les droits et les obligations des intéressés.

Il en va notamment ainsi lorsqu'une autorité publique intervient seulement pour rendre la situation juridique opposable aux tiers. Cette intervention permet de localiser la situation juridique mais ne suffit pas à en déterminer avec certitude le contenu.

Par exemple, lorsque deux personnes enregistrent un partenariat de droit français, l'intervention du greffe du tribunal d'instance laisse seulement penser aux personnes que le droit applicable à leur union est le droit français⁵⁸⁶. En revanche, l'intervention de l'autorité publique, qui n'agit que pour rendre la relation opposable aux tiers, ne leur garantit pas la pérennité du PACS⁵⁸⁷.

D'ailleurs, un litige peut très bien s'élever en cas de désaccord sur le contenu ou même l'existence de la situation juridique en question. Si le litige est soumis à la juridiction d'un Etat tiers, celui-ci devra résoudre un conflit de lois afin de déterminer le contenu exact de la situation. Le risque est alors que le juge applique une autre loi que celle désignée par le système conflictuel de l'autorité publique qui est intervenue pour cristalliser la situation et sur laquelle les parties avaient légitimement fondé leurs prévisions.

Néanmoins, ce risque est écarté dès l'origine si les systèmes conflictuels concordent. En effet, le juge appliquera la loi sur laquelle les parties avaient fondé leurs prévisions. Peu importe alors le sens de la décision qu'il rendra en application de celle-ci puisque la teneur de la situation juridique n'avait pas préalablement fait l'objet d'une décision concrète et individuelle. Les parties n'avaient donc pu fonder directement leurs prévisions sur l'énoncé concret de la situation juridique. Le seul élément qui a été révélé par l'opération de concrétisation est l'identité du droit à la source de la situation juridique et non le contenu concret de celle-ci.

Ainsi, dans un contexte universalisé, si les prévisions des parties sont déjouées c'est seulement du fait d'une mauvaise interprétation, de leur part, des dispositions du droit applicable. Le fait que le juge saisi n'appartienne pas à l'ordre juridique de l'autorité publique qui est initialement intervenue ne change rien aux données du problème. Elles auraient tout aussi bien pu être surprises par la décision d'un juge de l'ordre juridique d'origine.

On se rend ainsi compte que lorsque la situation juridique a été concrétisée par un acte public non décisionnel, sa reconnaissance dans les ordres juridiques tiers n'est utile pour améliorer la prévisibilité que si l'universalisation des règles générales n'a pas été réalisée préalablement. Dans cette hypothèse particulière l'universalisation des situations juridiques individuelles n'a donc qu'une utilité subsidiaire.

⁵⁸⁶ Voir la discussion autour de cette affirmation *infra* n° 540.

⁵⁸⁷ Ce que garantit l'autorité aux particuliers, c'est essentiellement le droit applicable et non la validité du PACS. En effet, l'acte a essentiellement pour but de rendre le rapport juridique opposable aux tiers et ne le purge que très partiellement de ses vices, dans les limites des vérifications opérées par l'autorité publique.

Les choses ne vont pas différemment lorsque la situation juridique a été cristallisée par son insertion dans un ordre juridique pendant une certaine durée. En effet, comme l'indique M. MAYER, « la première démarche du juge (qui doit statuer sur la situation en question) doit être de déterminer si l'acte (ou la situation) est valable selon la loi désignée par la règle de conflit du for. Le raisonnement en termes de reconnaissance, qui déroge aux solutions normales du droit international privé du for, ne doit être utilisé que s'il est le seul à conduire au résultat souhaité (...) Lorsqu'il se trouve que la loi applicable est la loi du for, le raisonnement du juge est ainsi, de surcroît, beaucoup plus simple que celui qui consiste à rechercher selon le droit international privé du pays de création la loi applicable, puis à l'appliquer »⁵⁸⁸.

Encore une fois, la reconnaissance qui se traduit par la prise en considération par le juge du for de la loi applicable selon le droit international du lieu de cristallisation de la situation juridique, n'est qu'une solution exceptionnelle permettant de ne pas déjouer les prévisions des parties en cas de conflits de systèmes.

Lorsque le contenu de la situation n'a pas été précisé par une décision, l'universalisation des situations juridiques a donc une fonction essentiellement subsidiaire par rapport à celle des règles générales.

383. Dans l'hypothèse où la situation juridique qu'il s'agit de reconnaître ou d'exporter à l'étranger a fait l'objet d'une décision énonçant de manière concrète son contenu, le problème ne se pose pas de la même manière. L'application des règles générales n'est plus virtuelle. L'opération de déduction qui permet de passer des normes abstraites et générales à la situation concrète et individuelle a été effectuée par un organe extérieur⁵⁸⁹. Ce n'est plus seulement l'identité du droit applicable qui a été fixée mais également le contenu exact de la situation juridique. Le juge ou l'autorité publique pose, dans le dispositif de la décision, une norme individuelle qui permet de déduire directement le contenu de la situation juridique. Cette norme devient, en principe, la seule source de prévisions pour les parties qui tiennent généralement pour acquis l'état de droit proclamé par la décision. Le respect des attentes

⁵⁸⁸ « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité, n° 45

⁵⁸⁹ C'est par un souci de clarté que nous baserons exclusivement l'analyse sur les décisions ayant une force normative et non sur les sentences arbitrales qui ont la particularité d'avoir une structure décisionnelle sans pour autant donner naissance à des normes individuelles. Les conclusions auxquelles nous aboutissons valent également pour celles-ci car tout comme les jugements et les actes publics, les sentences arbitrales énoncent de manière concrète le contenu de la situation juridique. Elles ont donc la même incidence psychologique sur les parties. Pour plus de détails voir M. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, précité.

légitimes des parties exige donc que cette norme individuelle fasse l'objet d'une réception dans l'ensemble des ordres juridiques concernés par la situation juridique en question. L'universalisation de cette norme individuelle est donc fondamentale pour les parties qui ont fondé leurs prévisions sur son contenu. La reconnaissance de l'efficacité substantielle du jugement étranger conditionne en effet l'octroi de l'autorité de force jugée et de la force exécutoire. Or, c'est l'octroi de ces attributs qui permet aux parties d'être assurées que leur situation ne sera pas remise en cause ultérieurement et de réclamer le secours de la force publique pour vaincre les éventuelles réticences de la partie adverse dans l'exécution de ses obligations.

Ainsi, lorsque le contenu de la situation juridique a été énoncé dans une norme individuelle, il est nécessaire que celle-ci soit prise en considération dans l'ensemble des ordres juridiques mis en cause par la relation. En effet, une fois élaborée, cette norme individuelle constitue, du fait de sa structure catégorique et de sa nature concrète, la principale base sur laquelle se forment les prévisions des parties. Pour satisfaire convenablement les intérêts particuliers qu'il a en charge, chaque ordre juridique doit faciliter l'universalisation des situations juridiques fondées sur des actes publics décisionnels. Pour cela il doit assurer, lorsque cela est possible, l'exportation à l'étranger des décisions constituées en son sein et reconnaître facilement celles qui émanent d'ordres juridiques concurrents.

D'aucuns prétendent peut-être que l'universalisation des situations juridiques individuelles fait double emploi avec celle des règles générales. Les décisions et les normes individuelles qui en découlent sont en effet toujours élaborées sur le fondement de règles générales. Aussi, si l'universalisation des règles générales a été réalisée, peu importerait que la décision ne fût pas prise en considération par les différents ordres juridiques concernés par la situation juridique puisque chacun d'entre eux, s'il avait à connaître d'un litige relatif à cette situation, appliquerait la même loi. Le contenu de la situation juridique serait donc le même dans le cadre de l'ensemble des Etats affectés par la relation. L'universalisation des règles générales suffirait donc à réaliser l'objectif de prévisibilité poursuivi, de manière générale, par le processus d'universalisation du droit. Ce raisonnement, s'il apparaît logique au premier abord, est assez dangereux.

D'une part, l'application des règles générales à un cas particulier ne se fait pas de manière mécanique. Même si la loi compétente est identique, il se peut que son application n'ait pas été effectuée selon des modalités analogues. La qualification des faits et l'interprétation de la règle de droit sont des opérations qui peuvent diverger selon l'identité de l'autorité publique.

Ainsi, un juge qui serait saisi en second lieu de la situation juridique pourrait élaborer une solution différente de celle consacrée par la décision initiale et sur la base de laquelle les parties avaient légitimement fondé leurs prévisions. Par conséquent, l'universalisation des règles générales ne garantit pas nécessairement l'harmonie concrète des solutions.

D'autre part, le jugement (ou l'acte public) ne peut se réduire à une simple application de la règle générale à un cas particulier. La norme individuelle qui en découle a non seulement pour objet de proclamer un état de droit mais également pour fonction de prévoir certains aménagements concrets⁵⁹⁰.

La proclamation consiste dans l'individualisation de l'effet juridique de la règle de droit. Elle permet par exemple de passer de la règle générale : « Toute personne ayant causé à autrui un dommage... » à la norme individuelle : « X est responsable du dommage causé à Y et doit le réparer ». Bien souvent, la norme individuelle ne se contente cependant pas d'effectuer cette proclamation qui ne pourrait satisfaire les parties. Elle prévoit également des aménagements concrets qui consisteront, dans l'exemple choisi, à « la condamnation au paiement d'une certaine somme au titre de dédommagement »⁵⁹¹. La norme individuelle se présentera alors sous la forme « X doit payer 1000 euros à Y », la proclamation de l'effet juridique de la règle de droit n'étant qu'implicitement contenue dans la décision. Or, les barèmes adoptés pour la détermination de ces aménagements concrets varient souvent d'un Etat à l'autre et même parfois d'un juge à l'autre. L'identité de la loi applicable ne garantit donc pas l'identité des normes individuelles.

C'est pourquoi, lorsque la situation juridique a été concrétisée par une norme individuelle, l'universalisation des situations juridiques individuelles doit venir à l'appui de celle des règles générales pour satisfaire, de la meilleure des manières, la sécurité juridique des individus impliqués dans des relations internationales. En effet, en déterminant de manière concrète et précise le contenu de la situation juridique, la norme individuelle qui résulte de la décision constitue l'unique base de prévisions pour les parties et ne se confond pas avec les règles générales sur lesquelles elle se fonde. De ce fait, elle doit, pour que l'objectif de sécurité juridique soit réalisé, être prise en considération par l'ensemble des ordres juridiques concernés.

⁵⁹⁰ Voir H. PEROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, précité, n° 18 et s. Comme l'indique l'auteur, certains jugements ne nécessitent pas d'aménagements concrets. Ainsi en est-il notamment d'un jugement déclaratif de paternité. Dans cette hypothèse le juge se contente d'énoncer l'état de droit au moyen d'une norme individuelle du type : « X est le fils de Y ».

⁵⁹¹ *Ibid.* n° 22.

384. En définitive, l'universalisation des situations juridiques individuelles ne suffit pas, à elle seule, à satisfaire les intérêts particuliers. En effet, cette forme d'universalisation du droit qui se traduit par la reconnaissance des situations juridiques étrangères ou par l'exportation de situations créées dans l'ordre du for suppose que la situation juridique ait déjà été constituée. Or, le besoin de prévisibilité est ressenti, par les sujets du droit international, préalablement à la constitution de la situation.

Il n'en demeure pas moins que cette forme d'universalisation du droit présente un réel intérêt lorsqu'elle vient compléter l'universalisation des règles générales ou lorsque l'unification des règles de conflits ou du droit matériel n'a pu être réalisée. Du point de vue des seuls intérêts particuliers, elle présente donc une utilité certaine.

Cela ne suffit cependant pas à justifier sa mise en œuvre. En effet, l'universalisation n'offre de réelles perspectives fonctionnelles que si elle permet de satisfaire les intérêts particuliers tout en ménageant l'intérêt général tel que conçu par chaque ordre juridique. Il convient donc à présent d'analyser l'incidence de cette forme d'universalisation du droit sur l'intérêt général.

§2- Universalisation des situations juridiques individuelles et intérêt général

385. L'universalisation des situations juridiques individuelles résulte d'une attitude particulière des ordres juridiques nationaux. Elle se traduit par la réception en leur sein d'un point de vue concret qui leur est extérieur ou par l'exportation à l'étranger d'une situation juridique qu'ils ont consacrée par un acte public décisionnel. Cette forme d'universalisation du droit contribue à l'amélioration de la sécurité juridique souvent précaire du fait du contexte particulariste. Pour autant, la seule satisfaction des intérêts particuliers ne saurait suffire, aux yeux des Etats, à justifier un recours inconditionnel à cette forme d'universalisation du droit. Les ordres juridiques ont en effet pour mission de protéger une conception particulière de l'intérêt général.

L'universalisation des situations juridiques individuelles empêche-t-elle les Etats d'accomplir cette mission ? Permet-elle au contraire aux ordres juridiques nationaux de

promouvoir de manière plus systématique la conception de la justice des relations interindividuelles qu'ils défendent ?

Pour répondre à ces questions, il convient de prendre le point de vue particulier d'un ordre juridique et d'analyser l'incidence de la reconnaissance (A) et de l'exportation (B) des situations juridiques sur sa conception de l'intérêt général.

A- L'incidence de la reconnaissance des situations juridiques étrangères sur la conception de l'intérêt général du for

386. Etudier l'incidence de la reconnaissance des situations juridiques individuelles sur la conception de l'intérêt général du for, revient à mesurer les concessions qu'elle exige de l'ordre juridique qui en est l'auteur et éventuellement les avantages qu'elle peut lui procurer dans sa mission de protection de l'intérêt général. Il va de soi que la reconnaissance ne peut être systématique. Elle est nécessairement soumise à des conditions contenues dans des règles générales. Moins ces conditions seront rigoureuses et plus la reconnaissance – et par conséquent l'universalisation des situations juridiques individuelles – sera facilitée. L'enjeu est donc de déceler les conditions de contrôle qui ont véritablement pour effet de protéger la conception de l'intérêt général défendue par le for.

Quels sont les critères qui permettent à la fois d'assurer la protection de l'intérêt général et de faciliter la reconnaissance lorsqu'elle est sans danger pour l'ordre public ? Quels sont les réels dangers de la reconnaissance pour la conception de la justice sociale retenue par le for ?

Pour répondre à ces questions, il convient de distinguer selon la source de la situation juridique étrangère. L'incidence de la reconnaissance sur la conception de l'intérêt général du for n'est pas exactement la même lorsque la situation continue à être régie par des règles générales et lorsqu'elle a fait l'objet d'une décision pourvue, dans l'ordre juridique duquel elle émane, d'une valeur normative.

387. Lorsque la situation n'a pas été concrétisée par une décision pourvue, dans l'ordre juridique où elle a été créée, d'une valeur normative, son contenu continue à être déduit de règles générales. La reconnaissance consiste, pour le juge du for, à écarter ponctuellement l'application de son système conflictuel pour, ensuite, reconnaître la validité de la situation dès lors qu'elle répond aux conditions posées par la loi compétente selon les règles de conflit

du lieu de sa localisation⁵⁹². Cette mise à l'écart ponctuelle et occasionnelle des règles de conflit du for est-elle préjudiciable à la conception de l'intérêt général que le for a pour mission de protéger ?

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le démontrer, les jugements de valeur portés, par les Etats, sur les différents rattachements ne dépendent, ou devraient logiquement ne dépendre, que très peu de la conception qu'ils retiennent de l'intérêt général⁵⁹³. Pour peu que l'ordre du for admette la relativité du rattachement qu'il préconise, la mise à l'écart ponctuelle et circonstancielle de sa règle de conflit de lois ne devrait pas heurter sa conception de la justice des relations entre personnes privées⁵⁹⁴.

Par conséquent, étant donnée l'amélioration de la sécurité juridique qu'elle garantit en l'absence d'universalisation des règles générales et le peu d'importance des concessions qu'elle exige, cette mise à l'écart des règles de conflits du for ne devrait pas être un obstacle à la reconnaissance des situations juridiques cristallisées à l'étranger.

Cela ne veut pas pour autant dire qu'il soit toujours opportun, pour le for, de reconnaître ces situations et de contribuer, par-là même, à leur universalisation. En effet, la reconnaissance suppose que la situation en question soit valablement constituée selon la loi qui prétend la régir à l'étranger. La reconnaissance n'a en effet de sens que si la situation juridique existe valablement. Or cette validité n'est, au moment où la question de la reconnaissance se pose, pas encore établie, puisque l'application de la loi n'est que virtuelle. Le juge doit donc vérifier qu'au regard de la réunion de certains faits, la situation est valablement constituée en vertu de la loi applicable selon le système conflictuel étranger⁵⁹⁵.

⁵⁹² Voir *supra* n° 379.

⁵⁹³ Voir *supra* n° 269 et 270.

⁵⁹⁴ Voir dans le même sens P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité, n° 44 : « (...) la méthode de la reconnaissance des situations repose sur une double considération : positivement, (...) sur le respect des prévisions des parties, fondées sur le point de vue concret de l'ordre juridique dans lequel la situation s'est cristallisée, et négativement sur le caractère relatif de la désignation par les règles de conflit du for de la loi applicable : certes, c'est au droit international privé du for qu'il appartient de dire quelles est la loi à laquelle il revient de régir la situation, mais le critère de rattachement qu'il retient n'est que l'une des solutions possibles, assurément la meilleure à ses yeux, mais susceptible de céder la place à une autre lorsque son application conduirait à méconnaître des prévisions légitimes ».

⁵⁹⁵ Comme l'indique M. MAYER, article précité, n° 40 et s., pour certaines situations susceptibles de reconnaissance, l'identité de la loi applicable selon la règle de conflit étrangère ne se pose pas réellement car elles sont nécessairement régies, aux yeux de l'ordre juridique étranger, par la loi de l'autorité publique qui est intervenue. Cette nécessaire soumission à la *lex auctoris* existe notamment lorsque la situation qu'il s'agit de reconnaître a été constituée en vertu de règles qui dessinent une institution propre à l'ordre juridique étranger. Ainsi, le greffe du tribunal de grande instance enregistre un « partenariat de droit français » et non un partenariat entendu comme une institution universelle. De même, comme le note l'auteur, « lorsqu'une société a été enregistrée dans un pays, ce qui est souvent nécessaire à l'acquisition de la personnalité morale, son fonctionnement est nécessairement soumis à la loi de l'organe qui a procédé à cet enregistrement (...). La *lex societatis* n'est autre que la *lex auctoris*. Il n'y a donc pas lieu de se demander : « quelle est la loi applicable à

De plus, la situation juridique ne saurait être reconnue si elle contrevient manifestement à l'ordre public international du for. En effet, le besoin de prévisibilité des parties ne saurait prévaloir sur les conceptions les plus fondamentales du for. On remarquera cependant que le jeu de l'exception d'ordre public peut être atténué du fait de l'éloignement de la situation par rapport à l'ordre juridique du for. Cela est en effet possible dès lors que l'on raisonne en termes de reconnaissance et quand bien même on ne se situe pas dans le cadre de la compétence indirecte. Il reviendra ainsi au juge de peser les intérêts en présence, c'est-à-dire ceux des particuliers et l'intérêt général, afin d'admettre ou non la reconnaissance⁵⁹⁶.

388. En définitive, aucun obstacle d'ordre général ne s'oppose au principe même de la reconnaissance, dans l'ordre du for, des situations juridiques étrangères concrétisées autrement que par des actes publics décisionnels. L'ordre juridique du for, qui a en charge la satisfaction des intérêts particuliers, devrait donc faire en sorte de les recevoir dès qu'elles ne contredisent pas ses conceptions les plus fondamentales.

389. Lorsque la situation juridique a été consacrée dans une norme individuelle émanant d'une décision d'une autorité publique étrangère, la question ne se pose pas exactement dans les mêmes termes. Il ne s'agit plus pour le for d'écarter exceptionnellement l'application de ses règles de conflits mais de savoir s'il est possible de prendre en considération la norme étrangère afin de reconnaître indirectement la situation juridique qu'elle consacre. Si la question de la reconnaissance se pose c'est parce que cette norme, du fait qu'elle émane d'un ordre juridique étranger, ne saurait avoir immédiatement effet dans l'ordre juridique requis. Une intervention du for est donc nécessaire. En effet, « un jugement ne peut avoir d'effet que dans l'ordre juridique où il a été élaboré. De lui-même, il ne peut produire ses effets dans un autre ordre juridique sans une intervention de ce dernier. Pour qu'un jugement étranger produise des effets dans un ordre juridique qui n'est pas le sien, il faut que cet ordre juridique reconnaisse que ce jugement produit ses effets. La reconnaissance consiste déjà en une intervention de l'ordre juridique »⁵⁹⁷.

Cette reconnaissance peut se faire à titre principal ou à titre incident.

cette société enregistrée à l'étranger ? », mais : « à quelles conditions cette société enregistrée à l'étranger et soumise à la *lex auctoris* sera-t-elle reconnue ? » ».

⁵⁹⁶ Voir S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », précité, n° 27 et s.

⁵⁹⁷ H. PEROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, précité, n° 108.

Dans le premier cas, le for élabore un jugement dont le contenu est calqué sur celui de la décision étrangère. C'est le jugement d'exequatur⁵⁹⁸. Il a généralement lieu lorsque l'une des parties requiert de l'Etat du for qu'il prête main forte à l'exécution de la situation juridique consacrée par la décision étrangère.

Dans le second, « le juge requis se borne à extraire du jugement étranger la proposition rationnelle qu'il énonce, non pour en faire le contenu de son propre jugement mais pour en tirer d'autres conséquences »⁵⁹⁹.

Dans un cas comme dans l'autre, la reconnaissance indirecte de la situation est subordonnée au respect de certaines conditions. L'ampleur de l'universalisation des situations juridiques individuelles dépend de la rigueur de ces conditions. Eu égard à la satisfaction des intérêts particuliers que la reconnaissance permet, la réticence des Etats à réceptionner dans leur ordonnancement juridique les actes publics étrangers ne se justifie que si elle est motivée par des considérations prégnantes d'intérêt général. Par conséquent, à nos yeux, seules sont pertinentes les conditions qui ont réellement pour but de sauvegarder la conception de l'intérêt général retenue par le for. On se rendra compte qu'en ce qui concerne l'ordre juridique français, les conditions de régularité des jugements étrangers ne sont pas toujours, de ce point de vue, justifiées⁶⁰⁰.

L'analyse du droit positif en la matière ne participe cependant pas de l'étude des enjeux du processus d'universalisation du droit. Il ne s'agit en effet plus de savoir ce que les ordres juridiques ont à perdre ou à gagner dans la mise en œuvre d'une telle directive de réglementation des relations internationales entre personnes privées mais de mesurer le degré réel d'universalisation du droit. C'est pourquoi l'étude et la critique du régime de la compétence indirecte figureront dans notre deuxième partie consacrée à la mise en œuvre effective du processus d'universalisation du droit et à ses méthodes.

Ce qu'il faut retenir pour l'heure c'est que la conception de l'intérêt général du for ne se trouve pas nécessairement affectée par la reconnaissance des actes publics étrangers. Il en ira exceptionnellement ainsi lorsque la décision qu'il s'agit de reconnaître sera contraire aux conceptions du for considérées comme les plus fondamentales ou lorsque la décision aura été obtenue par les parties de manière frauduleuse, c'est-à-dire en profitant de la diversité des systèmes juridiques pour remettre en cause l'autorité des lois qui manifestaient un intérêt particulier à s'appliquer.

⁵⁹⁸ P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance P en droit international privé », précité, n° 8.

⁵⁹⁹ *Ibid.*

⁶⁰⁰ Voir *infra* n° 523 et n° 526.

Mais, de manière générale, les situations juridiques consacrées par des décisions étrangères sont spécialement dignes de respect car elles sont source de prévisions pour les parties. Leur rejet ne doit être qu'exceptionnel et motivé par des considérations d'intérêt général.

Avant de conclure sur ce point, il convient d'observer que l'ordre juridique du for peut également avoir intérêt à reconnaître facilement les actes publics décisionnels étrangers et à participer ainsi à l'universalisation des situations juridiques individuelles. En effet, comme l'indique M. MAYER, « en présence d'une décision étrangère nous avons le choix entre l'acceptation et le rejet. La première attitude ménage la susceptibilité de l'Etat d'origine et évite des mesures de rétorsion, sans aller à l'encontre d'une volonté exprimée par un autre Etat. La seconde entraîne les effets inverses dans nos rapports avec l'Etat d'origine, sans pour autant avoir le mérite de nous attirer la reconnaissance d'un Etat tiers. L'acceptation est donc l'attitude qui, *a priori*, s'impose »⁶⁰¹. Il est vrai qu'en présence d'une norme individuelle de structure catégorique la volonté de son auteur à la voir s'appliquer au cas particulier dont il est question ne fait pas de doute. Cette volonté est clairement exprimée. Il n'est plus question d'avancer l'argument de la relativité des rattachements⁶⁰². Les ordres juridiques nationaux accordent en effet plus d'importance au respect de leurs décisions individuelles qu'à celui des solutions abstraites dictées par leurs règles générales. Ainsi, il peut aller de l'intérêt de l'ordre du for, dans un souci de réciprocité, de respecter les situations juridiques consacrées par des décisions étrangères.

La preuve en est que cette réciprocité est parfois organisée par les Etats dans des conventions internationales relatives à l'exécution et la reconnaissance des décisions étrangères. Ces conventions ont généralement pour but d'atténuer le contrôle de la régularité des décisions étrangères dans un groupe d'Etats au sein duquel règne un climat de confiance mutuelle. D'ailleurs, « l'actualité du droit communautaire ne fait que confirmer cette idée que plus les liens sont étroits entre les Etats, plus les conditions de réception des jugements sont souples »⁶⁰³ et favorisent, par conséquent, l'universalisation des situations juridiques individuelles.

⁶⁰¹ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, précité, n° 224.

⁶⁰² *Ibid.* : « Une règle pose une relation entre certains événements envisagés dans l'abstrait et une obligation (ou, plus généralement, un état de droit). Mais elle n'exprime aucune volonté quant à son application dans tel ou tel cas concret. Elle a une vocation, mais non une prétention à l'application universelle, même à l'égard des juridictions nationales. Ce n'est donc pas nécessairement s'opposer à la volonté de son auteur que de ne pas l'appliquer. En revanche, la décision veut régir un ou plusieurs cas individuels. C'est nécessairement aller à l'encontre de cette volonté que de refuser de lui donner effet ».

⁶⁰³ H. PEROZ, thèse précitée, n° 123.

390. Ainsi, la reconnaissance, directe ou indirecte, des situations juridiques n'affecte-t-elle pas dans son principe la conception de l'intérêt général défendue par l'Etat du for. D'une certaine manière, il est même possible de penser que cette attitude, dès lors qu'elle est réciproque, peut permettre à l'ordre juridique du for d'être assuré de l'effet de ses décisions dans les ordres juridiques concurrents. Il n'en demeure pas moins que le for ne peut donner effet à toutes les situations juridiques étrangères. La reconnaissance de certaines d'entre elles contreviendrait à sa conception de l'intérêt général et le fait qu'elles satisfassent des intérêts particuliers ne peut pas toujours compenser les concessions exigées. L'universalisation des situations juridiques individuelles n'est alors plus possible car elle perd sa raison d'être. Mais cela ne remet pas en cause l'utilité fonctionnelle générale de la reconnaissance des situations juridiques étrangères. C'est pourquoi, elle ne doit être limitée que lorsque l'intérêt général est réellement mis en danger par la reconnaissance.

B- L'incidence de l'exportation des situations juridiques sur la conception de l'intérêt général du for

391. De toute évidence, la conception de l'intérêt général du for n'est pas affectée quand le juge adresse aux individus des injonctions afin que la solution concrète qu'il préconise puisse produire ses effets au sein d'ordres juridiques étrangers. Bien au contraire, s'il agit ainsi, c'est justement pour promouvoir sa conception de la justice dans les rapports privés et renforcer l'autorité de sa décision au-delà de ses frontières.

Par exemple, lorsque la Cour de cassation interdit, sous astreinte, à un créancier de la faillite française d'engager une procédure de saisie à l'étranger qui pourrait remettre en cause la situation juridique constituée en France⁶⁰⁴, c'est bien pour promouvoir sa conception de l'intérêt général. En effet, en contournant le principe de territorialité de la contrainte par le biais d'injonction *in personam*, le juge s'assure indirectement le respect, à l'étranger, du principe d'universalité de la faillite. Or, ce principe qui permet une discipline collective et éventuellement le redressement de l'entreprise est indéniablement dicté par la conception de l'intérêt général du for.

⁶⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère} 19 nov. 2002, *Epoux Brachot*, JCP 2002, II, 10201, conclusions de l'avocat général G. SAINTE-ROSE, note S. CHAILLE DE NERE, D. 2003, jurisp. p. 797, note G. KHAIRALLAH ; *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2003, p. 29, obs. M.-L. NIBOYET ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 631, note H. MUIR WATT ; *JCP E* 2003, 1675, note M. MENJUCQ sur lequel voir *infra* n° 593.

Ainsi, loin d'affecter la conception de l'intérêt général défendue par le for, l'exportation des situations juridiques créées dans l'ordre du for participe au contraire à sa protection. On verra cependant que l'utilisation de ces procédés unilatéraux ne saurait être généralisée et que leur efficacité n'est pas toujours garantie⁶⁰⁵.

392. L'ordre juridique du for participe également à l'universalisation des situations juridiques individuelles lorsqu'il conditionne la création d'une situation dans le for à la possibilité de reconnaissance de celle-ci dans le cadre d'un ou plusieurs ordres juridiques déterminés. En adoptant une telle attitude, le juge s'assure, de manière préventive, que la situation qui résultera de sa décision ne sera pas remise en cause dans un ou plusieurs ordres juridiques spécialement concernés par le rapport social en question. Cette méthode de coordination qui contribue à l'universalisation des situations juridiques individuelles se caractérise ainsi « par le fait que l'ordre juridique du for, en suivant le point de vue d'un ordre juridique étranger donné, tend à ce que la situation juridique qui doit se créer dans le for soit valable, du point de vue du droit international privé (étranger), et donc puisse être reconnue dans le cadre de l'ordre juridique étranger en question »⁶⁰⁶. Le but est d'éviter de constituer dans l'ordre du for des situations qui seraient nécessairement vouées à être contredites à l'étranger. Comme l'indique M. PICONE⁶⁰⁷, ce résultat peut être atteint par trois types de dispositions.

Tout d'abord, le point de vue de l'ordre juridique étranger peut conditionner la compétence des tribunaux du for. Ceux-ci ne s'estimeront alors compétents que si la situation qu'il s'agit de créer en application de la loi désignée par le système conflictuel du for est susceptible de reconnaissance dans un ordre juridique étranger avec lequel elle présente de fortes attaches. L'auteur cite à titre d'exemple l'article 56 de la loi fédérale suisse du 24 décembre 1874 qui prévoyait qu'une demande de dissolution d'un mariage entre deux étrangers ne pouvait être admise par les tribunaux suisses s'il n'était pas établi que le jugement suisse serait reconnu dans l'Etat dont les époux avaient la nationalité⁶⁰⁸.

Ensuite, l'exigence de reconnaissance à l'étranger peut conditionner la validité de la situation constituée dans le for selon la loi qu'il considère comme applicable. Ainsi, par

⁶⁰⁵ Voir *infra* n° 598 et s.

⁶⁰⁶ P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre compétent », précité, n° 12, p. 275.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 275

exemple, la loi suédoise prévoyait qu' « un étranger ne peut adopter ou être adopté en Suède que si l'adoption est valable dans l'Etat dont il est ressortissant »⁶⁰⁹.

Enfin, il est possible de subordonner l'efficacité, dans l'ordre du for, de la situation créée à sa reconnaissance par un ou plusieurs ordres juridiques étrangers. L'exigence de reconnaissance dans l'ordre juridique étranger peut agir comme une condition suspensive ou résolutoire. Dans la première hypothèse, la situation juridique sera inefficace dans l'ordre du for jusqu'à sa reconnaissance effective dans l'ordre juridique (ou éventuellement les ordres juridiques) étranger désigné comme compétent. Dans la seconde, elle sera inefficace dès lors que sa non-reconnaissance à l'étranger se sera manifestée.

Quelle que soit la variante envisagée, on se rend compte que l'exportation des situations juridiques créées dans l'ordre du for suppose que celui-ci transige par rapport à l'application normale de certaines de ses règles générales. Les concessions exigées sont-elles compatibles avec la conception qu'il retient de l'intérêt général ?

Tout d'abord, il convient de remarquer que la méthode préconisée par M. PICONE ne saurait être la méthode de principe de la réglementation des relations internationales entre personnes privées⁶¹⁰. Il est en effet impossible de raisonner exclusivement par rapport aux points de vue des ordres juridiques étrangers car « si tout Etat avait pour unique règle de conduite de faire comme les autres, on aboutirait, chacun attendant la décision d'autrui, à ne rien faire du tout »⁶¹¹. Par conséquent, le domaine d'application de la méthode de référence à l'ordre juridique est nécessairement limité « à une catégorie restreinte de situations présentant peu d'attaches avec le for ». En effet, la prise en considération du point de vue étranger ne peut raisonnablement être envisagée que lorsque la situation juridique qu'il s'agit de créer est en étroite liaison avec l'Etat étranger et très peu liée à celui du for. Cet éloignement de la situation avec l'Etat du for laisse penser que la mise à l'écart de certaines de ses règles

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 276;

⁶¹⁰ *Ibid.* n° 24 : « On remarque en effet que ces règles, en prenant comme critère d'appréciation de la validité des situations juridiques en droit international privé le point de vue d'un ordre juridique étranger, ne peuvent en aucun cas édifier un système complet de règles de conflit, c'est-à-dire un système qui se base exclusivement sur la mise en œuvre de règles de leur type. Cette impossibilité est essentiellement due à deux raisons. En premier lieu, d'un point de vue substantiel, cela n'a aucun sens qu'un ordre juridique procède à l'appréciation de la validité en droit international privé de toutes les catégories de rapports juridiques « interindividuels » en suivant, dans chaque cas, le point de vue d'un ordre juridique étranger quelconque, afin de garantir, comme nous l'avons dit, que les situations juridiques en question soient valables et efficaces dans l'ordre juridique pris comme référence. En deuxième lieu, si tous les ordres juridiques possédaient des systèmes de conflit basés sur le seul fonctionnement de règles de référence à l'ordre compétent, ces systèmes se trouveraient dans l'impossibilité absolue de fonctionner ».

⁶¹¹ J. MAURY, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1936, III, t. 52, p. 325, spéc. p. 424.

générales n'affectera pas de manière trop importante sa conception de l'intérêt général et ne remettra en cause l'autorité des solutions qu'il préconise que de manière très relative.

Ensuite, la méthode préconisée par M. PICONE, si elle évite la constitution de situations boiteuses et contribue de ce fait à l'universalisation des situations juridiques individuelles dans certaines hypothèses, n'impose pas systématiquement au for de se conformer au point de vue d'un ou plusieurs ordres juridiques étrangers. Lorsqu'il existe un risque de créer une situation qui ne pourra produire ses effets à l'étranger, elle indique simplement à l'ordre du for de ne pas créer la situation en question ou d'en suspendre l'efficacité. Elle n'exige ainsi du for qu'une abstention et non la création d'une situation selon les règles générales étrangères. En d'autres termes, si la situation est susceptible de reconnaissance à l'étranger elle est créée et produit ses effets conformément à la loi applicable selon les règles de conflit du for. Si, au contraire elle n'est pas susceptible de reconnaissance, le for refusera seulement de se reconnaître compétent, de déclarer la situation valable ou de la rendre efficace en son sein. Il n'est jamais requis du juge du for qu'il adopte la solution préconisée à l'étranger.

On en conclut donc que la conception de l'intérêt général déductible de la législation du for n'est affectée que de manière très relative par cette forme d'exportation des situations juridiques individuelles.

*

* *

393. Toute situation juridique résulte d'un raisonnement consistant à déduire d'une norme du droit objectif des conséquences juridiques attachées à la réunion de certains faits.

Tant qu'aucune décision n'est intervenue, cette norme est une règle générale, hypothétique et abstraite. Pour connaître leur situation exacte au regard du droit objectif, les parties devront, au terme d'un raisonnement syllogistique, vérifier que les faits sociaux considérés correspondent à la catégorie conceptuelle visée par le présumé de la règle et en déduire, pour le rapport particulier qui les lie, les conséquences prévues par l'effet juridique de celle-ci.

Dès lors qu'une autorité publique, le plus souvent un juge, aura été saisie pour créer une situation juridique ou pour en préciser le contenu exact, celle-ci effectuera naturellement cette opération de déduction en élaborant sa décision. C'est alors sur la base de la norme

individuelle, concrète et catégorique, résultant de cette décision que les parties devront directement déduire l'état de droit.

394. Dans l'ordre international, il s'avère cependant difficile, pour les individus, de prévoir avec certitude le contenu exact des situations juridiques dans lesquelles ils sont impliqués. En effet, la norme sur le fondement de laquelle celui-ci est déduit est susceptible de varier en fonction de l'ordre juridique national de référence. Ainsi, les conséquences juridiques attachées à un même rapport social peuvent-elles varier selon que l'on se place du point de vue de l'un ou de l'autre ordre juridique concerné par la relation individuelle. Ceci est la conséquence logique de l'état d'inachèvement de l'universalisation des règles générales ou/et du fait que les décisions rendues par un organe public ne valent *a priori* qu'au sein de l'ordre juridique auquel il appartient.

395. Faute de pouvoir unifier complètement les règles de conflits ou les règles matérielles, une solution pour améliorer la prévisibilité du droit et satisfaire les intérêts particuliers peut alors consister à tenter d'universaliser la situation juridique individuelle ; c'est-à-dire à faire en sorte que le plus grand nombre possible d'ordres juridiques concernés prévoit, pour un rapport social donné, les mêmes conséquences juridiques.

Cette forme particulière d'universalisation du droit peut être favorisée par deux attitudes distinctes du for.

Celui-ci peut tout d'abord accepter que des situations juridiques constituées sur la base de données normatives étrangères déploient des effets en son sein. Cette reconnaissance des situations individuelles étrangères peut être directe ou indirecte. Elle est directe lorsque le for accepte de donner effet à une situation constituée *ex lege*, c'est-à-dire simplement déduite de la règle matérielle compétente en vertu du droit international privé étranger. La reconnaissance est en revanche indirecte lorsqu'elle n'a pas pour objet la situation juridique elle-même, mais la norme individuelle étrangère sur la base de laquelle son contenu peut immédiatement être déduit.

Le for peut ensuite veiller à ce que les situations juridiques créées en son sein puissent produire leurs effets à l'étranger. Il ne s'agit alors plus de reconnaître des situations juridiques étrangères mais au contraire de s'assurer de l'exportation de celles qui ont été constituées dans le for.

396. De telles attitudes ne peuvent cependant pas suffire, à elles seules, à empêcher toutes les hypothèses d'imprévisibilité spécifiques à l'ordre international. En effet, l'universalisation des situations juridiques individuelles suppose que celles-ci aient fait l'objet d'une concrétisation et qu'elles soient ainsi déjà constituées. Or, le besoin de prévisibilité et plus précisément celui de connaître l'identité du droit applicable sont bien souvent ressentis par les particuliers avant même que les rapports juridiques ne se nouent. Ainsi, l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique ne peut être complètement réalisé que par l'universalisation des règles générales.

397. Il n'en demeure pas moins que dès lors qu'elle ne compromet pas la conception de l'intérêt général du for et qu'elle donne lieu à une solution globalement plus satisfaisante, l'universalisation des situations juridiques individuelles peut s'avérer utile à la réalisation des objectifs poursuivis, de manière générale, par le processus d'universalisation du droit. Elle présente en effet un réel intérêt lorsqu'elle vient en renfort de l'universalisation des règles générales.

*

* *

398. D'une manière générale, cette analyse des aspects fonctionnels de l'universalisation du droit a permis de montrer que celle-ci n'offrirait pas toujours les mêmes perspectives pour sortir des impasses générées par le particularisme. Sa propension à améliorer la prévisibilité du droit, son aptitude à rétablir l'autorité ou l'efficacité des lois dans l'ordre international et l'importance des concessions qu'elle exige du for par rapport à sa conception de la justice des relations interindividuelles – principales données déterminant son niveau de fonctionnalité – diffèrent en effet en fonction du degré normatif (règle de conflit ou droit matériel) sur lequel elle opère et selon le stade du processus juridique (règles générales ou situations juridiques individuelles) où elle intervient.

Il est ainsi apparu que c'était l'universalisation des règles de conflit de lois⁶¹² qui présentait, au regard de ces différentes données, le meilleur bilan. Non seulement elle permet, à elle seule, une amélioration de la sécurité juridique des particuliers et un rétablissement de

⁶¹² Le terme est ici entendu au sens large, c'est-à-dire comme comprenant la règle matérielle permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur relation.

l'autorité des lois non négligeables, mais en plus elle n'exige du for que peu de sacrifices par rapport à sa conception de l'intérêt général. C'est pourquoi, dans une perspective purement fonctionnelle, on peut considérer que les règles de conflit de lois constituent le support principal ou privilégié du processus d'universalisation du droit.

L'universalisation des situations juridiques individuelles ou celle des autres règles générales (droit matériel et règles de compétence directe) offre, quant à elle, des perspectives fonctionnelles moins importantes. Les raisons de cette utilité moindre varient selon les différents cas de figure. Si l'universalisation des règles de compétence directe et celle des situations juridiques individuelles ne sont pas dotées d'une pleine efficacité pour transcender les impasses générées par le particularisme, c'est essentiellement parce qu'elles ne suffisent pas, à elles seules, à améliorer convenablement la sécurité juridique des individus engagés dans des relations internationales ou/et à rétablir de manière satisfaisante l'autorité et l'efficacité des lois dans l'ordre international. Ces reproches ne peuvent évidemment pas être adressés à l'universalisation du droit matériel qui, au regard de ces objectifs, est dotée d'une efficacité maximale. Néanmoins, eu égard à l'importance des concessions qu'elle suppose de la part du for, s'il l'on veut qu'elle soit globalement bénéfique son domaine ne peut être qu'assez réduit tant d'un point de vue géographique que matériel. Elle ne peut ainsi pas répondre à l'ensemble des problèmes suscités par le particularisme. Il y a là autant de raisons pour considérer que ces différentes valeurs juridiques ne constituent que le domaine accessoire ou complémentaire du processus d'universalisation du droit.

Conclusion de la Première Partie :

399. Cette réflexion consacrée aux enjeux de d'universalisation du droit – c'est-à-dire à l'analyse de ce que les Etats ont à perdre ou à gagner dans cette entreprise – nous a permis de vérifier l'exactitude de notre intuition de départ selon laquelle ce processus pouvait, dans une certaine mesure, répondre aux problèmes spécifiques de la réglementation des relations internationales entre personnes privées.

400. Il est tout d'abord apparu que le particularisme menait nécessairement à une impasse. Initialement, celui-ci trouve sa cause dans la volonté de chaque ordre juridique national de promouvoir l'idée qu'il se fait de la justice des relations entre personnes privées. Pourtant, loin de permettre la réalisation d'un tel objectif, le particularisme empêche au contraire chaque ordre juridique de protéger convenablement sa conception de l'intérêt général.

En effet, les particuliers utilisent fréquemment la diversité des droits matériels et des règles de conflit à des fins purement égoïstes, faisant perdre aux lois, au moyen desquelles chaque ordre juridique tente de protéger sa conception de la justice sociale, leur autorité et leur efficacité. Ainsi, la volonté des Etats d'imposer, pour un rapport international donné, leur conception de l'intérêt général se trouve bien souvent contrecarrée par ces manœuvres peu scrupuleuses rendues possibles par le particularisme et la concurrence naturelle des ordres juridiques nationaux.

Il ne faudrait cependant pas en déduire que s'il empêche la satisfaction de l'intérêt général, le particularisme est en revanche entièrement profitable aux individus engagés dans des relations internationales. En raison de l'imprévisibilité du droit qu'elle engendre, la diversité des systèmes juridiques interdit également une entière satisfaction des intérêts particuliers. Du particularisme découle en effet, au détriment des particuliers, un risque juridique spécifique aux relations internationales et incompatible avec l'objectif de sécurité juridique.

Ces impasses auxquelles conduit le particularisme sont d'autant plus réelles et inextricables que les mécanismes, mis en œuvre unilatéralement par les ordres juridiques afin d'en sortir, s'avèrent, d'une manière générale, d'une efficacité très limitée. Ceci est d'ailleurs vrai qu'ils visent à rétablir l'autorité et l'efficacité des lois dans l'ordre international ou à améliorer la sécurité juridique des particuliers engagés dans des relations internationales.

401. Il a ensuite fallu vérifier que l'universalisation du droit pouvait offrir des perspectives afin de sortir de ces impasses générées par le particularisme. Celles-ci n'ont pu être envisagées qu'à la suite d'une redéfinition des finalités et donc du sens même de la notion faisant l'objet de cette étude.

Dès lors que l'on considère, comme c'est généralement le cas dans la doctrine classique, l'universalisation comme un idéal devant être atteint du fait de la supériorité de certaines valeurs, il est difficile de lui attribuer une quelconque utilité. La diversité, souvent assez prononcée, des différentes législations internes montre en effet à elle seule qu'il n'existe aucun consensus entre les Etats quant à l'existence d'un ensemble de solutions devant universellement s'imposer du fait de leur supériorité intrinsèque. De ce fait, ainsi conçue comme un devoir être absolu, l'universalisation requerrait nécessairement des ordres juridiques nationaux qu'ils abandonnent une grande partie des considérations de justice sociale ayant présidées à l'élaboration de leurs solutions. Quand bien même elle permettrait une amélioration de la prévisibilité et par conséquent une meilleure satisfaction des intérêts particuliers, une telle universalisation du droit ne serait pas perçue par les Etats comme globalement utile pour sortir des impasses générées par le particularisme. Elle impliquerait de leur part de trop grands sacrifices par rapport à leurs conceptions de la justice des relations privées et ne les aideraient par conséquent pas, bien au contraire, à réaliser dans l'ordre international, les objectifs qu'ils estiment d'intérêt général.

Si, en revanche, on entend l'universalisation du droit comme un processus plus ou moins abouti et ne valant que pour ses aspects fonctionnels, il devient alors possible de considérer qu'elle offre de réelles perspectives pour sortir des impasses générées par le particularisme. Dès lors qu'on adopte une telle approche, l'universalisation n'implique plus, de la part des ordres nationaux, un abandon inconsidéré de leurs conceptions fondamentales de la justice. Elle peut en effet être plus ou moins étendue et n'être réalisée que lorsque les avantages qu'elle procure en termes d'amélioration de la prévisibilité du droit et de renforcement de l'autorité des lois dans l'ordre international compensent, aux yeux des Etats, les concessions qu'elle suppose. Il est alors apparu que toutes les formes d'universalisation du droit n'offraient pas, au regard de la mise en balance de ces deux paramètres, les mêmes perspectives.

L'universalisation des règles de conflit de lois⁶¹³, parce qu'elle permet à elle seule d'améliorer la sécurité juridique des particuliers et de rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international sans pour autant requérir de la part des Etats des sacrifices trop importants par rapport à leur conception de l'intérêt général, est en effet celle qui offre les plus grandes perspectives. Ainsi, d'un point de vue purement fonctionnel, ce type de règles générales peut être considéré comme le support principal du processus d'universalisation du droit.

Au contraire, l'universalisation des situations juridiques individuelles et celle des autres types de règles générales (à savoir les règles matérielles et les règles de compétence judiciaire), soit parce qu'elles ne permettent pas, à elle seule, d'atteindre les objectifs recherchés, soit parce qu'elles exigent des ordres nationaux de trop grandes concessions, n'offrent que des perspectives limitées. Elles constituent de ce fait le support secondaire ou accessoire du processus d'universalisation du droit.

402. Dès lors que l'on se proposait d'étudier l'universalisation du droit dans sa seule dimension fonctionnelle et non dans une perspective axiologique et prospective, il était indispensable de vérifier que ce processus permettait d'atteindre certains objectifs. Initialement, ce n'est en effet qu'intuitivement que nous est venue l'idée que l'universalisation du droit pouvait améliorer la sécurité juridique des particuliers et rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international, souvent malmenées par le particularisme. Sauf à formuler une véritable pétition de principe consistant à tenir pour acquis la valeur fonctionnelle de l'universalisation du droit sans la démontrer, il fallait donc nécessairement prouver par l'analyse la justesse de cette intuition.

La mise en évidence de ces aspects fonctionnels nous a ainsi permis de comprendre, dans une perspective de droit positif, pourquoi les ordres juridiques nationaux s'étaient lancés dans ce processus, indéniablement en marche depuis plusieurs années.

Ces aspects fonctionnels sont également une donnée fondamentale pour apprécier la manière dont les ordres juridiques nationaux, et plus particulièrement l'ordre juridique français, effectuent, par des méthodes diverses, cette universalisation du droit. Ce faisant, on remarque que la volonté des ordres juridiques de réaliser certains objectifs au moyen de l'universalisation du droit explique, d'une certaine manière, les mutations actuelles du droit international privé.

⁶¹³ *Ibid.*

C'est ce que nous tenterons de démontrer en étudiant les méthodes du processus d'universalisation du droit.

DEUXIEME PARTIE : LES METHODES DU PROCESSUS D'UNIVERSALISATION DU DROIT

403. Les aspects fonctionnels du processus d'universalisation du droit, mis en évidence dans la première partie de cette étude, apportent un éclairage intéressant sur la réglementation actuelle des relations internationales entre personnes privées. On remarque en effet que les perspectives fonctionnelles offertes par l'universalisation ne sont pas restées étrangères aux ordres juridiques nationaux et plus particulièrement à l'ordre juridique français. Ceux-ci ont très tôt accepté de prendre part à ce processus dès lors qu'il leur apparaissait, au terme d'une évaluation globale des enjeux de celui-ci, que les sacrifices exigés se trouvaient compensés par les avantages procurés.

On se rend ainsi compte que c'est ce rapport qui détermine, pour une grande partie, l'ampleur et le degré d'aboutissement de chacune des formes d'universalisation du droit.

La recherche constante de cet équilibre par les différents Etats explique également, selon nous, deux grandes évolutions actuelles du droit positif.

La première, d'ordre géopolitique, est la communautarisation progressive du droit. On assiste en effet à une intégration juridique de plus en plus poussée au niveau communautaire. Cette évolution est certes la conséquence des progrès de la construction politique de la Communauté. Cependant, elle s'explique également par le fait que l'unification du droit n'exige pas, dans cet espace au sein duquel les différentes conceptions de l'intérêt général sont rarement très divergentes, des sacrifices trop importants de la part des différents Etats. De ce fait, le bilan global de l'universalisation du droit est souvent jugé positif par les différents Etats membres. Aussi, acceptent-ils, en considération de l'utilité de l'universalisation pour l'amélioration de la prévisibilité et le rétablissement de l'autorité des lois, assez facilement d'aménager certaines de leurs solutions. Dès lors qu'elle donne lieu, comme c'est notamment le cas lorsqu'elle opère au niveau des règles de conflit, à des solutions globalement plus satisfaisantes que celles retenues unilatéralement par les différents Etats, cette universalisation réalisée à un échelon régional ne peut être qu'approuvée. On peut cependant regretter qu'elle s'accompagne le plus souvent d'un repli sur elle-même de la

Communauté et d'un infléchissement subséquent du processus d'universalisation du droit au niveau mondial.

La seconde évolution du droit des relations internationales entre personnes privées que l'on peut expliquer à travers le prisme des aspects fonctionnels du processus d'universalisation du droit est d'ordre méthodologique. On constate en effet que les attrait de l'universalisation du droit ont parfois poussé les ordres juridiques à imaginer des mécanismes techniques nouveaux. C'est ainsi, par exemple, que l'ordre juridique français a pu, afin de favoriser dans certaines circonstances l'universalisation des situations juridiques individuelles, étendre le domaine de la méthode de la reconnaissance ou mettre en œuvre des procédés jusque-là inconnus visant à permettre l'exportation de ses décisions.

404. Nous tenterons ainsi d'analyser, au regard de ces mutations actuelles du droit international privé et à travers le prisme de ses aspects fonctionnels, l'universalisation du droit en étudiant les procédés par lesquels les ordres juridiques, et plus particulièrement l'ordre juridique français, la réalisent. Pour ce faire, nous nous intéresserons d'abord à l'universalisation des règles générales (Titre 1) avant de porter notre attention sur celle des situations juridiques individuelles (Titre 2).

TITRE 1 : L'UNIVERSALISATION DES REGLES GENERALES

405. « Le balancier du droit international privé s'est arrêté, tour à tour, sur l'une et l'autre position... universaliste dans la seconde moitié du XIX^e, la doctrine internationaliste a été particulariste entre les deux guerres, pour redevenir universaliste à l'époque contemporaine »⁶¹⁴.

Cette évolution doctrinale, décrite par M. LEQUETTE, n'est pas sans conséquence sur le droit positif. Comme ce fut souvent le cas en droit international privé⁶¹⁵, les législateurs nationaux et internationaux ont pris acte des travaux de la doctrine et se sont efforcés d'unifier, à une échelle plus ou moins grande, les règles de conflits. C'est ainsi, par exemple, que plus de trente conventions internationales ont été élaborées sous l'égide de la Conférence de La Haye depuis 1951. Celles-ci concernent des domaines aussi variés que le droit international privé de la famille, les problèmes de procédure ou les règles de conflit de lois relatives au régime matrimonial.

406. Cet élan universaliste ne peut cependant pas être réduit aux seules règles de conflit. De nombreux textes internationaux ont été élaborés afin d'unifier directement le droit matériel. Ainsi en est-il de conventions internationales qui opèrent dans un secteur particulier comme les effets de commerce⁶¹⁶, la vente internationale de marchandise⁶¹⁷ ou les transports transfrontaliers⁶¹⁸. C'est également le cas des textes de droit dérivé de la Communauté européenne ayant pour but d'unifier, dans certains domaines spécifiques, les législations substantielles des différents Etats membres.

⁶¹⁴ Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales », *RCADI* 1994, II, t. 246, p. 9.

⁶¹⁵ Voir B. OPPETIT, « Le droit international privé : droit savant », *RCADI* 1992, III, t. 234, p. 331.

⁶¹⁶ Convention de Genève du 7 juin 1930 portant droit uniforme sur les lettres de change et les billets à ordre ; Convention de Genève du 19 mars 1931 portant loi uniforme sur les chèques.

⁶¹⁷ Convention des Nations Unis de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises.

⁶¹⁸ Parmi d'autres voir la Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route ou encore la Convention du 9 mai 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires.

Il en ressort que l'universalisation des règles générales apparaît comme un processus protéiforme qui se caractérise par un enchevêtrement de textes de portées plus ou moins étendues, de niveaux hiérarchiques variables du point de vue de l'ordre juridique de référence et d'objets différents (règles de conflit ou législations substantielles)... Le trait commun entre ces textes qui mettent en œuvre le processus d'universalisation du droit est qu'ils opèrent tous, d'une manière ou d'une autre, un rapprochement entre les droits de plusieurs Etats.

Le foisonnement actuel des textes présentant cette caractéristique nous permet d'attester que le processus d'universalisation des règles générales est d'ores et déjà bien plus qu'amorcé.

407. Quelle est la position de l'ordre juridique français face à ce phénomène ?

408. Sa participation à l'universalisation des règles générales n'est plus à démontrer. Les perspectives fonctionnelles offertes par le processus d'universalisation du droit ne sont pas restées étrangères à l'Etat français. Au contraire, celui-ci, préoccupé par l'insécurité juridique inhérente au particularisme et par l'effritement de l'autorité de ses lois dans l'ordre international, a très tôt collaboré au mouvement d'universalisation des règles générales en acceptant de transiger par rapport à ses solutions traditionnelles. On constate ainsi que le nombre de conventions internationales et de textes communautaires invocables devant le juge français augmente chaque année.

Etudier la position de l'ordre juridique français face au processus d'universalisation des règles générales ne peut cependant pas consister à dresser une liste, qui serait au demeurant certainement incomplète, des règles internationales qu'il est possible d'invoquer devant les juridictions nationales et qui réalisent un rapprochement entre les législations substantielles ou conflictuelles de plusieurs Etats.

Bien plus intéressant est d'analyser les procédés par lesquels l'ordre juridique français collabore à ce mouvement d'universalisation du droit et d'apprécier l'utilité de cette collaboration au regard des objectifs poursuivis.

Ce faisant, on remarque qu'à l'heure actuelle l'intégration de l'ordre juridique français à la Communauté européenne détermine très largement les modalités de sa collaboration au mouvement d'universalisation des règles générales. L'Etat français ne dispose en effet que d'une autonomie extrêmement réduite pour décider des modalités de sa participation à ce processus. Cela nous conduit à nous demander si, dans certaines hypothèses,

l'universalisation n'est pas plus subie que choisie par l'ordre juridique français. Toujours est-il qu'au niveau communautaire l'universalisation des règles générales est en constants progrès. Pour certains, la communautarisation du droit annoncerait un mouvement mondial d'universalisation des règles générales⁶¹⁹. Pourtant, l'analyse montre que loin de constituer l'antichambre d'une unification universelle des règles générales, le rapprochement des législations en Europe consiste davantage en un rempart contre la mondialisation du droit.

Si l'intégration de l'ordre juridique français à la Communauté européenne revêt une telle importance c'est non seulement parce qu'elle implique sa participation à une universalisation régionale des règles générales (Chapitre 1) mais également parce qu'elle détermine, d'une certaine manière, ses relations avec les Etats tiers et conditionne par là même sa participation à une universalisation de plus grande ampleur géographique (Chapitre 2).

⁶¹⁹ Voir notamment M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, chron. p. 43 : « L'Europe représente un véritable laboratoire où l'on expérimente les fondements et les effets de l'internationalisation du droit ».

CHAPITRE 1 : L'UNIVERSALISATION DES REGLES GENERALES AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE

409. Par son intégration dans la Communauté européenne, l'Etat français s'est indirectement engagé à abandonner certaines de ses solutions pour adopter des règles communes à l'ensemble des Etats membres. L'ordre juridique français participe, de cette manière, à un processus d'universalisation des règles générales d'envergure régionale. La question qui se pose est celle de savoir si le rapprochement des législations opéré au sein de cet espace juridiquement intégré permet d'atteindre les objectifs recherchés, de manière générale, à travers la mise en œuvre du processus d'universalisation du droit.

En d'autres termes, l'action présente et future de la Communauté européenne a-t-elle ou aura-t-elle pour effet d'améliorer la sécurité juridique des particuliers impliqués dans des relations internationales tout en ménageant la conception de l'intérêt général défendue par l'ordre juridique français ?

410. Pour répondre à cette question il convient de comparer les modalités du rapprochement des règles générales réalisé au sein de la Communauté européenne avec celles qui nous ont semblé les plus opportunes afin de transcender les impasses générées par le particularisme.

En étudiant les enjeux du processus d'universalisation du droit nous nous sommes rendu compte que pour concilier intérêts particuliers et intérêt général, il fallait faire des règles de conflit de lois le support principal et prioritaire de l'universalisation⁶²⁰. L'universalisation des règles matérielles ne devait, quant à elle, être réalisée que lorsque les différents ordres juridiques concernés s'appuyaient sur des conceptions compatibles de la justice des relations entre personnes privées ou lorsque la méthode conflictuelle s'avérait manifestement inadaptée⁶²¹.

411. Pour l'heure, les instances communautaires opèrent de manière sectorielle et sans favoriser l'un ou l'autre type d'universalisation du droit. Néanmoins, plusieurs éléments

⁶²⁰ Il est ici fait référence aux règles de conflits de lois au sens large, c'est à dire non seulement les règles de conflits de type savignien mais également la règle matérielle permettant aux parties de choisir la loi applicable à leur relation.

⁶²¹ Voir *supra* n° 302 à 310 et n° 326 à 330.

laissent à penser que, dans un avenir assez proche, l'universalisation des règles générales opérée sous l'égide de la Communauté européenne, et à laquelle l'ordre juridique français participe, s'orientera globalement vers le modèle proposé dans la première partie de notre étude. En effet, malgré les souhaits exprimés par certains⁶²², une communautarisation totale du droit matériel ne semble pas envisageable. La Communauté européenne, soucieuse d'améliorer la sécurité juridique des particuliers et de renforcer l'autorité des lois afin de réaliser les objectifs qui lui ont été fixés, sera naturellement amenée à envisager l'élaboration d'un véritable droit international privé commun à tous les Etats membres.

Il s'agit certes là d'une prospection en adéquation avec notre analyse fonctionnelle du processus d'universalisation du droit. Néanmoins, cette opinion quant à l'orientation que prendra l'universalisation des règles générales au sein de l'Union européenne n'est pas seulement l'expression d'un souhait. Elle repose également sur des éléments objectifs, et notamment institutionnels, qui nous permettent de présager que la communautarisation du droit matériel n'est pas prête de condamner le mécanisme des conflits de lois.

412. C'est ce que nous tenterons de démontrer en analysant dans un premier temps le caractère nécessairement incomplet du droit communautaire matériel (Section 1) pour, dans un second temps, mettre en évidence la possibilité d'une unification d'ensemble des règles de droit international privé (Section 2).

Section 1. La communautarisation du droit matériel.

413. La communautarisation du droit matériel est une forme d'universalisation régionale des règles substantielles à laquelle l'ordre juridique français collabore du simple fait de son adhésion à l'Union européenne. L'ampleur de cette universalisation dépend de l'étendue des compétences que les Etats membres ont bien voulu attribuer à cette organisation politique.

Du point de vue de l'ordre juridique français, cette unification des règles matérielles, lorsqu'elle est réalisée dans le respect du droit communautaire originaire, ne peut logiquement

⁶²² Voir notamment O. LANDO, « Principes de droit européen des contrats, une première étape vers un code civil européen ? », *RDAI* 1997, p. 189.

pas être considérée comme heurtant la conception nationale de l'intérêt général. En effet, même s'il existe parfois un décalage entre ce que souhaitaient les Etats membres à l'origine et ce qui a été effectivement réalisé dans la pratique, on peut penser que ces derniers n'ont abandonné certaines de leurs prérogatives législatives que parce qu'ils estimaient que l'unification des règles matérielles donnerait lieu à des solutions plus satisfaisantes que celles qu'ils retenaient unilatéralement. En d'autres termes, l'abandon délibéré de certaines compétences législatives prouve que les Etats membres considèrent que les concessions opérées sont globalement compensées par les bienfaits de l'unification. Ainsi, même si la qualité du droit communautaire a pu être critiquée par certains auteurs⁶²³, l'universalisation obtenue est bien le fruit d'une volonté délibérée des Etats membres désireux d'atteindre, au prix de quelques compromis et au moyen de l'unification de certaines règles matérielles, des objectifs qu'ils jugent primordiaux au regard de leurs conceptions de la justice des relations entre personnes privées. L'utilité fonctionnelle de l'universalisation est donc, au moins du point de vue des ordres juridiques nationaux, *a priori* avérée.

Cela n'est cependant vrai que lorsque l'unification s'est faite avec le consentement préalable des Etats membres. Or, ceux-ci, soucieux de préserver leur conception de l'intérêt général dans certains domaines, ont limité, au sein des traités fondamentaux, les compétences de la Communauté européenne ; celle-ci n'a pas une compétence générale, elle ne dispose que d'une compétence d'attribution. C'est ce qui explique le caractère parcellaire du droit matériel communautaire actuel (§1), caractère qui est d'ailleurs selon nous voué à perdurer malgré le débat actuel relatif à l'élaboration d'un véritable code civil européen (§2).

§1- Le caractère parcellaire du droit communautaire matériel

414. Avant de faire état du degré d'universalisation du droit matériel au sein de l'Union européenne, il convient, pour plus de clarté, d'énoncer la finalité exacte de notre démonstration et de préciser le cadre de notre recherche.

⁶²³ Voir notamment B. OPPETIT, « Droit européen et droit commun », in *Mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 311.

Précisons tout d'abord que le but de cet exposé est de montrer que l'universalisation du droit matériel effectuée dans le cadre de l'Europe communautaire demeure parcellaire et que celle du droit international privé et notamment des règles de conflit de lois conserve, par conséquent, tout son intérêt.

Notons ensuite que le droit communautaire matériel, au sens strict, doit être entendu comme « l'ensemble des normes (substantielles) secrétées par la Communauté européenne⁶²⁴ et qui font partie intégrante de son ordre juridique »⁶²⁵. Ce droit matériel commun aux différents Etats membres peut être contenu dans divers instruments normatifs. On distingue généralement le droit communautaire originaire contenu dans les traités fondateurs de la Communauté européenne et le droit communautaire dérivé qui est le fruit du pouvoir normatif conféré aux instances communautaires. Ce dernier est composé de textes de diverses natures dont les principaux sont les directives et les règlements communautaires.

415. Ces éléments ayant été précisés, la question qui se pose est la suivante : l'universalisation du droit matériel au sein de l'Union européenne est-elle à ce point aboutie qu'elle exclut tout recours au droit international privé ?

416. Malgré ses progrès incessants, le droit communautaire matériel est loin de rendre le droit international privé inutile. Rappelons avant tout que seul un droit privé uniforme et non simplement harmonisé ôte au droit international privé sa raison d'être. Or, pour l'heure, la Communauté européenne n'a pas les compétences suffisantes pour unifier de manière globale le droit privé⁶²⁶. En vertu de l'article 5 al 1 du Traité CE, elle ne dispose en effet que d'une compétence d'attribution limitée dans son exercice par les principes de subsidiarité⁶²⁷ et de proportionnalité⁶²⁸.

Cela signifie, en premier lieu, que la Communauté européenne ne peut opérer l'universalisation du droit matériel que lorsqu'elle a reçu, de la part des Etats membres, un mandat spécial pour le faire et/ou à condition que son action soit réellement nécessaire pour la réalisation des objectifs définis dans les traités constitutifs. Ce cadre institutionnel strict

⁶²⁴ La Communauté européenne ne se confond pas avec l'Union européenne puisque depuis le Traité de Maastricht du 7 février 1992 elle forme l'un de ses trois piliers avec la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et la coopération dans les domaines de la justice et des affaires étrangères (JAI). Seront ainsi exclus de cette étude les instruments du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne comme notamment la Convention européenne des droits de l'homme.

⁶²⁵ F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, PUAM, 2004, n° 3.

⁶²⁶ Voir *infra* n° 423 et s.

⁶²⁷ Art. 5 al. 2 TCE

⁶²⁸ Art. 5 al. 3 TCE

explique à lui seul le caractère parcellaire du droit communautaire matériel et la persistance du rôle joué par les règles de droit international privé.

En second lieu, le principe de proportionnalité oblige les instances communautaires à avoir recours à la forme de rapprochement la plus respectueuse de la diversité des législations des Etats. C'est la raison pour laquelle la plupart des dispositions de droit matériel n'ont pas pour objet d'unifier le droit des Etats mais simplement de l'harmoniser. Or, cette forme d'universalisation du droit, souvent opérée au moyen de directives, n'agit que sur le fond du droit et non sur l'énoncé formel des règles générales substantielles. La pluralité des législations nationales n'est donc pas éradiquée et le recours au droit international privé demeure nécessaire⁶²⁹.

417. En définitive, l'incomplétude du droit matériel uniforme est la conséquence logique de la compétence d'attribution dont la Communauté dispose et du contrôle opéré par le biais du principe de proportionnalité. L'universalisation, lorsqu'elle est nécessaire à la réalisation des objectifs prédéfinis dans les traités fondateurs de l'Union, se fait essentiellement au moyen de directives, dans des secteurs particuliers, et sous forme de droit harmonisé. Les règlements, seuls textes qui unifient complètement le droit privé des Etats membres, demeurent marginaux et concernent des secteurs particuliers tels que la protection des consommateurs en matière de transports aériens⁶³⁰, la propriété industrielle ou l'agriculture⁶³¹.

Ce caractère parcellaire du droit privé uniforme et la priorité conférée, conformément au principe de proportionnalité, à l'harmonisation du droit ne restreignent que de manière anecdotique le champ d'application du droit international privé.

Au demeurant, même dans les domaines où le droit unifié a remplacé le droit national des Etats, le recours aux règles de conflit demeure nécessaire. Comme l'indique M. KREUZER, « il s'agit forcément de domaines marginaux et d'unifications très partielles non coordonnées, qui apparaissent comme des îlots de droit communautaire dans l'immense océan du droit national non unifié. Ces règles éparses de droit communautaire ne peuvent être appliquées que

⁶²⁹ Pour plus de détails sur la compétence de la Communauté en matière de rapprochement des législations voir *infra* n° 423 et s. et n° 446 et s.

⁶³⁰ Voir notamment le règlement CE n° 2027/97 du 9 octobre 1997 relatif à la responsabilité des transporteurs aériens en cas d'accidents.

⁶³¹ Règlement CE n° 2081/92 du 14 juillet 1992, relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires.

dans le contexte normatif d'un droit matériel national qui doit forcément être déterminé au moyen de règles de conflits de lois »⁶³².

A nos yeux, ce caractère intrinsèquement parcellaire et incomplet du droit matériel uniforme⁶³³ n'est pas à déplorer. Comme nous l'avons énoncé dans la première partie de cette étude, le processus d'universalisation du droit n'a qu'un intérêt fonctionnel et ne doit pas être recherché pour lui-même. Aussi, le caractère limité des compétences de la Communauté européenne en matière d'universalisation du droit matériel n'est que le reflet des réticences légitimes des Etats membres, seuls habilités à juger de l'opportunité de l'unification. Celle-ci, même si elle permet incontestablement d'améliorer la sécurité des particuliers engagés dans des relations transfrontalières, ne doit pas exiger des Etats des compromis trop importants par rapport à la conception qu'ils retiennent de l'intérêt général faute de quoi le processus d'universalisation perdrait son utilité fonctionnelle qui constitue sa seule raison d'être.

Cet avis n'est pourtant pas celui de tous. De nombreux auteurs⁶³⁴ ont en effet appelé de leurs vœux l'élaboration, par la Communauté européenne, d'un véritable code commun, au moins en matière contractuelle. Une telle œuvre aurait sans nul doute pour effet de condamner tout recours aux règles de droit international privé au sein de l'espace communautaire. Pourtant, il nous semble qu'une telle entreprise est pour l'instant très prématurée, les Etats membres n'étant pas prêts à abandonner leurs législations matérielles, porteuses de conceptions encore trop divergentes de la justice des relations entre personnes privées.

⁶³² K. KREUZER, « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, (dir. L. VOGEL), coll. Droit global, Panthéon-Assas, 2001, p. 101.

⁶³³ J. BOULOUIS, *Rép. comm. Dalloz*, V° *Principes*, n° 4 : « La construction communautaire est ainsi faite qu'elle ne peut se suffire des seules dispositions de droit écrit sur lesquelles elle s'appuie. Conçu en effet à des fins économiques déterminées, ce droit est loin de régler tous les problèmes d'ordre juridique que peuvent poser, non seulement la réalisation des objectifs qu'elle définit, mais encore l'existence et le fonctionnement des institutions qu'il crée. Ainsi est-il lacunaire, obligeant le juge à le compléter ».

⁶³⁴ Voir notamment G. GANDOLFI, « Pour un code européen des contrats », *RTD civ.* 1992, p. 707 ; D. TALLON, « Vers un droit européen du contrat ? », in *Mélanges offerts à A. COLOMER*, Litec, 1993, p. 485 ; O. LANDO, « Principes de droit européen des contrats, une première étape vers un code civil européen ? », *RDAL* 1997, p. 189 ; C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, chron. p. 79 ; Ch. VON BAR, « Vers un code civil européen », *Annonces de la Seine* du 3 juin 2002, n° 33, p. 3.

§2- L'élaboration d'un Code civil européen

418. L'idée d'unifier les droits privés des Etats de l'Union européenne au sein d'un Code civil commun fait actuellement l'objet de nombreux débats doctrinaux. Plusieurs auteurs ont clairement manifesté leur soutien à une éventuelle action de la Communauté dans ce sens⁶³⁵. Forte de ce soutien doctrinal, la Communauté envisage aujourd'hui clairement de réaliser un tel projet (A). Il nous semble pourtant que le temps doit encore être à la réflexion et que l'élaboration d'un Code civil européen serait une entreprise prématurée (B).

A- Un projet ambitieux

419. L'élaboration d'un Code civil européen correspondrait, si elle devait avoir lieu, à la forme d'universalisation du droit la plus aboutie au sein de l'espace communautaire. Une telle œuvre législative constituerait un moyen efficace de lutter contre les incohérences générées par l'harmonisation sectorielle des droits matériels et d'éradiquer les cas d'insécurité juridique provoqués par la diversité des législations. En outre, le recours au procédé conflictuel deviendrait, au moins en ce qui concerne les relations intracommunautaires, inutile.

Ces avantages n'ont pas échappé aux instances communautaires qui, très tôt, ont manifesté leur volonté d'élaborer un véritable Code civil européen. C'est ainsi que dès 1989, le Parlement européen fit connaître, par une résolution, son intérêt pour un droit privé uniforme⁶³⁶. Cette première résolution fut suivie d'une seconde⁶³⁷ par laquelle le Parlement européen exprimait à nouveau son souhait que des travaux préparatoires soient entrepris afin d'avancer dans la voie d'un code civil commun aux différents Etats membres. Enfin, suite à une grande consultation publique lancée par la Commission européenne dans une communication du 11 juillet 2001 à propos du rapprochement des droits matériels des Etats

⁶³⁵ Voir les auteurs cités à la note précédente.

⁶³⁶ Résolution du Parlement du 26 mai 1989 relative au rapprochement du droit privé des Etats membres, *JOCE* C 158 du 26 juin 1989, p. 400.

⁶³⁷ Résolution du 6 mai 1994 relative à l'harmonisation de certains secteurs de droit privé des Etats membres, *JOCE* C 205 du 25 juill. 1994, p. 518.

membres en matière contractuelle, le Parlement prit une dernière résolution⁶³⁸. Il y exprima son désir de ne pas limiter l'entreprise d'uniformisation du droit privé au seul droit des contrats et fixa à la Commission un calendrier devant déboucher, *in fine*, sur l'élaboration d'un corps de règles matérielles uniformes.

De toute évidence, toutes ces initiatives révèlent « la volonté politique des institutions européennes d'élaborer un Code civil européen »⁶³⁹.

420. L'idée d'une unification des droits privés en Europe n'est cependant pas l'apanage des autorités communautaires. Une partie de la doctrine a en effet très tôt œuvré dans ce sens en mettant en avant l'opportunité de doter la Communauté d'un droit privé propre. C'est ainsi que naquirent plusieurs instituts doctrinaux privés qui se donnèrent pour mission de réfléchir à l'unification du droit des contrats en Europe et de proposer des modèles de solutions communes à la disposition des particuliers engagés dans des relations contractuelles transfrontalières. On citera à titre d'exemple la Commission LANDO et l'institut UNIDROIT qui, en élaborant des normes informelles communes en matière de droit des contrats, apportent une légitimité scientifique à l'action de la Communauté dans le sens d'un rapprochement des législations matérielles des Etats membres. Celle-ci n'hésite d'ailleurs pas à se référer explicitement aux travaux de ces organismes doctrinaux⁶⁴⁰.

L'ensemble de ces initiatives communautaires et doctrinales a eu pour effet de propager et de banaliser l'idée d'élaborer un Code civil commun aux Etats membres. De ce fait, « le caractère utopique qui la disqualifiait autrefois a désormais cédé à une réflexion sérieuse sur son opportunité objective »⁶⁴¹.

421. Pour les partisans de l'édification d'un Code civil européen ce caractère opportun ne fait guère de doutes.

En premier lieu, la diversité des législations matérielles constituerait, selon eux, un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur. Les consommateurs et les petites entreprises pâtiraient en effet de l'applicabilité, à leurs transactions, de règles différentes de

⁶³⁸ Résolution du Parlement du relatif au rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres du 15 novembre 2001, *JOCE* C 140 E du 13 juin 2002, p. 538.

⁶³⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463 et s.

⁶⁴⁰ Voir notamment la Communication du 11 juillet 2001 de la Commission européenne qui se réfère explicitement aux travaux de la Commission LANDO.

⁶⁴¹ F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, précité, n° 1045.

celles auxquelles ils sont traditionnellement confrontés⁶⁴². Cela aurait pour effet de freiner leurs activités commerciales ou de les désavantager par rapport aux grandes entreprises qui leur imposeraient le choix d'une loi à leur avantage.

En deuxième lieu, l'édification d'un Code civil européen garantirait une amélioration du droit communautaire actuel, souvent peu cohérent. Seule une action profonde et de grande envergure pourrait permettre l'élaboration d'un droit de qualité.

En dernier lieu, l'élaboration d'un droit privé commun permettrait de supprimer tout recours au procédé conflictuel, considéré, par les partisans du droit uniforme, comme « un véritable parcours du combattant toutes les fois que le juge saisi doit mettre en œuvre les règles d'un droit étranger »⁶⁴³. Le mécanisme des conflits de lois encouragerait en outre, du fait du postulat de la diversité des législations substantielles, le *forum shopping* et générerait une imprévisibilité du droit applicable pour les particuliers engagés dans des relations affectées d'un élément d'extranéité.

422. Il nous est impossible de rester insensible à ces arguments. Pour la plupart, nous les avons nous même mis en évidence au moment d'étudier les perspectives offertes par le processus d'universalisation du droit⁶⁴⁴. Il est évident qu'une unification globale des différentes législations permettrait de transcender nombre de difficultés causées par la diversité des règles matérielles comme notamment l'imprévisibilité du droit et l'affaiblissement de l'autorité de la loi dans l'ordre international. Néanmoins, la seule considération de ces avantages ne peut suffire à justifier une telle entreprise. Rappelons en effet que l'opportunité de toute forme d'universalisation du droit doit s'apprécier de manière globale. De ce fait, les avantages de l'unification ne peuvent être évalués qu'en tenant compte des concessions nécessaires à l'élaboration d'un Code civil européen.

Les arguments justifiant l'édification d'un droit privé commun sont-ils suffisamment convaincants aux yeux des ordres juridiques nationaux ? Compensent-ils l'abandon de leurs choix dictés par leurs conceptions de l'intérêt général ?

Si la réponse à ces questions n'est pas évidente, des indices peuvent cependant être trouvés dans le droit institutionnel de l'Union européenne. En déterminant les compétences de la Communauté dans les traités fondateurs, les Etats membres ont en effet posé des limites à

⁶⁴² Voir A. BODENES-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, Defrénois, 2005, n° 219.

⁶⁴³ C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, chron. p. 81.

⁶⁴⁴ Voir *supra* n° 49 à 57 et n° 117 à 142.

son action. Le respect de ces limites est important car elles indiquent, de manière indirecte, les concessions acceptables pour les Etats membres. Ainsi, l'édification d'un Code civil ne peut être justifiée que si elle s'appuie sur une base juridique solide. Dans le cas contraire, l'universalisation ne serait plus choisie mais subie par les Etats membres ou, à tout le moins, certains d'entre eux. Elle perdrait de ce fait son utilité fonctionnelle puisque l'unification réalisée par l'élaboration d'un Code civil européen serait finalement, du point de vue des Etats, moins satisfaisante que la pluralité actuelle des droits matériels.

Une base institutionnelle existe-t-elle actuellement pour l'élaboration d'un Code civil européen ?

L'analyse des dispositions du Traité nous incite à répondre par la négative. Partant, une intervention de la Communauté afin d'élaborer un Code civil européen serait à nos yeux prématurée.

B- Une entreprise prématurée

423. A l'heure actuelle, sauf à dénaturer les dispositions du Traité CE, aucune compétence ne semble autoriser la Communauté à élaborer et à imposer aux Etats membres un droit privé uniforme.

Rappelons avant tout que conformément à l'article 5 alinéa 1 du Traité, la Communauté, soumise au principe de légalité, doit impérativement agir « dans les limites des compétences qui lui sont conférées et dans la limites des objectifs qui lui sont assignés (...) ». Les partisans de l'unification du droit matériel avancent généralement deux dispositions du Traité sur lesquelles la Communauté pourrait se baser pour élaborer un Code civil européen.

424. Le premier de ces textes est l'article 95 du Traité selon lequel, le Conseil peut arrêter à la majorité qualifiée « les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». A nos yeux, cette disposition ne peut fonder juridiquement l'élaboration d'un Code civil européen qu'au prix de distorsions peu respectueuses de l'esprit du texte et par conséquent de la volonté réelle et originelle des Etats membres.

425. En premier lieu, cette disposition n'autorise la Communauté à rapprocher les législations nationales que lorsque leur disparité est néfaste au bon fonctionnement du marché intérieur. Cette référence au marché intérieur est suffisamment claire pour condamner toute entreprise d'unification dans les domaines autres que celui du droit de l'entreprise. L'article 95 ne peut donc pas servir d'assise juridique pour l'élaboration d'un véritable Code civil européen traitant de domaines aussi variés que celui du droit de la famille, du droit des successions, du droit des personnes ou du droit des biens. La finalité d'un Code civil est en effet « beaucoup plus large que le développement du marché intérieur »⁶⁴⁵. Une interprétation trop extensive de cet article a d'ailleurs été condamnée par la Cour de justice des Communautés européennes⁶⁴⁶.

426. En second lieu, il est loin d'être certain que la diversité des législations matérielles constitue, dans les domaines concernés, un obstacle systématique au bon fonctionnement du marché. Il suffit en effet de constater que le commerce est très développé aux Etats-Unis où pourtant la diversité des législations substantielles perdure toujours.

On pourrait cependant objecter que l'insécurité juridique inhérente à la diversité des lois peut être considérée comme une entrave générale aux échanges transfrontaliers intracommunautaires.

Cela ne suffirait pourtant pas à justifier le recours à l'article 95 du Traité pour fonder l'élaboration d'un Code civil européen, même restreint aux seules matières intéressant le fonctionnement du marché intérieur. La raison en est que cette disposition ne peut faire l'objet d'une lecture isolée. L'article 95 doit nécessairement être mis en relation avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité inscrits à l'article 5.

Selon le premier de ces principes « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée être mieux réalisée au niveau communautaire ». Si l'on considère, ce qui est notre cas, que l'insécurité juridique provoquée par la diversité des lois constitue une entrave au bon fonctionnement du marché, l'uniformisation des règles substantielles relatives à ce domaine par la Communauté ne

⁶⁴⁵ Ph. GLAUDET, « Le Code civil européen : une utopie ? », *Droit et patrimoine* 2004, p. 35.

⁶⁴⁶ CJCE, 5 oct. 2000, deux arrêts, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-376/98, *Rec.* 2000, p. I-8419 et *Imperial Tobacco*, aff. C-74/99, *Rec.* 2000, p. I-8599.

devrait pas heurter ce principe. En effet, conformément au premier point du paragraphe 3 sur la subsidiarité, l'uniformisation constitue bien une question que les Etats membres ne peuvent régler de manière satisfaisante⁶⁴⁷ et, de toute évidence, l'action de la Communauté se révélerait beaucoup plus efficace que celle menée par des Etats membres. Le principe de subsidiarité ne s'oppose donc pas à l'élaboration de règles uniformes par la Communauté européenne sur la base de l'article 95 du Traité dès lors que celles-ci sont relatives au fonctionnement du marché intérieur.

Il n'en va pas de même du principe de proportionnalité posé à l'alinéa 3 de l'article 5 du Traité CE. Selon celui-ci, « l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ». En l'espèce, l'objectif est de réduire l'insécurité juridique qui constitue une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur. Le moyen utilisé est l'unification des règles matérielles des Etats membres dans les domaines touchant à l'économie.

Existe-t-il un moyen moins contraignant pour atteindre l'objectif visé ?

Comme nous avons pu le constater dans l'étude des perspectives offertes par le processus d'universalisation du droit, l'unification des règles de conflit de lois constitue un moyen assez efficace de combattre l'insécurité juridique et beaucoup moins contraignant pour les Etats membres. De ce fait, le recours à l'unification des règles matérielles doit, conformément au principe de proportionnalité, être réservé aux hypothèses où le procédé conflictuel s'avère manifestement inadapté.

On s'aperçoit ainsi que les Etats membres ont bien saisi les enjeux du processus d'universalisation du droit au moment de dessiner les contours des compétences de la Communauté. En effet, il existe une parenté certaine entre le sens des dispositions du Traité CE et le modèle d'universalisation que nous avons présenté dans notre première partie.

427. En résumé, l'article 95 du Traité CE ne peut constituer une base juridique pour l'élaboration d'un Code civil européen par la Communauté. Tout au plus, il pourrait justifier l'unification des règles matérielles des Etats membres dans le seul domaine des relations commerciales et à condition que l'on considère que l'insécurité juridique provoquée par la disparité des droits matériels constitue une entrave au bon fonctionnement du marché

⁶⁴⁷ Ceci d'autant plus que hormis dans le cas particulier de l'aide au développement la Cour de justice des Communautés européennes prend seulement en compte la potentialité raisonnable d'une action individuelle des Etats membres et non d'une action collective : CJCE 2 mars 1994, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-316/91, *Rec.* 1994, p. I-625.

intérieur. Cependant, même dans cette hypothèse, il ne justifierait qu'une uniformisation sectorielle des droits privés des Etats membres. En effet, le principe de proportionnalité impose d'unifier en priorité des règles de droit international privé. C'est d'ailleurs ce que confirme l'évolution récente du droit communautaire institutionnel qui, depuis le Traité d'Amsterdam, prévoit une compétence spéciale de la Communauté pour unifier les règles de conflit⁶⁴⁸.

428. Une autre disposition du Traité pourrait éventuellement constituer une base juridique permettant de justifier l'élaboration, par la Communauté, d'un Code civil européen. Il s'agit de l'article 308. Ce texte autorise le Conseil, lorsqu'il n'existe aucune compétence spécifique, à prendre, à l'unanimité et après consultation du Parlement, les dispositions appropriées « si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté ». A première vue, la référence à cet article semble bien plus appropriée pour justifier une intervention communautaire. Même s'il ne permet pas à la Communauté de s'octroyer de nouvelles compétences, il lui offre la possibilité d'intervenir, de manière subsidiaire, dans n'importe quel domaine prévu par le Traité. « La référence que fait l'article 308 au « fonctionnement du marché commun » ne semble pas en effet devoir être interprétée comme une limitation du champ d'application de ce texte aux seuls objectifs économiques du traité »⁶⁴⁹.

Le champ d'application matériel de l'article 308 est donc très large et permet notamment à la Communauté d'agir afin de favoriser l'instauration d'un Marché commun reposant sur la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes (article 14). Or, il est possible de considérer que l'imprévisibilité du droit affectant les relations intracommunautaires entre personnes privées constitue un frein à l'établissement de cet espace de liberté. L'unification du droit matériel par l'élaboration d'un Code civil européen constituerait alors un moyen efficace de lutter contre cette insécurité et de réaliser l'objectif visé par l'article 14. Dans la mesure où aucune autre disposition du Traité ne donne compétence à la Communauté pour unifier de manière globale les droits privés des Etats membres, l'article 308 pourrait ainsi servir de base juridique à l'élaboration de ce Code civil européen.

⁶⁴⁸ Sur ce point voir *infra* n° 446 et s.

⁶⁴⁹ F. VIANGALLI, thèse précitée, n° 407.

Pourtant, même en adoptant une lecture aussi extensive des objectifs du Traité et de la compétence subsidiaire, il n'est pas certain que l'article 308 puisse en réalité offrir à la Communauté une compétence idoine pour réaliser le projet de Code civil.

D'une part, le recours à ce texte nécessite l'unanimité au sein du Conseil. La Communauté ne pourra y asseoir juridiquement son intervention que si l'ensemble des Etats membres adhère au projet. Il en résulte que la seule considération de cet article ne révèle rien quant à l'assentiment des Etats membres à l'abandon de leurs solutions de droit substantiel. Or, c'est justement l'expression de cet assentiment, révélateur de la volonté politique des ordres juridiques nationaux, que nous tentions en vain de découvrir en recherchant une base juridique pour l'élaboration, par la Communauté, d'un Code civil européen.

D'autre part, lorsque la Communauté agit en se fondant sur ce texte, elle demeure astreinte au principe de proportionnalité. Or, nous avons déjà longuement expliqué que l'unification des règles de droit international ou même un rapprochement plus souple des législations constituaient des moyens efficaces et beaucoup moins contraignants de lutter contre l'imprévisibilité du droit. Ainsi, même s'il est certain que la lutte contre l'imprévisibilité contribue à l'instauration d'un espace de liberté, l'édification d'un Code civil sur la base de l'article 308 ne passerait pas le test de la proportionnalité.

429. En définitive, il n'existe aucune disposition du Traité autorisant la Communauté à élaborer un Code civil européen. En l'état actuel des institutions européennes, la création d'un droit privé commun « reviendrait à faire preuve d'un acte d'autorité exacerbée et serait par là même voué à l'échec »⁶⁵⁰. En effet, l'universalisation ne serait plus choisie mais subie par les Etats membres.

D'aucuns prétendent pourtant qu'il est possible d'outrepasser cet obstacle juridique, la signature d'un traité par lequel les Etats membres transfèreraient leur pouvoir législatif à la Communauté étant toujours possible. Cependant, l'absence de base juridique ne représente pas seulement un obstacle technique à l'unification du droit privé. Elle révèle, en arrière plan, la réticence des Etats membres à abandonner leurs solutions de droit substantiel. Pour être envisageable, une telle voie devrait correspondre à une volonté politique réelle de la part des ordres juridiques nationaux. L'enjeu de l'élaboration d'un Code civil européen est en effet éminemment politique. Or, cette volonté semble faire défaut. On peut donc en conclure que

⁶⁵⁰ Voir A. BODENES-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, précité, n° 225.

l'élaboration d'un Code civil européen est pour l'instant prématurée. Elle donnerait en effet nécessairement naissance à une forme d'universalisation qui perdrait, aux yeux des Etats, son utilité fonctionnelle et par conséquent sa raison d'être.

Le temps est donc toujours à la réflexion et l'on est en droit de regretter l'attitude pour le moins précipitée du Groupe d'études sur le Code civil européen dirigé par M. VON BAR, qui avec une légitimité autoproclamée et l'appui injustifié de la Commission et du Parlement, se propose de poser les prémisses d'un Code civil européen sans se soucier davantage de la volonté réelle des Etats, pourtant premiers intéressés par le projet⁶⁵¹.

430. En définitive, l'ordre juridique français, du fait de son adhésion à l'Union européenne, collabore à un véritable mouvement d'universalisation du droit matériel. Le rapprochement régional des législations opéré par la Communauté est d'ailleurs la principale source d'unification des règles matérielles qui concerne l'Etat français. Il n'en demeure pas moins que la communautarisation du droit matériel est encore parcellaire et que le Code civil européen demeure un projet qu'il serait prématuré de réaliser. C'est la raison pour laquelle la question de l'unification, au sein de l'Europe communautaire, des règles de conflit reste entière.

Section 2. La communautarisation du droit international privé

431. L'état actuel de la communautarisation du droit matériel est loin d'éliminer les conflits de lois. L'uniformisation des règles substantielles à laquelle l'ordre juridique français participe du simple fait de son adhésion à l'Union européenne n'en est qu'à ses balbutiements. Au demeurant, il ressort de l'analyse des dispositions du Traité CE que les Etats membres ne sont pas disposés à abandonner l'ensemble de leurs compétences législatives au profit de la Communauté en matière de droit privé.

Ce constat condamne-t-il la réalisation d'un marché commun basé sur la libre circulation des marchandises, des capitaux, des services et des personnes ?

⁶⁵¹ Voir dans ce sens Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », *D.* 2002, chron. p. 2202 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463 ; P. LEGRAND, « Sens et non sens d'un Code civil européen », *RID comp.* 1996, p. 779.

S'il est certain que le particularisme constitue, du fait de l'insécurité juridique et de l'affaiblissement de l'autorité des lois qu'il produit, un frein aux relations intracommunautaires, l'unification du droit privé n'est pas le seul moyen d'y remédier. L'unification des règles de conflit de lois⁶⁵² permet d'atteindre un degré satisfaisant de prévisibilité et requiert, de la part des Etats membres, des concessions moins importantes par rapport à leurs conceptions de l'intérêt général⁶⁵³. Aussi, faute de pouvoir unifier le droit matériel sans se heurter à la réticence légitime des ordres juridiques nationaux, la mise en œuvre de cette forme d'universalisation du droit paraît primordiale pour la réalisation des objectifs poursuivis par la Communauté⁶⁵⁴. Ceci est d'ailleurs d'autant plus vrai que les ressortissants communautaires, du fait de l'ouverture des frontières et du marché, se trouvent de plus en plus souvent confrontés au phénomène de diversité des lois⁶⁵⁵.

La nécessité d'unifier le droit international privé a été perçue par les Etats membres qui ont explicitement donné mission à la Communauté d'œuvrer dans ce sens en redéfinissant ses compétences en matière de droit international.

Cependant, si la perspective d'une communautarisation globale du droit international privé peut dorénavant être envisagée (§2), l'unification des règles de conflit en Europe est encore aujourd'hui décevante (§1).

⁶⁵² Afin de juger de l'opportunité de l'action de la Communauté européenne en matière de droit international privé nous nous intéresserons prioritairement à la communautarisation des règles de conflit de lois. La raison en est que cette forme d'universalisation du droit permet, à elle seule, de transcender les impasses générées par le particularisme de telle sorte que de manière idéale les règles de conflits de lois doivent constituer le support principal du processus d'universalisation du droit. Rappelons que l'universalisation des règles de conflit de juridictions ne suffit pas à elle seule à améliorer la sécurité juridique et rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international. Elle sert essentiellement à faciliter l'universalisation des situations juridiques individuelles. C'est la raison pour laquelle nous traiterons plus en détails de la communautarisation de ce type de règles générales dans le titre suivant.

⁶⁵³ Voir *supra* n° 269 à 271.

⁶⁵⁴ On remarque en effet que les objectifs poursuivis par le processus d'universalisation du droit concordent avec ceux que la Communauté a pour mission de réaliser. Celle-ci se propose en effet, selon l'article 61 TCE, de « mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice ». Cette sécurité ne peut évidemment pas exister si le droit applicable est imprévisible pour les particuliers. De la même manière, l'idéal de justice retenue ne peut pas triompher si les lois, du fait de leur manque d'autorité, ne peuvent remplir le but social qu'elles poursuivent.

⁶⁵⁵ Voir L. IDOT, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *LPA* 12 déc. 2002, p. 27 et s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen*, (dir. P. DE VAREILLES-SOMMIERES), Economica, p. 136, spéc. n° 2 : « La puissance unifiante du droit communautaire, n'a pas encore, tant s'en faut, annexé tous les domaines du droit privé des Etats membres de la communauté. Il en résulte que, dans les larges pans du droit privé maintenu sous l'empire des droits nationaux, le besoin de coordination, et donc de droit international privé, subsiste. Mieux que subsister, ce besoin s'accroît du fait de l'intégration de plus en plus poussée de la communauté. Telle que cette dernière est conçue elle engendre en effet, chacun le sait, l'ouverture des frontières, l'unification du marché et l'augmentation corrélative des rapports juridiques affectés d'un élément d'extranéité ».

§1- L'insuffisance actuelle des règles de conflit d'origine communautaire

432. Pour l'heure, la Communauté européenne a assez peu exercé la compétence spécifique qui lui a été octroyée par le Traité d'Amsterdam⁶⁵⁶. La majorité des règles de conflit d'origine communautaire sont des règles spéciales édictées dans le prolongement de règles de fond. Cette unification sectorielle et parfois peu cohérente des règles de conflit ne peut permettre d'améliorer de manière satisfaisante la prévisibilité du droit et de rétablir l'autorité des lois. Il s'ensuit que la Communauté ne peut pleinement réaliser les objectifs fixés par le Traité.

Cette situation est d'autant plus regrettable que la prétendue « communautarisation indirecte » (B) censée suppléer les carences de la « communautarisation directe »⁶⁵⁷ (A) des règles de conflit est loin d'être évidente.

A- L'insuffisance de la communautarisation directe des règles de conflit

433. Avant le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, la Communauté européenne n'avait pas, en matière de droit international privé, de compétence formellement définie. C'est la raison pour laquelle rares sont les textes d'origine communautaire ayant pour objet spécifique d'édicter directement des règles de conflit communes aux différents ordres juridiques.

Sur la base de l'ancien article 220⁶⁵⁸ (devenu article 293 depuis le Traité d'Amsterdam), deux conventions importantes ont été conclues par les Etats membres : la Convention de

⁶⁵⁶ Cela vient certainement du fait que l'exercice de la compétence prévue à l'article 65 TCE était soumis, pendant une période intermédiaire de cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, à une procédure originale. Selon l'article 67. 1 TCE, le Conseil devait statuer à l'unanimité sur proposition de la Commission ou à l'initiative d'un Etat membre et après consultation du Parlement européen. Ce n'est qu'à la suite d'une décision du Conseil postérieure à l'entrée en vigueur du Traité de Nice que la procédure de codécision prévue à l'article 251 TCE sera étendue à l'ensemble des dispositions couvertes par le titre IV.

⁶⁵⁷ Nous empruntons ces termes à Mme IDOT, article précité. La communautarisation directe des règles de conflits doit être comprise comme l'unification effectuée explicitement par la Communauté au moyen de directives ou de règlements contenant des règles de droit international privé. La communautarisation indirecte est celle qui est implicite et que l'on peut déduire des dispositions du Traité.

⁶⁵⁸ Selon lequel, « Les Etats engageront entre eux des négociations en vue d'assurer en faveur de leurs ressortissants :

- la protection des personnes ainsi que la jouissance et la protection des droits dans les conditions accordées par chaque Etat à ses propres ressortissants ;
- l'élimination de la double imposition à l'intérieur de la Communauté ;

Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Néanmoins, on ne peut pas à proprement parler y voir une manifestation de la communautarisation directe des règles de conflit. En effet, comme le note Mme BODENES-CONSTANTIN, « bien qu'élaborées avec le concours des institutions communautaires, elles (les conventions) relèvent du droit international général et ne sont pas sources, à proprement parler, du droit communautaire »⁶⁵⁹. Il est vrai que la Convention de Bruxelles a depuis fait l'objet, sur la base de la nouvelle compétence, d'une communautarisation par règlements. Pour autant, ce texte ne concerne pas le domaine des conflits de lois, support principal du processus d'universalisation du droit. Par conséquent, il ne peut suffire à améliorer la sécurité juridique et à rétablir l'autorité des lois dans l'ordre communautaire. On remarquera d'ailleurs que la plupart des règles communautaires, élaborées sur la base de la nouvelle compétence et qui ont pour objet principal d'unifier le droit international privé des Etats membres, sont relatives aux domaines de la coopération judiciaire et des conflits de juridictions⁶⁶⁰ et non à celui des règles de conflit de lois. Dans cette matière, seuls quatre textes unifient de manière générale et spécifique le droit des Etats membres.

Le premier est le règlement n° 1048/71 du 14 juin 1971 qui traite des règles de conflit de lois en matière de sécurité sociale. Il a été pris sur la base de l'article 51 du Traité (actuel article 42) et consacre le principe de l'unicité de la loi applicable. Celle-ci, correspond, sauf exceptions, à la loi du lieu de travail de l'assuré. L'unification opérée permet la libre circulation des travailleurs en évitant toute sorte de discrimination à l'encontre d'un ressortissant communautaire dans le versement des prestations sociales et assure une coordination cohérente des régimes de sécurité sociale.

-
- la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 58 alinéa 2, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert d'un pays vers un autre et la possibilité de fusion des sociétés relevant de législations nationales différentes ;
 - la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproque des décisions judiciaires ainsi que les sentences arbitrales ».

⁶⁵⁹ Thèse précitée, n° 139.

⁶⁶⁰ Voir notamment le règlement CE 1347/2000 du 29 mai 2000 (règlement Bruxelles II) abrogé par le règlement CE du 27 novembre 2003 n° 2201/2003 (règlement Bruxelles II bis) relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ; le règlement CE 1348/2000 du 22 décembre 2000 relatif à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale ; le règlement CE n° 1206/2001 du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale ; le règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 relatif au titre exécutoire européen pour les créances incontestées.

Le deuxième est le règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Il reprend peu ou prou les dispositions de la Convention de Bruxelles du 23 novembre 1995 sur la faillite internationale et organise un système commun aux Etats membres inspiré tout à la fois de la conception universaliste et de la conception territorialiste de la faillite internationale.

Les deux derniers sont les récents règlements « Rome I »⁶⁶¹ et « Rome II »⁶⁶² qui ont pour objet d'unifier les règles de conflit de lois des Etats membres en matière d'obligations contractuelles et extra-contractuelles.

L'action de la Communauté en matière d'unification des règles de conflit de lois des Etats membres ne se résume cependant pas à ces quelques textes qui, bien que d'une qualité scientifique indéniable⁶⁶³, ne sauraient suffire à transcender les impasses générées par le particularisme et à instaurer « un espace de liberté, de sécurité et de justice »⁶⁶⁴. A côté de ces deux textes traitant principalement de droit international privé, de nombreuses règles de conflits spéciales ont incidemment été insérées dans des textes de droit dérivé destinés, au départ, à modifier le droit matériel des Etats membres. Il serait à la fois vain et inutile de répertorier l'ensemble de ces règles spéciales⁶⁶⁵. On notera simplement qu'elles touchent des domaines aussi variés que les contrats de consommation⁶⁶⁶, les contrats d'assurance⁶⁶⁷ ou le droit des groupements⁶⁶⁸.

Cette prolifération de règles de conflit de lois spéciales d'origine communautaire permet-elle à la Communauté d'assurer la libre circulation et d'instaurer un espace de liberté, de sécurité et de justice ? Ces règles communes suffisent-elles à endiguer l'imprévisibilité du droit et l'affaiblissement de l'autorité des lois qui empêchent la réalisation de ces objectifs ?

⁶⁶¹ Règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

⁶⁶² Règlement CE n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations extra-contractuelles.

⁶⁶³ Voir F. VIANGALLI, thèse précitée, n° 611.

⁶⁶⁴ Article 61 TCE.

⁶⁶⁵ Pour un exposé complet voir F. VIANGALLI, thèse précitée, n° 520 et s. ; K. KREUZER, article précité, p. 112 et s. et H. DUINTJER TEBBENS, « Les règles de conflit contenues dans les instruments de droit dérivé », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), Dalloz, 2004, p. 101.

⁶⁶⁶ Directive n° 93/13 du 5 avril 1993 sur la protection des consommateurs contre les clauses abusives qui énonce dans son article 6§2 que « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix d'un droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres ».

⁶⁶⁷ Directive n° 88/357 du 22 juin 1988 qui prévoit la loi applicable au contrat d'assurance dans son article 7.

⁶⁶⁸ Règlements CE n° 2187/85 du 25 juillet 1985 et n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 qui se réfèrent à la loi du siège social pour les matières non couvertes par les textes portant loi matérielle uniforme en matière de société européenne ou de groupement européen d'intérêt économique.

A dire vrai, il paraît difficile de faire preuve d'un grand enthousiasme à l'égard de ce cortège de règles spéciales de conflit de lois d'origine communautaire⁶⁶⁹.

En premier lieu, ces règles sont généralement applicables dans le seul domaine du droit privé visé par le texte communautaire de droit dérivé. Elles engendrent ainsi une multiplication des règles de conflit peu compatible avec l'objectif de sécurité juridique. C'est ce que dénonce M. VIANGALLI : « le nombre de situations problématiques en droit privé substantiel est en lui-même inquantifiable, il n'y a aucun moyen de dénombrer les conflits de lois qui peuvent se greffer sur chacune d'elles. L'approche casuistique de la matière, qui n'appréhende celle-ci qu'à travers le prisme d'une situation de droit privé substantiel sans la resituer dans son contexte général n'a guère de chances de parvenir à l'élaboration d'un système commun de règlement des conflits de lois. Les règles de conflit issues des textes communautaires (...) sont donc déjà sur ce point de vue un échec relatif »⁶⁷⁰.

En second lieu, l'articulation de ces règles spéciales avec les règles de conflit de lois générales d'origine nationale ou internationale est loin d'être évidente. En effet, souvent ces règles, du fait de leur extrême spécialisation, ne peuvent suffire à désigner le droit applicable pour l'ensemble de la question litigieuse. Il faut fréquemment recourir aux règles générales de conflit. La définition des domaines des deux règles est alors parfois difficile et peut être une source d'incohérence de la réglementation. De ce fait, malgré la primauté du droit communautaire⁶⁷¹ et la règle *specialia generalibus derogant*, la pluralité des instruments de droit international privé s'avère être une source d'insécurité juridique⁶⁷². C'est la raison pour laquelle, le groupement européen de droit international privé a, par exemple, fait remarquer que « l'article 6, paragraphe 2, de la directive n° 93/13 du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre consommateurs, sont de nature, dans leur contenu ou leur formulation, à susciter d'importantes difficultés d'interprétation, notamment

⁶⁶⁹ Voir F. VIANGALLI, thèse précitée, n° 523 à 534.

⁶⁷⁰ Thèse précitée n° 524 et dans le même sens E. JAYME et C. KOHLER, « L'interaction des règles de conflit de lois dans le droit dérivé des Communautés européennes et des conventions de Bruxelles et de Rome », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 1.

⁶⁷¹ Cette primauté du droit communautaire est expressément rappelée par l'article 20 de la Convention de Rome de 1980 qui réserve l'application des règles de conflit contenues dans les actes communautaires.

⁶⁷² F. VIANGALLI, thèse précitée, n° 530 : « Ces règles spéciales viennent souvent réglementer un domaine du droit qui relevait auparavant de règles générales. Il en résulte qu'elles viennent réduire le champ d'application de ces règles générales sans les abroger purement et simplement. Or, on a vu plus haut que leur rédaction péchait souvent par leur imprécision. C'est ici que surgit le conflit. Il n'est pas en effet toujours évident de circonscrire avec précision le domaine exact de chaque règle spéciale. Lorsque cette difficulté apparaît, il est alors difficile de dire dans quel cas la règle communautaire spéciale va s'appliquer et dans quel cas la règle générale va retrouver son empire. Il en résulte une certaine insécurité juridique » ; E. JAYME et C. KOHLER, article précité ; M. WILDERSPIN et X. LEWIS, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 1.

en raison d'un manque de coordination avec les dispositions pertinentes des Conventions de Bruxelles et de Rome »⁶⁷³.

434. En définitive, la rareté des règles de conflits générales et la qualité médiocre des règles de conflits spéciales font que la communautarisation du droit international privé est encore actuellement insuffisante pour que la sécurité juridique soit garantie et l'autorité des lois rétablie au sein de l'espace européen. Il en résulte que la Communauté n'a pas encore atteint son objectif d'instaurer un espace de liberté, de sécurité et de justice. Pour ce faire, elle doit aller plus loin dans le processus d'universalisation du droit et unifier de manière globale le droit des conflits de lois. D'aucuns prétendent pourtant que si la communautarisation directe et volontaire du droit international privé est insuffisante, il existe une communautarisation indirecte permettant de suppléer cette insuffisance.

B- Les faiblesses de la thèse de la communautarisation indirecte des règles de conflit

435. Comme l'indique Mme IDOT, la communautarisation indirecte résulte « de l'incidence que peuvent avoir le droit communautaire originaire et les principes généraux consacrés par la Cour de justice sur les solutions du droit international privé »⁶⁷⁴. En d'autres termes, pour les partisans de cette thèse, l'universalisation du droit international n'est pas toujours le fait de règlements ou de directives européennes énonçant explicitement des règles générales communes aux différents Etats membres. Il existerait « une véritable emprise du droit primaire sur le droit international privé, et plus précisément sur le droit des conflits de lois »⁶⁷⁵. Cette emprise se manifesterait de deux manières différentes.

D'une part, le droit matériel primaire générerait de véritables règles de conflits de lois ayant vocation, du fait de leur supériorité hiérarchique, à se substituer à celles des Etats membres (1°).

D'autre part, le droit matériel primaire serait en contradiction avec certaines règles de conflit de lois nationales. Il n'agirait alors plus positivement en donnant naissance à des règles de conflit mais négativement en remettant en cause certaines solutions nationales de droit

⁶⁷³ *Rev. crit DIP* 1995, p. 39 et s.

⁶⁷⁴ Article précité, n° 2.

⁶⁷⁵ M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, précité, p. 31.

international privé. Il n'en demeure pas moins que son action unificatrice serait, si cette thèse se vérifiait, réelle puisqu'il en résulterait une harmonisation des règles de conflit de lois des Etats membres (2°).

Afin d'évaluer le niveau actuel de communautarisation du droit international privé, il convient de vérifier la véracité de ces thèses doctrinales en les confrontant au droit positif. Ce faisant, on s'aperçoit que l'influence du droit communautaire primaire sur le droit international privé des Etats membres est loin d'être avérée.

1° - L'absence de règles de conflit issues indirectement du droit primaire

436. Selon certains, l'unification du droit des conflits de lois au sein de l'Europe communautaire irait bien au-delà des règles contenues dans les instruments de droit dérivé, du fait de l'existence d'une « règle de conflit cachée » déductible des dispositions du Traité. Les tenants de cette théorie, développée à la base par la doctrine allemande⁶⁷⁶ et suivie par certains auteurs⁶⁷⁷, considèrent que la loi du pays d'origine doit jouir, en vertu des dispositions du Traité et notamment des libertés de circulation, d'une compétence générale. Le point de départ de ce courant doctrinal est le célèbre arrêt *Cassis de Dijon*⁶⁷⁸ de la Cour de justice des Communautés européennes.

Dans cette affaire, la Cour a considéré que l'interdiction d'importer en Allemagne du Cassis de Dijon, en vertu d'une législation allemande fixant une teneur alcoolique minimale non atteinte par le produit français, constituait une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation, interdite par l'article 28 du Traité sous réserve de la possibilité d'invoquer des motifs d'intérêt général et à condition que les mesures dérogatoires prises par l'Etat membre soient nécessaires pour la satisfaction de l'objectif visé. Cet arrêt pose ainsi un principe de reconnaissance mutuelle, fondé sur la liberté de circulation des marchandises, qui interdit à l'Etat d'accueil d'opposer au fournisseur sa réglementation propre si sa marchandise satisfait déjà aux exigences équivalentes du pays où elle a été produite. Par la suite, ce

⁶⁷⁶ Voir principalement J. BASEDOW, « *Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt : favor offentis* », *Rabels Z.* 1995, p. 1.

⁶⁷⁷ Voir notamment M. FALLON, « Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à F. RIGAUX*, Bruylant, 1993, p. 187 et « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *RCADI* 1995, III, tome 253, p. 9 et « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » précité.

⁶⁷⁸ CJCE 20 février 1979, aff. 120/78, *Rec.* 1979, p. 649,

principe de reconnaissance mutuelle a été étendu et approfondi « en ce sens qu'il impliquerait d'une manière générale l'application de la loi du pays d'origine, dans toute situation internationale entrant par ailleurs dans le domaine d'une liberté de circulation »⁶⁷⁹. Le droit international privé des Etats membres s'en trouverait bouleversé puisque cette règle de conflit cachée s'imposerait dans des domaines aussi variés que les contrats (de vente de marchandises ou de prestation de services⁶⁸⁰), le statut personnel ou les délits...⁶⁸¹

Les grandes libertés de circulation énoncées par le Traité suffiraient, du fait de leur vaste domaine *materiae ratione*, à unifier indirectement les droits des Etats membres sans que la Communauté ait besoin de recourir à la nouvelle compétence que le Traité d'Amsterdam lui a conférée en matière de conflit de lois. Il en résulterait un principe unique de résolution des conflits de lois, commun à tous les Etats membres et indiquant de retenir comme compétente la loi du pays d'origine.

Même s'il est certain que de récentes directives⁶⁸² sont venues alimenter la thèse du principe de la loi d'origine, il ne nous semble pas que la révolution annoncée puisse avoir lieu sans une dénaturaison de la lettre et de l'esprit des textes et des arrêts invoqués.

437. En premier lieu, on ne peut que suivre M. HEUZE lorsqu'il regrette le déficit démocratique sur lequel reposerait la théorie « des règles de conflit cachées » si elle devait s'imposer en droit positif⁶⁸³. Comme l'indique l'auteur, le Traité de Rome « ne tire sa valeur normative que de la volonté des peuples qui ont autorisé sa ratification »⁶⁸⁴. Dès lors, il n'est possible d'en déduire des règles générales non-énoncées expressément que si celles-ci sont le prolongement logique et immédiat des dispositions matérielles contenues dans le Traité. Or,

⁶⁷⁹ F. VIANGALLI, thèse précitée, n° 181.

⁶⁸⁰ Voir L. G. RADICATI DI BROZOLO, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Rev. crit. DIP* 1993, p. 401.

⁶⁸¹ Voir pour une vision maximaliste du domaine d'application de cette règle de conflit F. GUERCHOUN, *Les conflits de conventions et d'actes communautaires en droit international privé*, thèse dactyl., Paris I, 2002, spéc. n° 79 où l'auteur énonce que ce principe unique de résolution des conflits de lois indique de retenir la compétence de la loi nationale en matière de statut personnel.

⁶⁸² Voir notamment, la directive n° 2000/31 du 8 juin 2000 dite « directive sur le commerce électronique » et surtout la directive n° 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur et les débats juridiques et politiques qui l'ont précédée. Sur ces débats voir notamment L. IDOT, « Marché européen des services : directive « Bolkestein » ou « Frankenstein » ? Le mythe de la loi d'origine... », *Europe* mars 2005, p. 3 ; C. PRIETO, « Liberté d'établissement et de prestation de services », *RTD eur.* 2005, p. 867 ; J.-S. QUEGUINER, « Le principe du pays d'origine appliqué à la matière contractuelle : Phénix du droit international communautaire », *Lamy droit des affaires* 2007, p. 107.

⁶⁸³ V. HEUZE, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, précité, p. 393.

⁶⁸⁴ *Ibid.* p. 394.

cela est loin d'être évident pour la règle de conflit donnant une compétence de principe à la loi du pays d'origine.

D'une part, cette règle a été déduite d'arrêts ponctuels par une partie de la doctrine qui s'est efforcée de la généraliser.

D'autre part, elle est inspirée par une vision maximaliste du marché intérieur qui retient une conception du libre-échange peu en adéquation avec l'esprit du Traité. En effet, il est loin d'être évident que le Traité de Rome vise à privilégier systématiquement les exportateurs de biens et de services au détriment des autres acteurs de la vie économique comme par exemple les consommateurs ou les victimes d'actes délictuels. Ainsi, même si elle était consacrée par la jurisprudence, une telle règle de conflit n'aurait qu'une légitimité démocratique très relative.

438. En second lieu, le fondement juridique de la théorie des règles de conflits cachées est loin d'être convaincant. Il ne semble en effet pas possible, sauf à faire primer une « certaine posture idéologique »⁶⁸⁵ sur l'analyse juridique, de déduire une telle règle générale des grandes libertés consacrées par le Traité et des arrêts qui explicitent leur mise en œuvre concrète.

Tout d'abord, le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas assez précis « pour remplir la fonction d'une règle de conflit de lois »⁶⁸⁶. Les arrêts de la Cour de justice ne suffisent pas à établir la catégorie de rattachement que cette règle énoncerait. Comme l'indique M. HEUZE, la conception de la loi d'origine n'est pas la même selon la liberté sur laquelle elle se fonde⁶⁸⁷. Partant, pour que le principe d'origine puisse donner naissance à un système viable et général de règles de conflit de lois il faudrait à chaque fois préciser, dans des instruments de droit dérivé, le critère exact de rattachement pour chaque catégorie de question.

Où serait alors la révolution annoncée ?

En édictant de telles règles de rattachement, la Communauté ne ferait que l'usage de sa compétence en matière de droit international et le principe du pays d'origine ne serait qu'une directive de réglementation des relations internationales entre personnes privées qui viendrait concurrencer le principe de proximité. Il en résulterait une simple évolution du droit des conflits de lois. Il n'y aurait alors rien de bien surprenant, l'évolution du droit étant étroitement liée à celle de la société qu'il entend régir.

⁶⁸⁵ V. HEUZE, article précité.

⁶⁸⁶ F. VIANGALLI, thèse précitée, n°183.

⁶⁸⁷ V. HEUZE, article précité, p. 422.

Au demeurant, cette évolution, si elle devait avoir lieu, ne serait pas plus radicale que celle qui a mis fin à l'application territoriale des lois ou que celle qui a peu à peu remis en cause le rattachement de principe à la loi nationale en matière de statut personnel.

Ensuite, la reconnaissance d'une telle règle de conflit résulte d'une interprétation erronée de la jurisprudence. En effet, l'arrêt *Keck et Mithouard*⁶⁸⁸ est venu préciser l'arrêt *Cassis de Dijon* en indiquant qu'il ne concernait que « les règles nationales relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises » et non celles « limitant ou interdisant certaines modalités de vente ». Il en résulte que la solution de la décision à la base de la théorie des règles cachées avait seulement pour but « de coordonner les législations douanières, professionnelles ou techniques, à la lisière du droit public »⁶⁸⁹ et non de désigner comme compétent l'ensemble du droit privé du pays d'origine.

Enfin, et c'est là le point essentiel, le principe déduit de l'arrêt *Cassis de Dijon* et généralisé par une partie de la doctrine ne peut être rangé dans la catégorie des règles de conflit de lois. La loi du pays d'origine n'est pas désignée afin d'être appliquée. Il n'y est fait référence que pour savoir si le fournisseur ou le prestataire de service s'y est conformé. Si tel est le cas et qu'il n'existe pas de motif d'intérêt général, les personnes mentionnées n'ont alors plus besoin de se conformer aux normes du pays d'accueil.

En d'autres termes, il ne s'agit pas de désigner une loi substantielle afin de l'appliquer mais de reconnaître une situation juridique. Le principe de reconnaissance mutuelle, et cela n'a rien d'étonnant vu les termes employés, contribue donc davantage à l'universalisation des situations juridiques individuelles⁶⁹⁰ qu'à celle des règles générales. En effet, le juge du for prend simplement acte d'une situation juridique de conformité mais n'applique pas, à proprement parler, les règles du pays d'origine.

En définitive, le principe du pays d'origine vient surtout au soutien de l'harmonisation du droit matériel afin que le rapprochement des législations opéré puisse correctement remplir les objectifs pour lesquels il a été réalisé. Son rôle est essentiellement d'empêcher, dans le domaine de la libre circulation des marchandises ou dans celui de la libre prestation des services, que le pays d'accueil freine les échanges en opposant des règles qui poursuivent peu ou prou les mêmes objectifs que celles du pays d'origine. Si son rôle est bien de coordonner les différentes législations, il ne peut pour autant être perçu comme un système général de réglementation des relations intracommunautaires entre personnes privées.

⁶⁸⁸ CJCE 24 nov. 1993, aff. C-267/91 et C-268/91, *Rec.* 1993, p. I-6097.

⁶⁸⁹ F. VIANGALLI, thèse précitée, n° 181.

⁶⁹⁰ Sur laquelle voir *supra* n° 350 et s.

439. En résumé, on ne peut déduire des grandes libertés consacrées par le Traité un système de conflit de lois commun aux différents Etats membres de l'Union européenne. Le principe de confiance mutuelle n'implique pas d'appliquer dans toutes les hypothèses la loi du pays d'origine. La communautarisation indirecte du droit international privé est donc, de ce point de vue, insuffisante pour que la sécurité juridique soit satisfaisante, l'autorité des lois rétablie et, par conséquent, les objectifs de la Communauté parfaitement réalisés.

Précisons qu'il est simplement ici question de rendre compte d'un constat fondé sur l'analyse des dispositions du Traité et des arrêts de la Cour qui ont pour objet de les interpréter. Il ne s'agit pas d'exprimer un regret. L'absence de consécration de la théorie des règles de conflit cachées en droit positif ne peut que rassurer car elle sous-tend une conception qui est, à nos yeux, exagérément libérale et ne correspond pas à l'attente des peuples quant au rôle de l'Union européenne.

440. S'il est impossible de déduire du droit communautaire des règles de conflits cachées, il est en revanche possible que celui-ci opère une harmonisation des règles de conflits nationales. Il nous semble pourtant que l'influence des principes communautaires sur les règles de conflits de lois est assez réduite. L'universalisation réalisée indirectement est de ce fait loin d'être suffisante pour transcender les impasses générées par le particularisme.

2°- L'absence d'harmonisation des règles de conflit nationales par le droit communautaire primaire

441. Ce n'est pas parce qu'il est impossible de déduire du droit communautaire originaire des règles de conflits de lois s'imposant à tous les Etats membres que celui-ci n'a aucun effet sur les réglementations nationales de droit international privé. En effet, si certaines d'entre elles sont contraires aux dispositions substantielles du Traité, leur remise en cause subséquente aura pour effet de réaliser une certaine harmonisation au sein de l'Union européenne.

En d'autres termes, en déclarant certaines règles nationales de conflit contraires aux principes matériels de droit communautaire, une universalisation du droit international privé serait indirectement réalisée.

S'il est vrai que des arrêts de la Cour de justice ont pu alimenter cette thèse, le résultat du test de compatibilité entre les principes du droit communautaire et les règles de conflit nationales n'a pas la portée qu'on a parfois voulu lui donner⁶⁹¹. En effet, le droit communautaire est généralement neutre vis-à-vis des règles de conflits bilatérales classiques. Le contrôle s'effectue principalement à propos de la loi matérielle désignée par la règle de conflit mais ne remet pas en cause les solutions nationales de conflit de lois⁶⁹². Cela ne veut pas pour autant dire que le droit communautaire n'ait aucune influence sur le droit international privé des Etats membres. Cependant cette influence s'exerce davantage sur des mécanismes tels que l'exception d'ordre public ou les lois de police⁶⁹³ que sur la détermination dans l'abstrait de la loi compétente. Cela n'a rien d'étonnant car, comme l'indique Mme IDOT, « le droit communautaire ne s'intéresse qu'au résultat concret, à l'application effective de la norme »⁶⁹⁴. Les règles de conflit abstraites et bilatérales, qui représentent toujours la méthode de principe, ne peuvent que difficilement s'opposer à des principes matériels contenus dans le traité. Cette indifférence du droit communautaire à l'égard des règles de conflit nationales ressort nettement des décisions de la Cour de justice⁶⁹⁵. On s'aperçoit en effet que le droit communautaire n'opère de contrôle que sur le contenu de la loi désignée au stade de son application concrète.

442. Un arrêt rendu en matière de statut personnel révèle tout à fait l'absence d'influence du droit communautaire sur les règles de conflits nationales. Dans cette affaire⁶⁹⁶, des parents d'enfants belgo-espagnols, nés et résidant en Belgique, avaient introduit une demande de changement de nom devant les autorités belges compétentes afin que le nom de leurs enfants soit, aux yeux de la Belgique, le même que celui qui avait été préalablement inscrit au registre de l'Etat civil de l'ambassade d'Espagne conformément à la loi espagnole relative à la dévolution du patronyme. Ils se virent opposer un refus par les autorités belges compétentes aux motifs que leurs enfants devaient, du fait de leur nationalité belge, prendre le nom de leur père⁶⁹⁷ et que la diversité des noms mentionnés dans les actes belges et espagnols⁶⁹⁸ ne

⁶⁹¹ Voir sur ce thème M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « La portée du test de comptabilité communautaire en droit international privé contractuel », in *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, précité, p. 475.

⁶⁹² Voir dans ce sens L. IDOT, article précité, n° 21 et s. ; F. VIANGALLI, thèse précitée, n° 85 et s.

⁶⁹³ Voir *infra* n° 516 et s. et n° 526 et s.

⁶⁹⁴ Article précité, n° 22.

⁶⁹⁵ Pour une analyse plus approfondie de la jurisprudence voir F. VIANGALLI, thèse précitée, n° 195 et s.

⁶⁹⁶ CJCE 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec* 2003, p. I-11613.

⁶⁹⁷ Puisque c'est ce que prévoit la loi belge ici compétente au titre de loi nationale des enfants.

⁶⁹⁸ Le code civil espagnol prévoit en effet que l'enfant porte un nom composé de la première partie du nom du père suivi du premier élément du nom de la mère.

pouvait être considérée comme suffisante pour justifier le changement. Ils introduisirent alors un recours devant le Conseil d'Etat en prétendant que le refus qui leur avait été opposé constituait une violation du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité posé à l'article 12 du Traité. Face à cette argumentation, le Conseil sursit à statuer et interrogea la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel. La Cour donna raison aux parents au terme d'un raisonnement assez complexe. Elle commença par énoncer que bien qu'étant identifiées par le critère de la nationalité des intéressés, les règles relatives à l'attribution du nom de famille devaient respecter les dispositions du Traité concernant l'exercice d'une liberté de circulation. Elle énonça ensuite que la règle belge était discriminatoire dans la mesure où elle prétendait régir de la même manière l'ensemble des sujets belges qu'ils soient binationaux ou non alors que l'existence d'une autre nationalité requerrait un traitement différent, les situations ne pouvant être considérées comme identiques. Enfin, elle estima qu'aucune raison sérieuse ne pouvait justifier une telle discrimination.

Ce qu'il faut retenir de cet arrêt, c'est que la Cour ne condamne pas le facteur de rattachement à la loi nationale. Ce qu'elle réprime c'est la règle substantielle belge qui dicte une pratique administrative qui ne tient pas compte de la particularité de la situation des individus. Ainsi, cet arrêt ne bouleverse en rien le critère de rattachement à la loi nationale. Ceci est d'ailleurs logique car comme l'écrit M. VIANGALLI, le rattachement à la loi nationale n'a rien de discriminatoire « mais revient au contraire à traiter différemment des situations différentes »⁶⁹⁹.

443. Il serait possible de montrer que le droit communautaire n'exerce aucune influence sur les règles nationales de conflits de lois à travers de nombreux autres arrêts de la Cour de justice⁷⁰⁰. Cependant cette démonstration a déjà été faite par des auteurs qui se sont intéressés plus spécifiquement à cette question⁷⁰¹ et surtout la nature neutre, bilatérale et abstraite de la plupart des règles de conflit de lois suffit à expliquer cette absence d'influence.

⁶⁹⁹ Thèse précitée, n° 191.

⁷⁰⁰ Voir notamment en matière contractuelle CJCE 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique*, aff. C-339/89, *Rec.* 1991, p. I-107.

⁷⁰¹ Voir notamment F. VIANGALLI, thèse précitée, qui précise cependant que cette non-influence connaît une exception dans le domaine des sociétés car « la jurisprudence de la Cour retient de la liberté d'établissement des personnes morales une interprétation si rigoureuse qu'elle a pour effet de condamner la théorie du siège réel ».

444. Toujours est-il que le degré de communautarisation du droit international privé s'avère pour l'heure insuffisant. Les règles de conflit volontairement créées par la Communauté sont des règles très spécifiques, édictées dans le prolongement de règles de fond. Elles ne forment en aucun cas un système cohérent et complet permettant d'améliorer la sécurité juridique au sein de l'espace communautaire et de rétablir l'autorité des lois mise en cause par la diversité des droits privés des Etats membres.

Pour pallier cette insuffisance, le recours au droit communautaire primaire n'est d'aucun secours. Celui-ci n'a en effet qu'une influence très réduite sur les règles de conflits de lois en vigueur dans les Etats membres. Il n'est pas possible de déduire des dispositions du Traité des règles de conflit communes. Il est tout aussi délicat d'estimer que le droit communautaire exerce un contrôle sur les législations nationales de droit international privé. Celui-ci « tient pour acquis le jeu de la règle de conflit pertinente »⁷⁰² et n'exerce son contrôle que sur le résultat concret de l'application de la loi matérielle désignée. Il n'a donc pas pour effet d'harmoniser les règles de conflit de lois des Etats membres.

Cette situation est assez regrettable car, à nos yeux, le déficit de sécurité juridique et le manque d'autorité des lois freinent, dans de nombreuses hypothèses, la réalisation des objectifs que les Etats membres ont définis dans le Traité.

Il semble cependant que l'on puisse envisager le futur avec optimisme car la redéfinition des compétences de la Communauté européenne dans le Traité d'Amsterdam laisse entrevoir la perspective d'un rapprochement global des règles de conflits dans un avenir relativement proche.

§ 2- La perspective d'une unification générale des règles de conflit au niveau communautaire

445. Si une unification générale des règles de conflit au niveau communautaire semble aujourd'hui vraisemblable c'est non seulement parce que la Communauté dispose, depuis le Traité d'Amsterdam, d'une compétence idoine pour réaliser un tel projet mais aussi parce qu'elle a officiellement manifesté son ambition d'intervenir pour élaborer un véritable droit

⁷⁰² L. IDOT, article précité, n° 23.

international privé européen. On ne peut que se réjouir d'une telle intervention de la Communauté car elle repose sur une base juridique solide et s'avèrera certainement d'une grande efficacité pour améliorer la sécurité juridique et rétablir l'autorité des lois.

Ainsi, l'unification des règles de conflit au niveau communautaire est tout à la fois un projet dont la réalisation est imminente (A) et qui est doté d'une grande efficacité (B). De ce fait, la perspective d'une action de la Communauté dans ce sens ne peut être qu'approuvée.

A- Une unification imminente des règles de conflit au niveau communautaire

446. Si l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, le 1^{er} mai 1999, n'a pas offert davantage de possibilités d'unifier le droit matériel, elle a conféré à la Communauté une compétence spécifique en matière de droit international privé.

Le nouvel article 65 du Traité dispose ainsi que « Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché visent entre autres à :

- a) améliorer et simplifier :
 - le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires ;
 - la coopération en matière de preuves ;
 - la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extra-judiciaires ;
- b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflit de lois et de compétences ;
- c) éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les Etats membres ».

447. Cette nouvelle compétence permet-elle à la Communauté européenne d'élaborer un système commun de droit international privé ?

448. Pour certains commentateurs⁷⁰³, l'intervention communautaire en matière de droit international privé demeurerait en réalité limitée malgré cette disposition qui fait expressément référence à la compétence directe, à la compétence indirecte et aux conflits de lois.

En premier lieu, cet article étant situé dans le titre IV du Traité intitulé « visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes », il ne conférerait à la Communauté qu'une compétence sectorielle⁷⁰⁴. Sa localisation dans le texte inciterait en effet à penser qu'il ne s'agit que d'un « accessoire à la communautarisation des matières relatives à la libre circulation des personnes du troisième pilier »⁷⁰⁵.

En second lieu, la compétence conférée à la Communauté serait d'autant plus limitée *ratione materiae* qu'il est expressément fait référence, dans l'article 65, « aux mesures ayant une incidence transfrontière » et qui intéressent le « bon fonctionnement du marché intérieur ». Pour les partisans d'une interprétation stricte du texte, ces références empêcheraient la Communauté d'élaborer des règles amenées à régir des situations qui ne seraient pas intracommunautaires. Il serait alors difficile, pour les instances communautaires, d'édicter des règles de conflits de lois communes qui, sauf à instaurer un double régime extrêmement complexe⁷⁰⁶, sont normalement destinées à s'appliquer tant aux situations intracommunautaires qu'à celles qui affectent un ou plusieurs Etats tiers.

En dernier lieu, la présence des expressions « favoriser la compatibilité » et « améliorer et simplifier », interdirait, en vertu du principe de proportionnalité, à la Communauté d'élaborer un système de règles de conflit communes. Celle-ci devrait se contenter de les coordonner en édictant, par exemple, des règles de conflit de systèmes⁷⁰⁷.

449. En définitive, si l'on s'en tient à une lecture exégétique de l'article 65 du Traité, rien ne permet de dire que la Communauté dispose, depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, d'une nouvelle base juridique lui permettant d'élaborer un système commun de droit international privé et plus particulièrement de conflit de lois.

⁷⁰³ Voir notamment C. KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 1 ; A.V.M. STRUYCKEN, « Le droit international privé d'origine communautaire et les Etats tiers », *Rev. aff. eur.* 2002, p. 469 ; A. BODENES-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, précité, n° 148 et s.

⁷⁰⁴ Voir dans ce sens G. JAZOTTES, « L'incidence du droit international privé communautaire sur l'ordre communautaire », *LPA* 12 déc. 2002, p. 38.

⁷⁰⁵ A. BODENES-CONSTANTIN, thèse précitée, n° 150.

⁷⁰⁶ Voir *infra* n° 469 et s.

⁷⁰⁷ Voir H. LABAYLE, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTD eur.* 1997, p. 813, spéc. p. 857

Pourtant, plusieurs raisons nous donnent à penser qu'une lecture restrictive des dispositions du Traité s'accorde mal avec l'esprit de celui-ci.

L'insertion de l'article 65 dans le Titre IV relatif à la liberté de circulation des personnes semble davantage due au hasard de la négociation qu'à une volonté délibérée des négociateurs⁷⁰⁸. On ne peut donc en déduire une limitation des compétences de la Communauté aux seules politiques liées à libre circulation des personnes⁷⁰⁹.

Il convient, au demeurant, de replacer cette disposition dans son contexte normatif. Or, comme l'indique M. KREUZER⁷¹⁰, l'article 65 doit être lu dans le prolongement de l'article 14 alinéa 2 selon lequel le terme « marché intérieur » doit être interprété de manière large et non dans sa seule dimension économique⁷¹¹. Il en résulte que cette disposition, qui a pour but de concrétiser les objectifs de l'Union européenne, doit faire l'objet d'une lecture extensive afin de permettre à la Communauté de faciliter, au moyen de cette nouvelle compétence, non seulement la libre circulation des personnes mais également celles des capitaux, des marchandises et des services.

L'emploi des termes « favoriser la compatibilité » et « améliorer et simplifier » ne doit pas non plus tromper le lecteur. Si la rédaction est malheureuse, elle ne peut pour autant signifier que l'action communautaire doit se restreindre à l'adoption de règles de conflits de systèmes. L'unification de ce type de dispositions ne peut permettre à elle seule une identification claire du droit compétent. Or, selon le Plan d'action du Conseil et de la Commission relatif aux modalités optimales de mise en œuvre du Traité d'Amsterdam⁷¹², l'établissement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice décrit à l'article 61 du Traité implique justement que le droit applicable puisse être déterminé avec certitude. Il en résulte

⁷⁰⁸ Voir dans ce sens C. KESSEDJIAN, « Le passé et l'avenir du droit international privé européen dans le cadre de l'intégration européenne », *Rev. aff. eur.* 2002, p. 411, spéc. p. 412 : « la place de l'article 65 dans ce titre est plus due à un hasard de la négociation et à un manque de temps, lorsque la disposition qui a été proposée relativement tardivement a finalement été adoptée. En réalité, pour bien faire, il aurait été nécessaire de penser la véritable place de cette disposition et, vraisemblablement de créer un titre spécifique en la joignant avec l'article 293 dont la teneur – au moins son champ d'application – aurait dû être précisée. Tout ceci n'était pas vraiment possible dans le temps qui restait avant la fin de la conférence diplomatique. De plus, les négociateurs, dont aucun n'était spécialiste de la matière, n'avaient pas forcément considéré comme fondamental une réflexion systématique sur la place de ces dispositions dans l'arsenal des compétences communautaires ».

⁷⁰⁹ On remarquera à ce titre que le règlement « Bruxelles I » a été adopté sur le fondement de l'article 65 alors que l'on peut estimer qu'il n'intéresse pas que la libre circulation des personnes.

⁷¹⁰ Article précité, p. 128.

⁷¹¹ Selon l'auteur, « cette interprétation trouve sa confirmation dans le large faisceau de matières énumérées à l'article 65 et dans la pratique des Etats membres relative à l'ancien article K.1, n° 6 TUE, remplacé par l'article 65 TCE, ce procédé de substitution ne pouvant être interprété comme une restriction du champ d'application matériel ».

⁷¹² JOCE C 19 du 23 janvier 1999, p. 1.

que malgré les termes employés, la véritable volonté des négociateurs était de permettre à la Communauté d'élaborer des règles de conflit communes aux Etats membres.

450. Malgré une rédaction parfois maladroite, l'analyse de la *ratio conventionis* ne laisse pas de doutes sur la possibilité, pour la Communauté, d'élaborer, sur la base de l'article 65, des règles communes de conflits de lois dans l'ensemble des domaines du droit civil⁷¹³.

451. La Communauté dispose donc, depuis le Traité d'Amsterdam, d'une compétence adéquate et efficace pour élaborer un système de droit international privé commun aux différents Etats membres⁷¹⁴. Dès lors, une unification des règles de conflit au niveau communautaire devient envisageable. Cette perspective semble d'ailleurs d'autant plus probable que la Communauté a clairement manifesté sa volonté d'unifier l'ensemble des règles de droit international privé dans un avenir assez proche.

En effet, conformément à la procédure de codécision, en vigueur depuis l'entrée en application du Traité de Nice et la fin de la période de transition, la Commission a présenté plusieurs propositions de textes en matière de conflit de lois au Conseil et au Parlement. Pour l'instant, ces textes n'ont pas encore été adoptés et font encore l'objet de nombreuses discussions devant les différentes instances européennes⁷¹⁵. Le rythme relativement lent d'adoption des règlements ne doit pas être perçu comme la manifestation d'une timidité de la Communauté dans l'usage de ses nouvelles compétences. Il témoigne, au contraire, de l'ampleur de la tâche que la Commission s'est donnée pour mission de réaliser. L'élaboration de règles communes dans la totalité des matières faisant l'objet de conflits de lois ne peut se faire sans discussions préalables⁷¹⁶. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Commission,

⁷¹³ F. VIANGALLI, thèse précitée, n° 441, justifie cette interprétation de l'article 65 au moyen d'un argument logique qui ne peut laisser insensible : « On ne voit pas pourquoi le Traité d'Amsterdam aurait pu énoncer une compétence nouvelle inutile. Si l'objet de l'article 65 n'est en effet que de favoriser une stricte compatibilité des règles nationales de conflit, et ce dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, alors la compétence nouvelle est tout simplement superflue. Le même résultat peut en effet être atteint sur la base des articles 94 et 95. De surcroît, la procédure qui encadre la mise en œuvre de l'article 95 laisse augurer d'un plus grand succès puisqu'elle autorise le vote du Conseil à la majorité qualifiée, alors que l'article 65 impose l'unanimité. Dès lors, si le traité d'Amsterdam a bien complété et étendu le champ d'application des compétences de la Communauté, l'article 65 ne peut être interprété strictement ».

⁷¹⁴ Voir *contra* V. HEUZE, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'Etat de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP* 2008, I, 166.

⁷¹⁵ Voir sur la procédure d'élaboration C. NOURISSAT, « Sur l'élaboration d'une source perturbatrice : à propos du droit international privé communautaire », *D.* 2007, chron. p. 1098.

⁷¹⁶ On remarquera d'ailleurs que les premiers textes qui ont été pris sur la base de l'article 65 du Traité, en matière de conflit de juridictions, ne sont pas, pour la plupart, des textes nouveaux. Ces règlements, adoptés dans des délais assez brefs, n'ont fait que « communautarisés » des conventions déjà existantes.

avant de proposer des projets de règlements, prend soin d'avoir recours à des Livres verts⁷¹⁷ ou à d'autres types d'auditions publiques. Il n'en demeure pas moins que son activité est tout à fait remarquable en matière de droit international privé. C'est ainsi que des projets de règlements ayant pour but d'unifier les règles de conflit de lois ont vu le jour dans des domaines aussi variés que les obligations extracontractuelles⁷¹⁸ ou les divorces internationaux⁷¹⁹.

452. Tout ceci nous conduit naturellement à penser que l'on se trouve à un tournant de la construction européenne. En effet, après plusieurs années au cours desquelles la communautarisation du droit a été réalisée de manière désordonnée et principalement à propos du droit matériel, la Communauté semble vouloir donner la priorité à l'universalisation des règles de droit international privé⁷²⁰. On ne peut que s'en réjouir car plusieurs éléments laissent présager que les futures règles communes seront d'une grande efficacité pour améliorer la prévisibilité du droit et rétablir l'autorité des lois.

B- L'efficacité des futures règles de conflit communes

453. Les futures règles de conflits, parce qu'elles seront communes aux différents Etats membres, contribueront sans aucun doute à améliorer la sécurité juridique et à rétablir l'autorité des lois sur le territoire de l'Union. De ce fait, la Communauté sera plus à même de

⁷¹⁷ Voir notamment le Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce présenté par la Commission le 14 mars 2005 (COM (2005) 82 final) ; le Livre vert relatif à l'élaboration d'un règlement en matière de successions internationales du 1^{er} mars 2005 (COM (2005) 65 final) à propos duquel C. NOURISSAT, « Les successions : à propos du Livre vert de la commission du 1^{er} mars 2005 », *AJ fam.* 2005, p. 393 ; le 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 du 14 janvier 2003 (COM (2002) 654 final) sur lequel M. WILDERSPIN, « Les perspectives d'une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, précité, p. 173.

⁷¹⁸ Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles du 21 février 2006 finalement adoptée le 11 juillet 2007 avec l'édiction du règlement CE « Rome II ».

⁷¹⁹ Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement CE n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale du 17 juillet 2007 (COM (2006) 399 final).

⁷²⁰ Voir le Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice paru au Journal officiel des Communautés européennes du 23 janvier 1999 (C 19, p. 1). Le calendrier révèle notamment l'intention de la Commission d'unifier les règles de conflits en matière de successions et de statut personnel avant 2010.

réaliser les objectifs qui lui ont été fixés dans les traités fondateurs. Cependant, l'efficacité des futures règles de conflit communautaires ne tient pas seulement à leur unicité. L'ordre juridique communautaire dispose également de moyens permettant d'assurer une certaine uniformité dans l'application des règles communes. Il peut ainsi être mis fin au particularisme tant dans la phase d'élaboration des règles générales que dans celle de leur application. L'utilité fonctionnelle de l'universalisation réalisée s'en trouve inévitablement renforcée.

454. Tout d'abord, la nouvelle compétence présente l'avantage de permettre à la Communauté d'agir par voie de règlements⁷²¹. Or, cet instrument s'avère le plus approprié en matière de rapprochement des règles de compétence et de conflit de lois. En effet, « la coordination que vise le droit international privé va de pair avec le mécanisme d'aiguillage si caractéristique de la matière. La souplesse de l'action par voie de directive ne convient pas à la fonction d'aiguillage des règles de conflit, car un aiguillage souple est un aiguillage qui n'aiguille pas. Le droit international privé européen ne peut pas être construit par voie de directive souple »⁷²².

De surcroît, le recours aux règlements assure l'applicabilité directe de la réglementation dans toute la Communauté⁷²³. L'universalisation réalisée au moyen de règlements s'avère, de ce fait, plus efficace que celle obtenue par voie de conventions internationales ou de directives.

L'entrée en vigueur des conventions internationales est en effet souvent suspendue par un refus de ratification de la part des Etats.

L'universalisation réalisée par voie de directive présente, quant à elle, deux inconvénients qui remettent en cause son efficacité. D'une part, il existe un risque de non-transposition de la part des Etats membres. L'applicabilité du texte est alors retardée. D'autre part, les transpositions ne sont pas toujours effectuées correctement par les Etats. L'harmonisation recherchée n'est alors plus garantie.

Le règlement communautaire apparaît ainsi comme un instrument très efficace pour donner naissance à un droit international privé commun apte à réaliser les objectifs poursuivis par l'unification.

⁷²¹ En vertu de l'article 249 al 1 du Traité, la Communauté dispose du choix de l'instrument approprié puisque aucune précision ne figure dans l'article 65.

⁷²² P. de VAREILLES-SOMMIERES, « Un droit international privé européen ? », précité, n°20.

⁷²³ Y compris sur le territoire des nouveaux adhérents.

455. Ensuite, les règlements font l'objet d'une interprétation uniforme et exclusive de la part de la Cour de justice des communautés européennes. Cela permet d'atteindre un degré satisfaisant d'uniformité dans l'application des règles communes et renforce, par conséquent, l'utilité de l'universalisation réalisée⁷²⁴. On remarquera d'ailleurs que la compétence d'interprétation de la Cour de justice à titre préjudiciel est loin d'avoir la même automaticité lorsqu'il s'agit de directives ou de conventions internationales.

S'agissant des directives, en cas de mauvaises transpositions par les Etats membres, les règles peuvent être considérées comme purement nationales. L'obligation d'avoir recours à la Cour de justice en cas de litige sur l'interprétation du texte d'origine communautaire peut alors être écartée⁷²⁵.

Pour ce qui est des conventions internationales, la Cour de justice ne dispose pas *a priori* de compétence en ce qui concerne l'interprétation des textes. Celle-ci ne peut lui être octroyée que par des Protocoles annexés aux textes conventionnels. Cependant, ce type d'accords internationaux demeure assez rare.

456. Enfin, les futures règles de conflit européennes seront dotées d'une efficacité accrue en raison du contrôle que le droit communautaire primaire permet d'exercer sur les mécanismes particularistes que les Etats membres mettent traditionnellement en œuvre afin de faire exception à l'application de la loi normalement compétente. En opérant un tel contrôle, le droit communautaire évite des résurgences particularistes et assurera, par conséquent, l'utilité fonctionnelle des futures règles de conflit uniformes.

La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi déjà déclaré, dans plusieurs arrêts, que le jeu des lois de police nationales ou de l'exception d'ordre public international étaient contraires aux dispositions du Traité.

L'affaire *Rush Portuguesa* du 27 mars 1990⁷²⁶ qui concerne l'Etat français constitue un exemple de ce contrôle opéré sur les règles de police nationales. En l'espèce, il s'agissait d'une société de construction portugaise qui, ayant conclu un contrat de sous-traitance avec une société française, avait fait venir ses propres salariés portugais afin de les faire travailler sur le territoire français. La société lusitanienne fut poursuivie au pénal en raison du non-respect de la loi française selon laquelle les travailleurs étrangers ne pouvaient être recrutés

⁷²⁴ Voir cependant pour une critique de la méthode d'interprétation autonome développée en matière de droit international privé par la Cour de justice des Communautés européennes M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, p. 790.

⁷²⁵ Voir K. KREUZER, article précité, p. 130.

⁷²⁶ CJCE 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C 113/89, *Rec.* 1990, p. I-1417.

que par l'Office national de l'immigration. Devant les juridictions françaises, elle contesta l'application de la loi française au titre de loi de police en invoquant la contrariété au principe de libre circulation des services. La Cour de justice, saisie à titre préjudiciel, estima que l'application de certaines dispositions de la loi française relative au recrutement des travailleurs immigrés et compétente au titre de loi de police, constituait une mesure discriminatoire et une entrave à la liberté de circulation des services.

A travers cet arrêt, on se rend compte que, très tôt, le recours au droit communautaire primaire a permis de limiter le jeu des lois de police nationales⁷²⁷. Cela s'avèrera d'une grande utilité lorsque la Communauté aura édicté des règles de conflit communes aux différents Etats membres. En effet, l'universalisation réalisée pourra produire tous les effets escomptés puisque les ordres juridiques n'auront plus la possibilité d'écarter inopinément les règles de conflits communes.

Cependant, même s'il est certain que le contrôle opéré sera un gage d'efficacité de l'unification réalisée, on est en droit de se demander s'il est réellement légitime d'empêcher les Etats de protéger leur conception de l'intérêt général par l'application autoritaire des dispositions qui leur semblent fondamentales pour la sauvegarde de leur organisation politique, sociale et économique⁷²⁸. Le processus d'universalisation ne perd-il pas, aux yeux des ordres juridiques nationaux, son utilité ? La résistance des Etats n'est-elle pas légitime ?

Si ces questions restent ouvertes, il nous semble cependant que le contrôle opéré n'est pas de nature à faire perdre son utilité au processus d'universalisation des règles générales. En effet, la Cour de justice ne condamne pas le mécanisme des lois de police en lui-même. Elle se contente de vérifier que leur application est proportionnée par rapport à la défense des intérêts qu'elles sont censées servir et qu'elle ne constitue pas un obstacle flagrant à la réalisation des objectifs qui ont été définis dans le Traité par les Etats membres eux-mêmes⁷²⁹. En d'autres termes, en contrôlant l'éviction *a priori* du droit normalement applicable, la Cour de justice ne compte pas empêcher systématiquement les Etats membres d'opposer leur conception de l'intérêt général. Elle entend simplement assurer la réalisation de celle qui ressort des dispositions du Traité et à laquelle les Etats membres ont, par hypothèse,

⁷²⁷ Voir notamment sur ce thème E. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, précité, p. 117 ; L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et lois de police », *JCP* 2001, I, 328 ; S. POILLOT-PERRUZZETTO, « Ordre public et lois de police en droit communautaire », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 2002-2004, p. 65.

⁷²⁸ Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1.

⁷²⁹ CJCE 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96, *Rec.* 1999, p. I-8453 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 710, note M. FALLON et CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98, *Rec.* 2001, p. I-2189 ; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 495, note E. PATAUT.

préalablement adhérent. Ce contrôle a simplement pour but et pour effet de rappeler aux ordres juridiques les choix qu'ils ont faits et les engagements qu'ils ont pris.

Il n'en va pas différemment lorsque la Cour de justice contrôle la compatibilité du recours à l'exception d'ordre public avec les dispositions du Traité et notamment les libertés de circulation. Comme l'indique M. FALLON, « l'argument de l'ordre public constitue une raison d'intérêt général admise parmi d'autres par le Traité CE, ce qui signifie une justification possible de l'entrave mais sous le respect d'une juste proportion »⁷³⁰. En d'autres termes, encore une fois, le droit communautaire primaire ne s'oppose pas à ce que les ordres juridiques nationaux sauvegardent certaines de leurs valeurs qu'ils jugent fondamentales. Il empêche seulement les Etats de faire un usage abusif de l'exception d'ordre public afin que les objectifs qu'ils ont eux-mêmes chargé la Communauté de réaliser puissent être atteints.

457. En définitive, la communauté dispose à présent d'une compétence adéquate pour unifier les règles de conflit des Etats membres. Elle a en outre officiellement fait connaître son intention de réaliser un tel projet dans un futur relativement proche. Cela nous conduit naturellement à penser que le particularisme du droit international privé vit ses dernières heures au sein de l'Union européenne. On ne peut que se réjouir de cette évolution puisque cette forme d'universalisation des règles générales permet, à elle seule, d'atteindre un degré satisfaisant de sécurité juridique et d'éviter que l'autorité des lois ne soient constamment remise en cause. Cette utilité fonctionnelle sera d'ailleurs d'autant plus avérée qu'il existe, au sein de l'ordre juridique communautaire, des moyens juridictionnels et normatifs permettant de garantir l'efficacité des futures règles de conflits communes. Il ne suffit pas, pour sortir des impasses générées par le particularisme, d'élaborer des règles communes. Il faut également empêcher la survenance de nouveaux particularismes au moment de leur application.

Conclusion du Chapitre 1 :

458. L'adhésion de l'ordre juridique français à la Communauté européenne implique sa participation à un mouvement d'universalisation des règles générales d'ampleur régionale. Ce processus concerne tant les règles de conflit que le droit matériel. Néanmoins, la

⁷³⁰ M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », précité, n° 45 et CJCE 24 octobre 1978, aff. C-15/78, *Rec.* 1978, p. I-1971.

communautarisation des règles substantielles est et doit demeurer ponctuelle. Il ressort des dispositions du Traité que, pour l'heure, les Etats ne sont pas prêts à abandonner l'ensemble de leurs solutions de droit matériel. Les y contraindre ferait perdre au processus d'universalisation son utilité fonctionnelle et par conséquent sa raison d'être. Les solutions auxquelles il donnerait lieu seraient en effet, aux yeux des Etats membres, moins satisfaisantes que celles en vigueur sur leurs territoires respectifs. L'universalisation ne serait, par conséquent, plus choisie mais subie par les ordres juridiques nationaux.

Ces limites ne se retrouvent pas en ce qui concerne le droit international privé et notamment les règles de conflit de lois. Les Etats semblent en effet prêts à abandonner leurs solutions nationales au profit d'un système de réglementation commun. La nouvelle compétence conférée à la Communauté par l'article 65 du Traité en est la preuve. Au demeurant, les quelques imperfections qui peuvent affecter les dispositions ne sauraient remettre en cause les avantages de la démarche d'unification des règles de conflit au niveau communautaire.

On constate ainsi que l'universalisation des règles générales au niveau communautaire semble devoir se réaliser selon les mêmes modalités que celles que nous avons indiquées au moment d'analyser les enjeux du processus d'universalisation. Pour autant, la communautarisation des règles générales est encore loin d'être achevée. Seule une intégration juridique plus poussée permettra de transcender les impasses générées par le particularisme. Au demeurant, cette unification régionale des législations nationales devra, afin d'assurer aux particuliers une prévisibilité satisfaisante et de rétablir efficacement l'autorité des lois dans l'ordre international, s'accompagner d'une universalisation de plus grande ampleur géographique. En effet, les rapports entre les individus ne se développent pas uniquement au sein de l'Europe communautaire. Nombre d'entre eux dépassent les frontières de cet espace régional et impliquent des ordres juridiques qui ne sont pas concernés par la communautarisation du droit. A ce titre, on peut regretter que l'essor de l'universalisation des règles générales que l'on a pu mettre en évidence à l'échelon communautaire ne se retrouve pas au niveau mondial où le rapprochement des législations semble, aujourd'hui et en ce qui concerne l'Etat français, marquer le pas. A croire d'ailleurs que la Communauté européenne s'érige plus comme un rempart contre la mondialisation du droit que comme une zone expérimentale de celle-ci.

CHAPITRE 2 : L'UNIVERSALISATION DES REGLES GENERALES AU NIVEAU MONDIAL

459. Comme l'indique M. FALLON, le droit communautaire a, en principe, « un champ d'application strictement limité dans l'espace »⁷³¹. Ces limites sont celles du marché intérieur défini à l'article 14 du Traité comme « un espace sans frontières intérieures ». Cela signifie que les règles d'origine communautaire doivent en priorité concerner les rapports juridiques entretenant des liens avec deux ou plusieurs Etats membres. Ces « situations transfrontalières », pour reprendre l'expression utilisée à l'article 65 du Traité, constituent ainsi le champ d'application spatial naturel du droit communautaire. Au contraire, les situations qui affectent un ou plusieurs Etats tiers⁷³² ne peuvent être visées par le droit communautaire que si cela paraît nécessaire à la réalisation des objectifs définis dans le Traité⁷³³.

Cependant, même dans cette hypothèse, la pluralité des législations ayant vocation à s'appliquer subsiste. En effet, les Etats tiers ne sont pas tenus par les dispositions du droit communautaire. C'est la raison pour laquelle la communautarisation du droit ne peut suffire à transcender, à elle seule, les impasses générées par le particularisme. Nombre de rapports juridiques qui concernent l'ordre juridique français affectent également un ou plusieurs Etats n'appartenant pas à l'Union européenne. Dans ces rapports comme dans ceux qui se nouent au sein de la Communauté, l'universalisation des règles générales est nécessaire à l'amélioration de la prévisibilité du droit et au rétablissement de l'autorité des lois. La satisfaction des intérêts particuliers et la protection de l'intérêt général dans l'ordre international supposent, par conséquent, une universalisation de plus grande ampleur géographique que celle menée au sein de l'espace européen.

Conscient de ces enjeux, l'ordre juridique français a très tôt participé à un mouvement d'universalisation des règles générales d'envergure mondiale. Les progrès de l'unification du

⁷³¹ M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économiquement intégré. L'expérience de la Communauté européenne », précité, p. 42.

⁷³² On les appellera rapports internationaux extracommunautaires par opposition aux rapports internationaux intracommunautaires.

⁷³³ Il en va en principe de même s'agissant des relations purement internes. Néanmoins, lorsque l'harmonisation des législations nationales est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, le champ d'application *ratione loci* des règles communautaires comprend également ce type de rapports juridiques. Sur le thème de l'extension des règles communautaires aux relations internes voir M. FALLON, cours précité, p. 49.

droit en dehors de l'Union européenne sont cependant assez lents et ne touchent que certains secteurs. En outre, bien souvent les règles communes élaborées au niveau international sont adoptées par un groupe assez limité de pays qui partagent une même conception de la justice sociale.

Ces limites géographiques et matérielles sont finalement assez naturelles car, comme nous l'avons plusieurs fois indiqué, l'universalisation du droit ne peut constituer une fin en soi. Le processus d'universalisation du droit n'a de valeur qu'en tant qu'il permet de réaliser certains objectifs. Lorsque les cultures et les civilisations sont trop différentes, sa mise en oeuvre requiert de trop nombreux compromis. Son utilité n'apparaît alors plus comme une évidence aux yeux des Etats. Autrement dit, les concessions opérées ne sont plus compensées par les avantages procurés et l'universalisation perd, de ce fait, sa raison d'être.

On aurait pu espérer que les progrès de la communautarisation du droit donnent un nouvel élan au processus mondial d'universalisation des règles générales. Pourtant, loin d'avoir cette vertu, l'intégration juridique effectuée au niveau communautaire semble plutôt freiner les initiatives des Etats membres dans le sens d'un rapprochement de leurs législations avec celles d'Etats tiers.

Cela est en tous cas vrai pour la principale forme d'universalisation des règles générales au niveau mondial : l'universalisation des règles de conflits. On remarque en effet qu'en ce qui concerne la France la « régionalisation » du droit est un phénomène qui a aujourd'hui tendance à s'accroître. Son intégration à un espace politiquement intégré limite les possibilités d'opérer un rapprochement de sa législation conflictuelle avec celles de pays tiers. Il existe, de ce fait, une certaine paralysie des initiatives françaises en matière d'universalisation des règles de conflit (Section 2).

Ce phénomène est moins évident en ce qui concerne l'universalisation du droit matériel (Section 1). Mais, en toute hypothèse, cette forme d'universalisation du droit – qui exclut le recours au mécanisme conflictuel et qui mérite donc d'être analysée préalablement – demeure, au niveau mondial, assez anecdotique car elle requiert, de la part des Etats, de trop nombreux sacrifices par rapport à leur conception de la justice des relations entre personnes privées.

Section 1. L'universalisation du droit matériel

460. Afin de ne pas abandonner de manière inconsidérée les exigences de justice et d'utilité sociale qui ont inspiré sa législation interne, l'ordre juridique français ne consent à participer au mouvement d'universalisation du droit matériel que lorsque cela lui paraît globalement opportun. L'analyse du droit positif fait apparaître qu'il n'en va ainsi que dans certains secteurs et à condition que les Etats concernés par le rapprochement des législations retiennent des conceptions compatibles de l'intérêt général. On remarquera également que même lorsqu'elle a pu être réalisée, l'universalisation du droit matériel à laquelle l'ordre juridique français participe ne permet pas toujours d'améliorer de manière satisfaisante la prévisibilité du droit et de rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international.

Ainsi c'est autant le domaine (§1) que l'efficacité (§2) de l'universalisation du droit matériel effectuée au niveau mondial qui apparaissent limités.

§1- Le domaine limité de l'universalisation du droit matériel

461. La participation de l'ordre juridique français à l'universalisation des règles matérielles résulte de deux attitudes différentes.

462. En premier lieu, la France ratifie des conventions internationales à vocation universelle dont l'objet est de donner naissance à des règles uniformes dans certains secteurs du droit privé. La plupart du temps, ces conventions sont élaborées au sein d'organisations internationales auxquelles adhère l'Etat français. Ainsi en va-t-il des très nombreuses conventions internationales relatives au droit maritime⁷³⁴ élaborées dans le cadre de l'Organisation maritime internationale (O.M.I.) ou de la Convention de Vienne sur la vente

⁷³⁴ Parmi lesquelles voir notamment la Convention du 19 novembre 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes entrée en vigueur en France le premier décembre 1986 ; la Convention du 28 avril 1989 sur l'assistance en mer entrée en vigueur le 20 décembre 2002 ; la Convention de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par hydrocarbures entrée en vigueur le 13 mai 1995.

internationale de marchandises (C.V.I.M)⁷³⁵ du 11 avril 1980 négociée au sein de la Commission des Nations unies pour le droit du commerce international (C.N.U.D.C.I.). Si l'adhésion de la France à ces organisations favorise sa participation au mouvement mondial d'uniformisation du droit, cela ne signifie pas pour autant que les normes élaborées au niveau international s'appliquent directement et automatiquement sur le territoire français. En effet, ces organisations ne disposent pas, à l'inverse de structures régionales telles que l'Union européenne ou l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (O.H.A.D.A.), de moyens de coercition sur les Etats membres⁷³⁶. De ce fait, les normes élaborées sont dépourvues de force contraignante et ne peuvent accéder à la positivité que si les Etats consentent à les accepter⁷³⁷. En d'autres termes, les modalités de la participation de la France au mouvement mondial d'universalisation du droit matériel ne sont pas différentes selon que le texte a été conçu au sein d'une organisation nationale ou qu'il procède purement et simplement de la coopération intergouvernementale. Cette participation se traduit toujours par la signature et la ratification d'une convention internationale qui opère un rapprochement des législations en donnant naissance à des règles matérielles uniformes.

En somme, l'adhésion de la France à des organisations internationales ayant reçu pour mission d'éradiquer, dans certains domaines, les divergences entre les législations nationales prouve surtout sa volonté de ne pas rester à l'écart du mouvement mondial d'universalisation du droit matériel. Pour autant, elle n'implique pas systématiquement sa participation à ce processus d'uniformisation du droit. C'est en toute liberté que l'Etat décide, *in fine*, de rendre effectives sur son territoire les normes élaborées au sein de ces organisations.

463. En second lieu, l'ordre juridique français participe au mouvement d'universalisation du droit matériel lorsqu'il accepte de reconnaître une certaine autorité aux règles substantielles à vocation universelle créées spontanément par les opérateurs du commerce

⁷³⁵ Selon l'article 1^{er} de la Convention, les dispositions de droit uniforme s'appliquent dès lors que les parties ont leurs établissements respectifs dans des Etats différents et à condition qu'ils s'agissent d'Etats contractants ou que les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant.

⁷³⁶ Voir sur ce point R. SORIEUL, « Le mandat de la C.N.U.D.C.I. : une lecture évolutive », *LPA* 18 déc. 2003, p. 5, spéc. p. 7.

⁷³⁷ C'est la raison pour laquelle le professeur R. DAVID proposait, notamment en ce qui concerne les règles matérielles uniformes élaborées par la C.N.U.D.C.I., de modifier les modalités de ratification des conventions internationales par les Etats. Selon lui, afin de favoriser l'universalisation du droit matériel, il conviendrait « de poser le principe que les Conventions établies par la C.N.U.D.C.I. et approuvées par l'assemblée générale des Nations unies entreraient immédiatement en vigueur, au terme d'un certain délai fixé dans chacune d'elles dans les divers Etats, à moins que ces Etats, dans chaque cas particulier, ne fissent savoir qu'ils n'acceptaient pas de se soumettre à telle ou telle Convention ou à telle ou telle disposition d'une Convention » : R. DAVID, *Les avatars d'un comparatiste*, Economica, 1982, p. 52.

international ou délibérément par des organismes privés se proposant d'élaborer des instruments d'uniformisation à la disposition des praticiens. Cette attitude, bien qu'elle concoure également à l'universalisation du droit matériel, se distingue nettement de celle qui consiste à ratifier des conventions internationales ayant pour objet d'unifier le droit matériel pour certaines opérations juridiques. En effet, il ne s'agit plus, pour la France, d'apporter sa contribution à la création de règles matérielles à vocation universelle mais simplement d'assurer la réception de celles-ci au sein de son ordre juridique.

Cette réception des règles matérielles nationales effectuée par l'ordre juridique français peut être directe. Il en va ainsi lorsque l'Etat leur reconnaît une valeur normative. C'est notamment le cas des usages du commerce international.

Elle peut également être indirecte lorsque le juge accepte de donner effet à une sentence arbitrale rendue sur le fondement de ces règles nationales⁷³⁸.

464. Ces deux attitudes de l'ordre juridique français montrent qu'il entend participer au mouvement mondial d'universalisation du droit matériel. Il n'en demeure pas moins que cette participation est loin d'être inconditionnelle. Bien au contraire, l'Etat français, soucieux de préserver sa conception de l'intérêt général, ne prend part à ce processus que lorsqu'il le juge opportun. C'est la raison pour laquelle le domaine de l'universalisation du droit matériel demeure à ce jour assez limité.

465. Tout d'abord, à défaut d'une conception universelle de la justice des relations entre personnes privées, les instruments internationaux de droit matériel ne sont généralement ratifiés que par un groupe restreint d'Etats au sein duquel la recherche de solutions de compromis est possible. Ainsi, si elles ont une vocation véritablement universelle, les conventions internationales de droit matériel ne sont jamais universellement applicables.

466. Ensuite, l'universalisation du droit matériel effectuée au niveau mondial concerne presque exclusivement le droit du commerce international. Seuls certains secteurs tels que les effets de commerce⁷³⁹, la vente internationale de marchandise⁷⁴⁰, les transports

⁷³⁸ Pour une analyse détaillée de l'autorité des usages du commerce international et des règles issues des codifications voir *supra* n° 318 et s.

⁷³⁹ Convention de Genève du 7 juin 1930 portant droit uniforme sur les lettres de change et les billets à ordre ; Convention de Genève du 19 mars 1931 portant loi uniforme sur les chèques.

⁷⁴⁰ Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises.

transfrontaliers⁷⁴¹ ou le crédit-bail et l'affacturage internationaux⁷⁴² ont fait l'objet d'unification au sein de conventions internationales signées et ratifiées par la France⁷⁴³. Cette limitation du domaine *ratione materiae* de l'universalisation du droit matériel n'a rien en soi d'étonnant. En effet, le commerce international est à la fois le domaine où le besoin de prévisibilité est le plus prégnant et dans lequel les conceptions nationales de l'intérêt général sont les moins opposées. De ce fait, les compromis que l'Etat français doit opérer afin de trouver un terrain d'entente avec ses partenaires ne sont pas excessifs et peuvent être compensés par les avantages procurés par l'unification.

Néanmoins, même dans le domaine particulier du commerce international, l'ordre juridique français demeure vigilant à défendre sa conception de l'intérêt général. Il refuse en effet le plus souvent d'abandonner complètement les solutions adoptées au niveau interne. Cette résistance de l'Etat français face au mouvement d'uniformisation du droit matériel se manifeste de deux manières.

D'une part, nombre des conventions internationales ayant pour objet d'unifier le droit substantiel au niveau mondial sont applicables aux seules relations internationales. Les relations purement internes restent, quant à elles, régies par les solutions matérielles nationales⁷⁴⁴.

D'autre part, l'ordre juridique français ne reconnaît à certaines règles uniformes qu'une autorité relative. Tel est notamment le cas des dispositions de la Convention de Vienne ou des usages du commerce international qui ne s'appliquent que si les parties ne les ont pas expressément écartées. S'agissant de ces derniers, l'Etat veille d'ailleurs à ce qu'ils ne contreviennent pas à des dispositions légales impératives⁷⁴⁵. En ce qui concerne les règles uniformes issues de codifications privées, l'abandon des solutions internes est encore moins net puisque, pour l'heure, le juge français n'accepte pas qu'elles puissent être choisies en tant que loi du contrat. Elles n'ont donc pas d'autorité propre et ne peuvent s'appliquer que si elles

⁷⁴¹ Parmi d'autres, voir la Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandise par route ou encore la Convention du 9 mai 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires.

⁷⁴² Conventions d'Ottawa du 28 mai 1988 relatives au crédit-bail international et à l'affacturage international entrées en vigueur le 1^{er} mai 1995 et sur lesquelles J. P. BERAUDO, « Le nouveau droit du crédit-bail international et de l'affacturage international », *JCP E* 1995, I, 458.

⁷⁴³ Il va sans dire que les règles émanant de la pratique ou d'organismes privés auxquelles l'ordre juridique français accepte, à certaines conditions, de donner effet concernent également, à titre principal, le droit du commerce international.

⁷⁴⁴ Sur les problèmes suscités par un tel clivage voir *infra* n° 469 à 472.

⁷⁴⁵ Voir sur ce point *supra* n° 319 et 320 et plus particulièrement Ph. FOUCHARD, « L'Etat face aux usages du commerce international », *Trav. com. fr. dr. inter. privé*, 1973-1975, p. 71 et S. CHAILLE DE NERE, *Les difficultés d'exécution du contrat international*, précité, n° 152.

ont été choisies expressément par les parties et dans la mesure où elles ne s'opposent pas aux dispositions impératives de la *lex contractus*.

467. En définitive, l'ordre juridique français entend garder la maîtrise du processus d'universalisation des règles matérielles afin de préserver sa conception de l'intérêt général. Pour ce faire, il n'accepte de transiger par rapport à ses solutions de droit matériel que dans certains secteurs spécifiques et en réservant à sa législation interne une autorité et un champ d'application assez importants. La prudence dont l'Etat français fait preuve ne peut être qu'approuvée car le processus d'universalisation du droit ne saurait constituer une fin en soi. Il n'est qu'un instrument au service de la satisfaction des intérêts particuliers et de l'intérêt général.

On peut cependant regretter que, lorsqu'elle a pu être réalisée, l'universalisation des règles matérielles, ne tienne pas toutes ses promesses. Elle s'avère en effet souvent peu efficace pour améliorer la sécurité juridique et rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international.

§2- L'efficacité limitée de l'universalisation du droit matériel

468. C'est essentiellement dans le domaine du commerce international que l'Etat français a accepté de reléguer au second plan ses solutions substantielles internes afin de participer au mouvement mondial d'universalisation du droit matériel. A ses yeux, les avantages offerts par l'uniformisation du droit matériel justifient l'abandon, plus ou moins complet selon les hypothèses, des solutions internes. Pour autant, si l'utilité de l'universalisation réalisée est indéniable, il ne faut pas faire preuve d'un optimisme excessif. L'unification des règles matérielles s'accompagne souvent d'une dualité de régimes juridiques (A) et de divergences d'interprétation (B) qui réduisent la portée des efforts consentis afin d'améliorer la prévisibilité du droit et de rétablir l'autorité des lois⁷⁴⁶ dans l'ordre international.

⁷⁴⁶ S'agissant de conventions internationales, il va de soi qu'il est fait référence à la définition matérielle de la notion loi et non aux seules règles de droit émanant du Parlement.

A- L'instauration d'une dualité de régimes juridiques

469. Rares sont les textes internationaux portant droit uniforme qui s'appliquent dès lors que la relation en cause, interne ou internationale, entre dans leurs champs matériels. La plupart du temps, l'intégration juridique est moins aboutie et les règles uniformes ne visent que les relations internationales⁷⁴⁷. Cette limitation du droit matériel uniforme aux relations internationales se déduit bien souvent de la seule lecture des intitulés des textes⁷⁴⁸ et se vérifie ensuite par l'analyse des dispositions liminaires relatives à leurs champs d'application⁷⁴⁹. Deux corps distincts de règles coexistent alors pour des questions juridiques de même nature : les relations internationales sont régies par les règles conventionnelles alors que les règles nationales continuent à s'appliquer aux situations purement internes.

Bien qu'elle s'explique par les réticences légitimes des Etats à abandonner complètement les solutions prônées par leurs législations internes, cette situation s'avère finalement assez inopportune. La dualité de régimes juridiques qui découle de l'uniformisation des règles matérielles empêche en effet le processus d'universalisation de réaliser pleinement les objectifs qu'il était initialement censé remplir.

470. En premier lieu, la création d'un corps particulier de règles destinées à gouverner les seules relations internationales engendre parfois un risque nouveau d'imprévisibilité du droit applicable. Tel est notamment le cas lorsque les critères servant à déterminer le caractère international des rapports juridiques visés par le texte conventionnel pèchent par imprécision ou se révèlent difficilement praticables. Les parties se trouvent alors confrontées à une nouvelle cause d'insécurité juridique ne sachant pas toujours à l'avance si elles doivent se conformer aux dispositions du texte international portant droit uniforme, à celles du droit matériel de l'Etat ou la relation se trouve principalement située ou même parfois à celles de la législation interne désignée par la règle de conflit du tribunal qui sera saisi d'un éventuel litige⁷⁵⁰. Cette situation est particulièrement gênante lorsque l'on sait que l'une des deux

⁷⁴⁷ Voir cependant les Conventions de Genève du 7 juin 1930 et du 19 mars 1931 relatives aux effets de commerce qui remplacent purement et simplement le droit interne en la matière.

⁷⁴⁸ Voir parmi d'autres exemples les Conventions d'Ottawa du 28 mai 1988 relatives au crédit-bail international et l'affacturage international entrées en vigueur le 1^{er} mai 1995.

⁷⁴⁹ Voir par exemple l'article 1^{er} de la Convention de Vienne et plus généralement sur ce point H. KENFACK, « La limitation des textes de la C.N.U.D.C.I. aux relations internationales », *LPA* 18 déc. 2003, p. 75.

⁷⁵⁰ Tel pourrait être le cas si la relation, bien que présentant certains éléments d'extranéité, ne répond pas aux critères d'internationalité prévus par le texte international dont l'objet est d'unifier le droit matériel pour les

fonctions principales de l'uniformisation du droit matériel est justement de réduire l'insécurité juridique causée par la diversité des législations matérielles ayant naturellement vocation à s'appliquer aux rapports privés affectés d'un ou plusieurs éléments d'extranéité

Heureusement, le législateur international, conscient de cette difficulté, prend la plupart du temps le soin d'énoncer, le plus précisément possible, les critères devant être utilisés afin de déterminer si la relation présente un caractère international ou non. C'est ainsi, par exemple, que l'article 1^{er} de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises indique dans son premier alinéa que : « La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre parties ayant leur établissement dans des Etats différents :

- a) Lorsque ces Etats sont des Etats contractants ; ou
- b) Lorsque les règles de droit international privé mènent à l'application de loi d'un Etat contractant ».

Indéniablement, ce type de disposition permet aux parties de faire, avec un degré satisfaisant de sécurité, le départ entre les relations qui seront soumises au texte international et celles qui demeureront régies par les législations internes⁷⁵¹. Cependant, les textes conventionnels ne présentent pas toujours un tel degré de précision. Ces imprécisions sont alors d'autant plus déplorables que les critères traditionnellement utilisés en matière de commerce international ne permettent pas toujours de lever les incertitudes qui en découlent⁷⁵².

seuls rapports internationaux. Le juge saisi n'appliquera pas ce texte puisque la relation n'entre pas dans son champ spatial mais il pourra éventuellement mettre en œuvre ses propres règles de conflit et donner compétence à une législation interne ainsi désignée.

⁷⁵¹ Il existe cependant toujours un risque que le terme « établissement » ne recouvre pas la même réalité selon le juge qui aura à connaître d'un éventuel litige entre les parties. Celles-ci pourront alors être surprises par l'interprétation donnée et par conséquent par l'application ou la non-application subséquente de la Convention à leur relation. Sur les problèmes liés aux interprétations divergentes des textes internationaux portant droit uniforme voir *infra* n° 473 à 476. Pour une critique du critère retenu par la Convention de Vienne voir P. VOLKEN, « *The Vienna Sale Convention : Scope, Interpretation, and Gap-Filling* », cité par F. FERRARI, « Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale », *RID comp.* 1996, p. 813, note 78, selon lequel : « *The basic criterion, according to which a sale is considered international if the parties to the contract have their places of business in different States, is too broad, yet at the same time, too restrictive. The criterion is too broad in the sense that it considers even those sales as international in which the goods, from their fabrication to consumption, have never left the original country [provide that] the parties have their place of business in different States [...]. On the other hand, the basic criterion is too restrictive in that it excludes all sales from the Convention between two parties which import or export goods but have their places of business in the same State* ».

⁷⁵² Des critères proposés généralement pour faire le point de départ entre les contrats internes et les contrats internationaux, aucun ne semble réellement satisfaisant.

Bien que relativement précis, le critère formel et juridique selon lequel le contrat est international lorsqu'il se rattache aux normes juridiques de plusieurs Etats s'avère difficilement praticable. En effet, il indique de conférer le caractère international à certains contrats qui ne sont affectés d'un élément d'extranéité que de

Cependant, le risque juridique que la dualité de régimes juridiques fait courir aux opérateurs du commerce international ne tient pas uniquement à la difficulté de trouver un critère suffisamment précis pour distinguer les relations internationales des relations internes.

D'une part, les parties peuvent complètement ignorer le caractère international de la relation dans laquelle elles sont engagées. Elles seront alors surprises que soient appliquées, en cas de contentieux, les règles matérielles uniformes d'origine conventionnelle au lieu et place des règles nationales qu'elles pensaient compétentes. Un tel sentiment de surprise ne serait évidemment pas possible si le droit matériel commun remplaçait purement et simplement les règles substantielles nationales dans le domaine considéré.

D'autre part, la fréquente limitation des textes internationaux aux relations internationales peut être un facteur de complexité lorsqu'elle se conjugue avec leur caractère sectoriel. En effet, les règles matérielles uniformes ne sont le plus souvent applicables qu'à certains aspects du litige. Pour les questions non couvertes par le texte, le juge devra nécessairement se référer à son système conflictuel afin de désigner la loi nationale applicable. Le résultat de cette coordination, parfois malaisée à effectuer, entre le droit matériel uniforme et les règles matérielles nationales donne le plus souvent naissance à une réglementation assez obscure. Ce problème est assez récurrent en ce qui concerne la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Ce texte ne s'applique qu'aux questions relatives à la formation du contrat de vente et aux droits et obligations résultant de tels contrats⁷⁵³. Pour couvrir les lacunes de la Convention, il y a donc lieu de se référer à la loi nationale telle que déterminée par les règles de conflit de lois⁷⁵⁴. Bien loin

manière accidentelle et qui ne présentent en réalité aucune originalité par rapport à des contrats purement internes de même nature.

Quant au critère substantiel et économique, son emploi est tributaire d'une appréciation subjective peu compatible avec l'objectif de sécurité juridique. Cela est d'ailleurs vrai que l'on se réfère à la variante classique issue de la jurisprudence dite MATTER (Cass. civ. 17 mai 1927, *D. P.* 1928, I, p. 25, note H. CAPITANT, concl. P. MATTER) selon laquelle le contrat est international lorsqu'il produit un mouvement de flux ou de reflux au-dessus des frontières ou à la variante plus moderne selon laquelle doit être considéré comme international le contrat qui affecte les intérêts du commerce international.

Il en résulte que lorsque le « critère d'internationalité » n'est pas assez précis ou ne figure pas dans le texte de la Convention internationale portant droit uniforme, la distinction entre les relations internes et les relations internationales reste incertaine. Voir dans ce sens H. KENFACK, « La limitation des textes de la C.N.U.D.C.I. aux relations internationales », précité, n° 2.

⁷⁵³ Article 4 de la C.V.I.M.

⁷⁵⁴ Ceci est évidemment vrai pour les lacunes dites externes c'est à dire celles directement visées par les articles 4 et 5 de la Convention. Mais c'est également le cas en présence de lacunes internes. Celles-ci apparaissent lorsque la question concerne une matière régie par la Convention mais qu'elle ne résout pas expressément. Pour combler ces lacunes internes à la Convention, il convient de se référer à l'article 7-2 qui prévoit que « les questions concernant les matières régies [par la présente Convention] et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes conformément à la loi applicable en vertu du droit international privé ». On remarquera ainsi que même concernant les matières entrant dans le champ d'application matériel de la Convention, un risque de

d'être un gage de sécurité juridique, l'attelage que le juge est contraint d'opérer entre le texte conventionnel et le droit national désigné par son système conflictuel apparaît comme une source de complication rendant la réglementation du contrat de vente internationale peu transparente pour les particuliers ayant conclu un tel type de contrat. En effet, la définition des domaines respectifs des deux corps de règles s'avère parfois difficile et débouche souvent sur des incohérences.

471. En second lieu, la limitation des textes internationaux aux seules relations internationales offre aux particuliers la possibilité d'échapper, par des manœuvres peu scrupuleuses, les dispositions de la loi naturellement applicable à leur relation. L'universalisation n'exerce alors plus la fonction pour laquelle elle a, en partie, été réalisée. En effet, loin de permettre un rétablissement de l'autorité des lois dans l'ordre international, elle devient une source nouvelle de *forum shopping*. Il en va notamment ainsi lorsque les parties, ou à tout le moins l'une d'entre elles, voulant se soustraire à l'application d'une loi interne normalement compétente, décident d'internationaliser de manière artificielle la relation⁷⁵⁵ dans laquelle elles sont engagées afin de la faire entrer dans le champ spatial de la législation matérielle uniforme. Cette pratique est d'ailleurs d'autant plus tentante pour les particuliers que bien souvent la réglementation internationale s'avère plus libérale que celle qui résulte des dispositions des législations nationales⁷⁵⁶. Ainsi, par exemple, l'article 1184 de notre Code civil impose aux parties d'avoir recours au juge pour la résolution du contrat en cas d'inexécution alors que les articles 45 et suivants de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises leur permettent de décider elles-mêmes de cette résolution.

Au-delà de ce problème du *forum shopping*, on peut d'ailleurs s'interroger sur le bien-fondé de ces importantes contradictions qui peuvent exister entre la réglementation des contrats internes et celle des contrats internationaux. En effet, comme nous avons déjà eu

complexification de la réglementation demeure puisqu'il est possible qu'il faille articuler le texte conventionnel avec des dispositions nationales. Le risque d'insécurité est d'ailleurs d'autant plus important que les opinions divergent quant à l'identification de ces lacunes qu'elles soient externes ou internes. Sur ce thème voir principalement C. WITZ, « C.V.I.M. : Interprétation et questions non couvertes », *RDAI* 2001, p. 253 ; F. FERRARI, article précité, spéc. p. 41 et s.

⁷⁵⁵ Ou plus précisément le contrat étant donné que la plupart des textes internationaux qui uniformisent le droit matériel interviennent dans le domaine du commerce international.

⁷⁵⁶ Sur le problème du *forum shopping* en présence d'une convention internationale de droit matériel voir notamment G. MECARELLI, « A propos du caractère inévitable du *forum shopping* dans la vente internationale de marchandises », *RDAI* 2003, p. 935 qui relève une très intéressante décision du 26 novembre 2002 du Tribunal de Rimini dans laquelle les juges refusent de considérer, comme cela leur était suggéré, que le droit matériel uniforme de la vente internationale de marchandises permet d'éliminer le phénomène du *forum shopping*. Ils estiment que la Convention de Vienne permet tout au plus de diminuer cette pratique. Et plus généralement sur ce thème F. FERRARI, « *Forum shopping* et droit matériel uniforme », *JDI* 2002, p. 383.

l'occasion de le préciser, les relations internationales ne présentent pas de spécificités intrinsèques par rapport à celles qui sont intégralement rattachées à un ordre juridique interne. De ce fait, il loint d'être évident que les contrats internationaux méritent un traitement spécifique. C'est peut être ce qui explique la rareté des conventions internationales de droit matériel⁷⁵⁷. En limitant l'application de ces textes aux seules relations internationales les Etats n'abandonnent certes pas complètement leurs législations internes mais ils instaurent une dualité de régimes juridiques parfois contradictoires qui n'a souvent pas lieu d'être.

472. Finalement, on se rend compte que la fréquente limitation des conventions internationales de droit matériel aux seules relations internationales les empêchent de réaliser, avec une pleine efficacité, les objectifs pour lesquels elles ont été élaborées. Il reste à présent à démontrer que ce déficit d'efficacité est accentué par les divergences d'interprétation dont les textes de droit uniforme font souvent l'objet.

B- Les divergences d'interprétation

473. Un des plus grands dangers menaçant l'efficacité du processus mondial d'universalisation du droit matériel provient sans doute des risques d'applications divergentes des règles communes⁷⁵⁸. Dès lors que les conventions de droit uniforme ne sont pas interprétées de la même manière par les différents ordres juridiques qui les ont ratifiées, les difficultés suscitées par le particularisme surgissent à nouveau. Tout d'abord, il devient difficile, pour les particuliers, de prévoir la teneur exacte du droit qui sera appliqué à leur relation puisque celle-ci sera susceptible de varier en fonction de la nationalité des juridictions qui auront à connaître d'un éventuel litige. Ensuite, ces applications divergentes permettent

⁷⁵⁷ Dans ce sens S. CHAILLE DE NERE, *Les difficultés d'exécution du contrat international*, précité, n°141.

⁷⁵⁸ Voir dans ce sens C. WITZ, « La quête de l'universalisme dans l'interprétation », *LPA* 18 déc. 2003, p. 252 : « Il est bien connu que les risques de divergence des textes de droit uniforme sont l'une des plus graves menaces planant sur l'œuvre d'uniformisation du droit, que celle-ci soit de portée régionale ou mondiale. L'œuvre d'uniformisation risque en effet d'être détruite, plus ou moins rapidement, si les juges nationaux interprètent les textes de manière divergente. Que de temps et d'énergie déployés par les artisans de l'uniformisation, gâchés par ceux qui mettent en œuvre les textes de manière non uniforme ! » et plus généralement sur cette question A. MALINTOPPI, « Les rapports entre droit uniforme et droit international privé », *RCADI* 1965, III, t. 116, p. 1 et K. PARROT, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Dalloz, 2006.

aux parties de saisir le juge qui retiendra des textes uniformes une interprétation conforme à leurs intérêts.

En « désuniformisant »⁷⁵⁹ le droit uniforme, les divergences d'interprétation réduisent ainsi l'utilité fonctionnelle de l'universalisation. En effet, l'insécurité juridique et les risques de *forum shopping*⁷⁶⁰ demeurent malgré l'œuvre d'uniformisation du droit matériel. Afin que l'universalisation du droit matériel conserve toute sa raison d'être, il paraît donc primordial que l'uniformisation touche tant la lettre que l'application des textes internationaux.

Comme l'indique M. WITZ, des efforts doivent impérativement être effectués dans ce sens car « les expériences malheureuses risquent de jeter durablement le discrédit sur l'entreprise générale d'unification du droit »⁷⁶¹. On remarquera d'ailleurs que certaines interprétations divergentes ont parfois clairement mis en évidence le manque d'efficacité de l'universalisation du droit matériel en rendant nécessaire la réintroduction du mécanisme conflictuel dans des domaines pourtant couverts par des conventions internationales de droit uniforme⁷⁶².

En l'absence de tribunaux suprêmes compétents pour interpréter les textes internationaux de droit uniforme, plusieurs moyens peuvent être mis en œuvre afin de réduire les risques d'applications divergentes⁷⁶³.

474. En premier lieu, des moyens permettant d'uniformiser l'interprétation des dispositions matérielles communes peuvent être insérés au sein même des textes internationaux.

Tout d'abord, comme l'indique M. WITZ, « des précautions méritent d'être prises déjà en amont, en d'autres termes dans la phase d'élaboration des textes d'uniformisation : les textes de droit uniforme doivent être conçus de telle manière qu'ils donnent le moins de prise possible aux interprétations divergentes. (...) Ainsi, il convient d'éviter, dans la mesure du

⁷⁵⁹ Voir J. PUTZEYS, « Le droit uniforme « désuniformisé » », in *Le droit uniforme international dans la pratique, Actes du 3^{ème} Congrès de droit privé organisé par Unidroit, 7-10 septembre 1987*, éd. Unidroit, 1988, p. 440.

⁷⁶⁰ Voir notamment G. MECARELLI, « A propos du caractère inévitable du *forum shopping* dans la vente internationale de marchandises », précité, p. 935.

⁷⁶¹ Article précité p. 54.

⁷⁶² Voir notamment les divergences d'interprétation auxquelles ont donné lieu la Convention de Genève sur la lettre de change et le billet à ordre du 7 juin 1930 sur lesquelles P. LAGARDE, « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1964, p. 235 ; Ph. MALAURIE, « Loi uniforme et conflits de lois », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1967, p. 83.

⁷⁶³ A. MALINTOPPI, « Mesures tendant à prévenir les divergences dans l'interprétation des règles de droit uniforme », in *Le droit uniforme international dans la pratique, Actes du 3^{ème} Congrès de droit privé organisé par Unidroit, 7-10 septembre 1987*, éd. Unidroit, 1988, p. 249.

possible, l'emploi de termes qui évoqueraient telle ou telle tradition nationale, afin que le juge ne soit pas tenté d'appliquer la disposition à la lumière de son droit national ».

Ensuite, les instruments de droit uniforme peuvent contenir des dispositions consacrées spécifiquement à leur interprétation. C'est ainsi, par exemple, que l'article 7 alinéa 1^{er} de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises énonce : « Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international ». Ces dispositions, présentes dans de nombreux textes de droit uniforme, dictent une certaine discipline à respecter. Elles indiquent notamment que l'interprétation du texte international doit se faire de manière autonome, c'est-à-dire « sans faire référence au sens que l'on attribue généralement à certaines expressions au sein des différents systèmes légaux »⁷⁶⁴. Il est certain que l'interprétation autonome des textes internationaux permet d'éviter des résurgences de particularisme au niveau de l'application du droit uniforme et par conséquent de réduire les possibilités de *forum shopping* et les risques d'insécurité juridique. En effet, le juge qui aura à connaître d'un litige soumis à la législation matérielle internationale n'interprétera pas le texte à lumière de sa propre législation. Il se référera en priorité à la lettre du texte et devra étudier, si l'analyse de la disposition en cause et de sa place au sein de la Convention s'avère insuffisante, la finalité de la norme en ayant recours, si besoin est, aux travaux préparatoires⁷⁶⁵.

475. En second lieu, des mesures ne se situant pas au sein des instruments de droit uniforme peuvent être mises en œuvre afin d'assurer l'uniformité de l'interprétation des conventions internationales.

De toute évidence, les efforts dans la rédaction et l'exigence d'une interprétation autonome des textes internationaux ne peuvent suffire à éradiquer complètement les risques d'applications divergentes. D'une part, les précautions prises lors de l'élaboration des conventions ne sont jamais suffisantes car il est intellectuellement impossible de prévoir toutes les difficultés susceptibles de se présenter⁷⁶⁶. D'autre part, il existe la plupart du temps

⁷⁶⁴ F. FERRARI, « Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises », *RID comp* 1996, p. 815, spéc. p. 826.

⁷⁶⁵ C. WITZ, « La quête de l'universalisme dans l'interprétation », précité, p. 252 qui note qu'en ce qui concerne la Convention de Vienne de 1980, la consultation des travaux préparatoires s'est avérée fort utile pour établir, en dépit des carences sur ces points de la Convention, que l'exclusion du texte par les parties peut se faire de manière tacite ou que l'efficacité juridique des clauses exonératoires de responsabilité relève des droits nationaux.

⁷⁶⁶ C. WITZ, article précité, p. 54.

« diverses interprétations autonomes plausibles »⁷⁶⁷. Pour éviter les divergences d'interprétation, il n'est alors d'autre alternative que de mettre en relation les différents interprètes afin qu'ils puissent tenir compte de la manière dont la norme faisant l'objet de discussions a déjà pu être appliquée ailleurs. En d'autres termes, il est indispensable, pour que l'uniformisation dans l'interprétation puisse avoir lieu, que les juges nationaux se réfèrent à la jurisprudence étrangère. Même si les juridictions se livrent parfois spontanément à cet exercice⁷⁶⁸, force est d'admettre que l'accès difficile à la jurisprudence étrangère rend la tâche du juge assez compliquée. Afin de faciliter la diffusion des décisions judiciaires rendues par les différents Etats sur le fondement des conventions internationales de droit uniforme, plusieurs mesures ont pu être envisagées.

Tout d'abord, les organisations internationales sous l'égide desquelles les conventions internationales ont été conclues mettent parfois en place des systèmes de collecte et de diffusion d'informations à propos des décisions judiciaires et des sentences arbitrales rendues en application des instruments de droit uniforme. C'est ainsi, par exemple, que la C.N.U.D.C.I. met à la disposition des juges un précis de jurisprudence à propos de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Pour ce faire elle centralise, au sein d'une banque de données, les décisions qu'elle reçoit de ses correspondants nationaux⁷⁶⁹. Il convient cependant de remarquer que les décisions, ainsi répertoriées, ne sauraient constituer des précédents s'imposant aux juges nationaux ; elles n'ont, à leur égard, qu'une force persuasive. C'est pourquoi, M. BASEDOW propose, notamment en ce qui concerne la Convention de Vienne, de franchir une étape supplémentaire en désignant, dans chaque zone géographique, une juridiction supranationale chargée de veiller à l'application uniforme des instruments internationaux⁷⁷⁰. Si elle a du bon, cette proposition présente un

⁷⁶⁷ F. FERRARI, article précité, p. 831 : « Prenons, par exemple, un cas où trois interprétations pareillement plausibles et autonomes sont possibles, et deux interprètes qui interprètent la même disposition indépendamment. Ces facteurs, tous réunis, font que la probabilité d'obtenir un résultat uniforme n'est que de 33 % ce qui, en d'autres termes, signifie que la probabilité d'obtenir des interprétations différentes est de 67% ».

⁷⁶⁸ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère} 25 oct. 2005, *D.* 2005, jurispr. p. 2872, obs. E. CHEVRIER ; *RTD civ.* 2006, p. 268, obs. REMY-CORLAY ; *RTD com.* 2006, p. 249, obs. Ph. DELEBECQUE dans lequel le juge français a fait marche arrière par rapport à sa jurisprudence traditionnelle pour se rapprocher de celle de ses homologues allemands et italiens en ce qui concerne l'exclusion tacite du droit uniforme de la vente internationale de marchandises par les parties. Pour plus de détails sur ce point voir C. WITZ, « Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Bilan et perspectives », *JDI* 2005, p. 5, spéc. p. 11 et s.

⁷⁶⁹ Ce système de collecte connu sous le sigle C.L.O.U.T. (*Case law on uniform texts*) existe pour l'ensemble des conventions et lois types émanant de la C.N.U.D.C.I.

⁷⁷⁰ J. BASEDOW, « *Rechtskultur- zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal* », *ZEuP* 1996, p. 379, cité par C. WITZ, « CVIM : Interprétations et questions non couvertes », précité, p. 260. L'auteur prévoit qu'en ce qui concerne l'Europe communautaire, cette juridiction pourrait être la Cour de justice des Communautés européennes.

inconvenient majeur : elle signifie la fin de la quête de l'universalisme dans l'interprétation⁷⁷¹ des textes uniformes et la promotion de particularismes régionaux.

Ensuite, la doctrine peut être un vecteur important d'uniformité dans l'interprétation des instruments internationaux de droit uniforme. En effet, en commentant les différentes décisions judiciaires elle permet leur circulation et contribue à éclairer les juges en dénonçant les interprétations nationales trop divergentes. Elle a également pu proposer des directives d'interprétation permettant d'éviter des divergences très prononcées dans l'application des textes internationaux de droit uniforme. C'est ainsi par exemple que M. FERRARI préconise de dégager une interprétation autonome pour l'ensemble des conventions internationales de droit matériel qui, selon lui, poursuivent la même finalité⁷⁷². La création d'un ensemble de concepts autonomes permettrait ainsi une interprétation plus systématique des différents instruments internationaux de droit matériel. Ce rôle de la doctrine est parfois renforcé du fait de son institutionnalisation. Il en va notamment ainsi en ce qui concerne la Convention de Vienne pour l'interprétation de laquelle un Comité consultatif a été créé. Celui-ci s'efforce de rendre des avis dans lesquels il fait ressortir les interprétations convergentes et dénonce les interprétations nationales peu en adéquation avec la lettre ou l'esprit du texte international.

En dépit de ces précautions, toutes les interprétations divergentes des conventions internationales de droit matériel ne peuvent, en l'absence de juridictions supranationales susceptibles d'être saisies en dernier recours ou par voie de questions préjudicielles, être éradiquées⁷⁷³. Cela conduit d'ailleurs certains auteurs à se poser la question de l'utilité réelle de l'uniformisation internationale du droit matériel⁷⁷⁴.

476. Sans aller jusque là, il convient simplement d'admettre que ces divergences d'interprétation inexpugnables nuisent à l'efficacité de l'universalisation du droit matériel qui, en toute hypothèse, demeure assez anecdotique en raison des importants sacrifices qu'elle requiert de la part des ordres juridiques nationaux. Cette efficacité est d'ailleurs d'autant

⁷⁷¹ Voir C. WITZ, « La quête de l'universalisme dans l'interprétation », précité, p. 58.

⁷⁷² F. FERRARI, « Les rapports entre les conventions de droit matériel uniforme en matière contractuelle et la nécessité d'une interprétation interconventionnelle », *JDI* 2003, p. 791.

⁷⁷³ Ainsi, par exemple, la Convention de Vienne continue à faire l'objet d'assez nombreuses divergences d'interprétation alors que l'ensemble des moyens exposés ont été mis en œuvre afin d'assurer une application uniforme du texte. Voir sur ce sujet le récent bilan dressé par C. WITZ, « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises. Panorama 2007 », *D.* 2007, p. 530, dans lequel l'auteur relève notamment des décisions américaines et espagnoles rendues sur le fondement de la Convention mais dans lesquelles les juges continuent à raisonner selon leurs droits internes.

⁷⁷⁴ Voir notamment P. Y. GAUTIER, « Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen », in *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, précité, p. 327.

moins évidente que l'unification des législations substantielles engendre le plus souvent une dualité de régimes juridiques peu compatible avec les objectifs de sécurité juridique et de renforcement de l'autorité des lois dans l'ordre international.

Finalement, le droit matériel ne constitue pas, au niveau mondial, le support privilégié de l'universalisation des règles générales. Cette forme d'universalisation du droit, du fait de son domaine limité et de son efficacité très relative, demeure anecdotique et ne peut, par conséquent, permettre, à elle seule, de rétablir l'autorité des lois et d'améliorer la sécurité juridique dans les relations internationales entre personnes privées.

La réalisation de ces objectifs est donc tributaire d'une autre forme d'universalisation des règles générales : celles des règles de conflit. Celle-ci est-elle suffisamment aboutie au niveau mondial ? Permet-elle, en l'état actuel du droit positif, une véritable amélioration de la prévisibilité et un réel renforcement de l'autorité des lois dans l'ordre international ?

Section 2. L'universalisation des règles de conflit

477. Au niveau mondial, le droit international privé représente incontestablement le support privilégié du processus d'universalisation des règles générales. Alors que l'unification du droit matériel demeure anecdotique et n'en est qu'à ses balbutiements, celle des règles de conflit ne cesse de croître depuis la fin du XIX^e siècle. Très tôt, la doctrine a montré qu'il était contradictoire de vouloir assurer la coordination des ordres juridiques par des règles de conflit qui, elles-mêmes, n'étaient pas coordonnées⁷⁷⁵. Suite à cette prise de conscience des problèmes suscités par le particularisme, la communauté internationale s'est mobilisée afin de « travailler à l'unification progressive du droit international privé »⁷⁷⁶. C'est ainsi que de nombreuses conventions de droit international privé furent élaborées, notamment dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé. Même si elle n'est pas exempte de toute critique⁷⁷⁷, on ne peut qu'approuver cette évolution constante vers une plus grande harmonisation du droit international privé au niveau mondial car elle permet,

⁷⁷⁵ K. KREUZER, « La communautarisation du droit international privé : acquis et perspectives », précité, p. 105.

⁷⁷⁶ Art. 1^{er} du statut de la Conférence de La Haye.

⁷⁷⁷ Voir notamment Y. LEQUETTE, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales », *RCADI* 1994, II, t. 246, p. 9.

globalement, d'améliorer de manière significative la prévisibilité des solutions et de rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international. Pour autant, on peut se demander si cette progression de l'universalisation des règles de conflit au niveau mondial n'est pas en train, au moins en ce qui concerne l'ordre juridique français, de marquer un coup d'arrêt. En effet, l'intégration juridique toujours plus poussée au niveau de l'Europe communautaire semble condamner une universalisation du droit international privé de plus grande ampleur géographique.

C'est ce que nous tenterons de démontrer en analysant dans un premier temps l'universalisation du droit international privé réalisée au niveau mondial (§1) pour, dans un second temps, s'interroger sur son avenir (§2).

§1- Le bilan de l'universalisation des règles de conflit

478. L'universalisation des règles de conflit à laquelle l'ordre juridique français participe a principalement été réalisée au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé. Afin de dresser le bilan de l'unification du droit international privé à l'échelon mondial, il convient donc de mesurer l'ampleur de la tâche réalisée par cette organisation (A) avant d'en apprécier l'efficacité au regard des objectifs poursuivis, de manière générale, par le processus d'universalisation du droit (B).

A- L'ampleur de l'universalisation des règles de conflit

479. A l'échelle mondiale, l'universalisation des règles de conflit à laquelle l'ordre juridique français collabore a principalement été réalisée dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé. Cette organisation internationale, réunie pour la première fois en 1893 sous l'égide du gouvernement des Pays-Bas, travailla aussitôt à l'unification des règles de droit international privé des différents Etats membres. Au départ fort ambitieux, le projet était d'aboutir à une codification globale des règles de conflit de lois, des règles de

conflit de juridiction et des dispositions relatives à l'entraide judiciaire⁷⁷⁸. Consciente de l'impossibilité d'éradiquer complètement les règles de droit international privé d'origine étatique, la Conférence revit ses ambitions à la baisse. Elle abandonna son objectif originel d'élaborer un code mondial de droit international privé pour adopter une attitude plus réaliste⁷⁷⁹. C'est ainsi qu'il fut décidé de procéder à une unification plus modeste des règles de droit international privé. Le but était de parvenir progressivement à une coordination globale des différentes législations en opérant matière par matière. Cette nouvelle ligne d'action devait déboucher, avant le début de la première guerre mondiale, sur plusieurs conventions sectorielles de droit international privé dans des domaines aussi variés que la procédure civile⁷⁸⁰, la loi applicable au mariage, au divorce et à la séparation de corps⁷⁸¹ ou les successions internationales⁷⁸². Ces premières conventions internationales générèrent, au départ, de nombreux espoirs pour les partisans de l'universalisme. Pourtant, elles ne constituèrent qu'un succès très relatif. D'une part plusieurs grandes nations de l'époque s'abstinrent de les ratifier. D'autre part, plusieurs Etats signataires les dénoncèrent suite à des incidents politiques liés au contexte international conflictuel de l'époque⁷⁸³.

Les deux grands conflits mondiaux du début du XX^e siècle devaient d'ailleurs réduire quasiment à néant l'activité de la Conférence de La Haye de droit international privé. En effet, seules deux sessions eurent lieu dans la période de l'entre-deux-guerres sans qu'aucune convention n'entre en vigueur.

Ce n'est qu'à partir des années cinquante que les activités de la Conférence de La Haye reprirent. Pour pérenniser son action et éviter les périodes de léthargie qu'elle connut entre 1904 et 1925 ou entre 1928 et 1951, cette organisation internationale se dota en 1951 d'un bureau permanent institué par un Traité international qui entra en vigueur en 1955 et qui fit de la Conférence une personne morale de droit international public. Depuis lors, la Conférence s'est réunit à intervalles réguliers ce qui lui a permis d'élaborer et de faire adopter pas moins

⁷⁷⁸ Voir le discours d'ouverture de la Conférence de T. M. C. ASSER, président de la conférence de La Haye sur lequel : G. J. W. STEENHOFF, « ASSER et la fondation de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1994, p. 297.

⁷⁷⁹ Comme l'indique Y. LEQUETTE : « Il est plus facile d'élaborer une convention et d'obtenir la ratification de celle-ci, lorsqu'elle porte sur un sujet étroit » : « Le droit international de la famille à l'épreuve des Conventions internationales », précité, p. 37.

⁷⁸⁰ Convention de 1896.

⁷⁸¹ Conventions de 1902.

⁷⁸² Convention de 1905.

⁷⁸³ Voir Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, précité, n° 36.

de trente cinq conventions touchant des domaines aussi variés que le droit de la famille et des personnes, le droit des obligations contractuelles et délictuelles ou la procédure⁷⁸⁴.

L'ordre juridique français n'est pas resté étranger à ce mouvement mondial d'universalisation du droit international privé. Membre depuis le 20 avril 1964, la France a toujours participé de manière active aux travaux de la Conférence⁷⁸⁵. C'est ainsi que nombre de conventions élaborées au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé sont entrées en vigueur sur le territoire français. Parmi les plus célèbres il est possible de citer la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ou la Convention du 5 octobre 1961 sur la loi applicable en matière de forme des dispositions testamentaires.

Etant donné qu'il serait vain d'énumérer la liste exhaustive des matières ayant fait l'objet de conventions internationales⁷⁸⁶, retenons simplement que celles signées et ratifiées par la France représentent un *corpus* juridique non négligeable qui prouve sa volonté de participer au mouvement mondial d'universalisation des règles de droit international privé dans des domaines les plus variés.

480. En définitive, il n'est pas besoin d'aller plus loin dans l'analyse du fonctionnement et de l'origine de la Conférence de La Haye⁷⁸⁷, pour conclure que l'Etat français, en participant à cette organisation internationale, collabore activement au mouvement d'unification des règles de conflit. Il fait donc du droit international le support principal du processus mondial d'universalisation des règles générales. Comparativement, le nombre de conventions de droit international privé qui lient la France avec des Etats du monde entier est en effet sans commune mesure avec celui des traités ayant pour objet d'unifier, au-delà du cadre européen, les droits matériels étatiques. Pour autant l'importance quantitative de l'œuvre de la Conférence de La Haye ne saurait, à elle seule, persuader l'observateur de son opportunité. Encore faut-il, pour que cette universalisation réalisée au niveau mondial ait une quelconque

⁷⁸⁴ Pour un état complet des Conventions et des ratifications dont elles font l'objet voir le tableau figurant chaque année dans le premier numéro de la Revue critique de droit international privé.

⁷⁸⁵ A. BODENES-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, précité, n° 120.

⁷⁸⁶ D. BUREAU, « La codification du droit international privé », in *La codification* (dir. B. BEIGNER), coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 1996, p. 119 ;

⁷⁸⁷ Pour plus de détails sur la Conférence de La Haye de droit international privé on se référera aux nombreuses études qui se sont donné pour objet de relater, de manière très détaillée, l'œuvre d'ensemble de cette organisation internationale. Parmi d'autres voir notamment J. H. A. VAN LOON, « Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye », in *Liber Memorialis FRANÇOIS LAURENT*, Story-Scientia, 1989, p. 1133 ; G. A. L. DROZ, « Conférence de La Haye de droit international privé, évolution et perspectives », *RCADI* 1980, III, t. 168, p. 123.

valeur, qu'elle permette de réaliser les objectifs poursuivis de manière générale par le processus d'universalisation du droit. Il s'agit alors d'étudier l'efficacité de l'universalisation mondiale des règles de conflit.

B- L'efficacité de l'universalisation des règles de conflit

481. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, l'universalisation des règles de conflit ne cesse de croître grâce à l'action de la Conférence de La Haye de droit international privé. L'ordre juridique français participe activement à ce mouvement mondial d'unification du droit en adhérant à cette organisation internationale et en acceptant, dans la majorité des cas, de ratifier les conventions adoptées. Pour autant, étant donnée l'approche fonctionnelle que nous avons choisie de suivre, la seule existence de ce processus d'universalisation des règles de conflit ne saurait suffire à prouver son utilité. Pour que le bilan de l'universalisation soit positif, il faut nécessairement que les solutions qui en résultent soient plus satisfaisantes, notamment en termes de prévisibilité et d'autorité des lois, que celles que préconisaient unilatéralement les ordres juridiques nationaux. En l'occurrence, la question se pose avec d'autant plus d'acuité que de nombreuses critiques sont venues ébranler l'*a priori* plutôt favorable dont jouissaient les conventions internationales élaborées sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé⁷⁸⁸.

482. En premier lieu, pour certains l'unification du droit international privé réalisée par les conventions élaborées dans le cadre de la Conférence de La Haye ne permettrait pas de garantir un traitement uniforme des relations internationales entre personnes privées en raison du nombre limité de ratifications dont elles font l'objet. De ce fait, les objectifs poursuivis ne pourraient être atteints en dépit des concessions effectuées par les Etats signataires. L'œuvre unificatrice de la Conférence de La Haye générerait même une complexification de la réglementation de droit international privé en instituant une dualité de régimes juridiques. En effet, les règles de conflits d'origine conventionnelle ne remplaceraient pas purement et simplement les législations nationales de droit international privé mais s'y ajouteraient. Ces

⁷⁸⁸ Voir sur cette controverse D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, précité, n° 49.

dernières demeurerait applicables dans certaines hypothèses exclues du domaine spatial des traités⁷⁸⁹.

A nos yeux, de telles critiques sont impropres à remettre en cause le bien-fondé et l'utilité de l'entreprise d'unification mondiale du droit international privé.

Tout d'abord, ce n'est pas parce que tous les pays n'ont pas ratifié les conventions internationales de droit international de La Haye qu'une unification même limitée géographiquement ne constitue pas déjà un progrès pour la prévisibilité du droit applicable et la sécurité juridique des particuliers engagés dans des relations internationales. Ceux-ci pourront jouir d'une uniformité de traitement et seront à même d'identifier avec certitude la règle de conflit adéquate dès lors que leur relation n'affectera que des ordres juridiques ayant ratifié le texte international applicable.

Ensuite, s'il est vrai qu'au départ la Conférence était surtout composée d'Etats européens, ses membres sont aujourd'hui issus de toutes les parties du globe et leur nombre ne cesse de croître⁷⁹⁰. De ce fait, cette organisation ne peut plus être perçue comme entité régionale faisant double emploi avec la Communauté européenne dans la quête de l'unification des règles de droit international privé. Elle a peu à peu acquis une dimension mondiale et se compose de plus de soixante membres parmi lesquels des Etats de tous les continents tels que le Japon, le Brésil, l'Australie, la Jordanie ou les Etats-Unis d'Amérique.

Enfin, le risque de dualité de régimes juridiques est considérablement réduit en raison du champ d'application spatial, le plus souvent universel, des conventions élaborées au sein de la Conférence de La Haye. Les règles qu'elles édictent, notamment en matière de conflit de lois⁷⁹¹, sont destinées à devenir le droit commun des Etats contractants. En effet, bien souvent ceux-ci les appliquent, de leur propre chef ou conformément à des dispositions spécifiques contenues dans les textes conventionnels⁷⁹², même si la loi matérielle désignée est celle d'un

⁷⁸⁹ Voir J. GONZALES CAMPOS, « Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique », in *Liber amicorum G. A. L. DROZ*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 105 cité par A. BODENES-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, précité, n° 122 ; Y. LEQUETTE, « Le droit international de la famille à l'épreuve des Conventions internationales », précité, p. 11.

⁷⁹⁰ Au demeurant, comme l'indique Mme BODENES-CONSTANTIN, thèse précitée, n° 122, sans être membres, de nombreux Etats se rallient spontanément aux solutions préconisées par les textes conventionnels : « Il n'est pas rare que les Etats appliquent, pour leurs besoins propres, une Convention de La Haye voyant dans cet instrument à valeur pédagogique une loi modèle ».

⁷⁹¹ Or, comme nous l'avons vu c'est l'universalisation de ce type de dispositions qui contribue, à titre principal, à améliorer la prévisibilité du droit et rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international, voir *supra* Première partie, Titre 2, Chapitre 1.

⁷⁹² Voir par exemple l'article 2 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, entrée en vigueur en France le 1^{er} septembre 1992, sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

Etat non signataire et sans qu'il soit nécessaire que la personne impliquée dans la relation soit l'un de leurs ressortissants ou réside sur leur territoire.

483. En deuxième lieu, pour certains, l'unification des règles de conflit réalisée, au niveau mondial, par la Conférence de La Haye serait plus apparente que réelle.

Tout d'abord, cela viendrait du fait que les Etats contractants disposent, par le système des réserves⁷⁹³, de la possibilité d'écarter l'application de certaines dispositions du texte conventionnel pour les remplacer par des solutions nationales. S'il est vrai que cette attitude limite l'universalisation, il n'en demeure pas moins qu'elle permet bien souvent un plus grand nombre de ratifications. Le système des réserves permet en effet d'obtenir la participation d'Etats qui refuseraient d'adhérer au texte dans sa globalité en raison d'une disposition à leurs yeux inacceptable. Bien souvent, une unification même imparfaite constitue tout de même un progrès. Au demeurant, la Conférence limite bien souvent la faculté pour les Etats contractants d'émettre des réserves en mentionnant expressément, au sein du texte de la Convention, celles qui restent possibles. D'ailleurs, dans la pratique les Etats contractants ont rarement recours à ce procédé et ratifient généralement l'ensemble du texte qui leur est proposé.

Ensuite, l'uniformisation réalisée par les conventions de La Haye de droit international privé ne serait qu'apparente en raison du manque d'unité dans l'interprétation et l'application des textes⁷⁹⁴. Il est vrai qu'il n'existe pas d'autorité unique chargée d'interpréter les traités élaborés dans le cadre de la Conférence de La Haye. Ce rôle ne revient à la Cour internationale de justice que lorsqu'elle se voit attribuer cette compétence par les deux Etats en cause. Si tel n'est pas le cas il faut s'en remettre aux sources internes d'interprétation⁷⁹⁵ qui ne peuvent garantir l'unité d'application des textes conventionnels. Le risque est alors que les ordres juridiques internes interprètent les conventions internationales à l'aune de leurs concepts nationaux. Il nous semble pourtant que le risque d'application divergente ne doit pas être exagéré. Il n'est en tous cas pas de nature à remettre en cause l'utilité de l'unification réalisée.

⁷⁹³ Sur lesquels G. A. L. DROZ, « Les réserves et les facultés dans les Conventions de la Haye de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1969, p. 381.

⁷⁹⁴ Sur cette question voir notamment K. PARROT, *L'interprétation des conventions en droit international privé*, Dalloz, 2006.

⁷⁹⁵ Sur lesquelles Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, ouvrage précité, n° 47.

D'une part, l'unification branche par branche effectuée par la Conférence de La Haye permet de définir dans chaque cas le domaine couvert par le texte et d'élaborer des dispositions précises et concrètes peu susceptibles de discussions. Autrement dit, en agissant de manière sectorielle les conventions de La Haye présentent « le grand avantage d'offrir de la prévisibilité et de l'uniformité et de ce fait de la certitude »⁷⁹⁶.

D'autre part, la Conférence de La Haye représente un espace de discussion anational où les différentes cultures juridiques s'entremêlent et entrent en contact⁷⁹⁷. Cela permet notamment de se départir des concepts nationaux pour élaborer des notions communes autonomes⁷⁹⁸. Ainsi en va-t-il notamment de la notion de résidence habituelle fréquemment utilisée comme facteur de rattachement. En d'autres termes, il se développe, au sein de la Conférence de La Haye, un discours juridique transnational offrant la possibilité de rendre à l'identique une même norme dans des systèmes juridiques et linguistiques différents.

484. En dernier lieu, l'efficacité de l'universalisation du droit international privé réalisée par la Conférence de La Haye a pu être contestée en raison de la complexité et du manque de cohérence des règles exprimées au sein du droit international conventionnel⁷⁹⁹.

Tout d'abord, la recherche de solutions transactionnelles entre cultures juridiques antagonistes amènerait le législateur international à adopter des rattachements trop complexes pour que l'objectif de prévisibilité et d'accès au droit puisse être réalisé. Il est vrai, par exemple, qu'il est souvent difficile de savoir exactement quels sont les domaines respectifs dévolus à la loi nationale et à celle de la résidence habituelle de l'enfant dans le système mis en place par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs. Ce manque de simplicité est certes regrettable au regard de la prévisibilité du droit applicable. Cependant, la complexité des règles est parfois nécessaire pour répondre aux difficultés rencontrées dans la pratique⁸⁰⁰. Elle est même, dans certaines hypothèses, un gage de modernité et d'adaptation de la

⁷⁹⁶ J. H. A. VAN LOON, article précité, p. 1133.

⁷⁹⁷ J. H. A. VAN LOON parle à ce titre d' « éducation mutuelle des systèmes », *Ibid.*

⁷⁹⁸ Voir E. PUTMAN, « Réflexions sur la question de la codification du droit international privé », in *La codification du droit international privé, actes du colloque d'Aix en Provence*, Pédone, 1999, p. 111 : « Les rattachements d'un droit international privé international permettent, grâce à des phénomènes d'acculturation des conceptions venues d'autres traditions juridiques, de promouvoir un modèle transnational par la constitution d'une culture juridique commune ».

⁷⁹⁹ Voir pour une critique sévère Y. LEQUETTE, « Le droit international de la famille à l'épreuve des Conventions internationales », précité.

⁸⁰⁰ Voir notamment la célèbre affaire *BOLL* du 28 novembre 1958 dans laquelle la Cour internationale de justice a démontré les difficultés qui résultaient de l'application systématique de la loi nationale en matière de protection des mineurs.

réglementation à la configuration actuelle des relations internationales et aux contingences matérielles, politiques et sociales. En d'autres termes, la simplicité des règles n'est pas une vertu qui doit être recherchée pour elle-même. Ce qu'il faut c'est choisir la solution la plus facile d'emploi mais qui tienne compte, dans le même temps, de la réalité sociale, parfois complexe, qu'elle entend régir. Or, concernant le droit international privé, il est parfois impossible de trouver un rattachement unique qui prenne en considération l'ensemble des données morales, politiques, sociales, économiques...du moment. Au demeurant, cette complexité, même si elle est regrettable, ne saurait justifier la remise en cause de l'effort d'unification effectué par la Conférence de La Haye. Comme toute législation interne, ce droit conventionnel est voué à évoluer au grès des problèmes rencontrés en pratique et grâce à une prise de conscience de ses difficultés de mise en œuvre⁸⁰¹.

Ensuite, il a été reproché à l'œuvre de la Conférence de La Haye de manquer de cohérence. Cela viendrait du caractère sectoriel des conventions internationales élaborées en son sein. D'une part, la multiplication des textes, dont les domaines matériels se recoupent parfois, rendrait l'accès au droit difficile et générerait des conflits de normes internationales peu aisés à résoudre. D'autre part, « en traitant de manière très spécifique de points qui jusqu'alors appartenaient à la même catégorie juridique les rédacteurs des conventions » feraient « surgir des difficultés d'articulation entre les règles conventionnelles spéciales et les règles nationales générales »⁸⁰².

Il est vrai que certaines questions extrêmement liées entre elles sont soumises à des lois différentes désignées les unes par les règles de conflit conventionnelles et les autres par les règles de conflit nationales. Parfois les incohérences sont encore plus flagrantes. Ainsi en va-t-il, pour reprendre la démonstration faite par M. LEQUETTE⁸⁰³, lorsque la solution donnée au problème des questions préliminaires diffère selon que l'on se trouve dans le cadre du droit international privé national ou dans celui du droit conventionnel. En France, il est maintenant établi que les différentes questions doivent être traitées de manière indépendante⁸⁰⁴. Au contraire, la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur les obligations alimentaires prévoit dans son article 1^{er} que la loi de la résidence habituelle déterminera non seulement les conditions d'accès et le régime des créances d'aliments mais traitera également de « la

⁸⁰¹ Ainsi, pour reprendre l'exemple de la protection des mineurs, la Convention de 1961, en vigueur en France depuis le 10 novembre 1972, a vocation à être remplacée par celle du 19 octobre 1996.

⁸⁰² A. BODENES-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, précité, n° 132.

⁸⁰³ Article précité n° 100 et s.

⁸⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère} 22 avr. 1986, *Djenangi*, *JDI* 1986, p. 1025, note A. SINAY-CYTERMANN ; *JCP* 1987, II, 20878, note E. AGOSTINI ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 302, note, J.-M. BISCOFF.

question de savoir qui est admis à intenter l'action alimentaire et quels sont les délais pour l'intenter ». Ainsi la loi applicable ne sera pas nécessairement identique selon que la question de l'établissement du lien de filiation est posée au juge français à titre principal⁸⁰⁵ ou qu'elle doit être résolue de manière préalable afin d'établir la qualité de créancier d'aliments.

Si cet exemple est particulièrement saisissant il ne saurait pourtant condamner l'œuvre unificatrice de la Conférence de La Haye dans son ensemble. Plusieurs conventions ont connu un réel succès et ne suscitent pas de telles difficultés⁸⁰⁶. En réalité, les critiques globales quant à l'apport du droit conventionnel, souvent fondées sur des imperfections ponctuelles, partent le plus souvent d'un *a priori* particulariste. Leurs auteurs s'efforcent de démontrer les dangers que représentent les progrès du droit conventionnel pour la cohérence du système interne de droit international privé sans jamais prendre en compte les apports fonctionnels de l'unification des règles de conflit. Jamais non plus, la problématique n'est renversée afin de se demander si le particularisme, parfois peu fondé, du système national ne nuit pas à l'efficacité de l'unification voulue par le législateur international. En d'autres termes, s'il est vrai que la qualité et la cohérence de certaines dispositions conventionnelles mériteraient d'être améliorées, il n'en résulte pas moins que les systèmes nationaux doivent, pour que l'unification réalisée remplisse son rôle, les intégrer pleinement au besoin en s'y adaptant. Une démarche conservatrice n'a de raison d'être que si elle tend à protéger certaines valeurs jugées fondamentales. Or, une règle de conflit n'est pas une valeur fondamentale⁸⁰⁷.

Si, au contraire, le conservatisme constitue une fin en soi, il devient un frein au progrès. En l'occurrence tel est bien le cas puisque l'universalisation des règles de conflit représente un réel progrès pour la sécurité juridique des particuliers et l'autorité des lois dans l'ordre international.

485. Finalement, on s'aperçoit que la question de l'efficacité de l'universalisation des règles de conflit effectuée à l'échelon mondial par la Conférence de La Haye de droit international privé ne fait pas l'unanimité. Cependant, « cela tient plus (...) à un état d'esprit : selon que l'observateur adhèrera à la théorie particulariste ou, à la théorie universaliste, il aura tendance à minimiser, ou à exagérer, l'influence positive exercée par les Conventions de La

⁸⁰⁵ Dans ce cas la loi compétente sera celle de la nationalité de la mère en vertu de l'article 311-14 du Code civil.

⁸⁰⁶ Voir dans ce sens, D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, précité, n° 49 : « Ici comme ailleurs, la vérité est peut-être à mi-chemin ; le droit conventionnel n'est pas nécessairement la solution miracle aux problèmes de droit international privé ; il ne peut l'être qu'en raison de la qualité des règles exprimées...variable selon les conventions ».

⁸⁰⁷ Voir *supra* n° 269 et 270.

Haye sur le droit international privé »⁸⁰⁸. Si l'on se détache de ces partis pris, souvent plus politiques que juridiques, et que l'on s'attache à appréhender le processus mondial d'universalisation des règles de conflit d'un point de vue fonctionnel, on se rend compte que l'œuvre unificatrice menée par la Conférence de La Haye de droit international privé présente un bilan plutôt positif. En effet, le caractère uniforme des règles édictées permet à lui seul une amélioration non négligeable de la prévisibilité du droit et un renforcement certain de l'autorité des lois dans l'ordre international. Cela ne veut pas pour autant dire que le droit conventionnel soit exempt de toute critique. Un effort doit certainement être fait afin de le rationaliser et de le rendre plus accessible. Peut-être alors gagnerait-il en crédibilité et contribuerait-il à faire tomber certains *a priori*. En toute hypothèse, il n'est pas possible de condamner le principe même de l'unification des règles de conflit en pointant de manière isolée les imperfections, inhérentes à toute législation interne ou internationale, du droit conventionnel et en occultant complètement les enjeux généraux du processus d'universalisation du droit. Cette démarche politique dissimulée sous des arguments juridiques est d'ailleurs d'autant plus dangereuse que l'universalisation des règles de conflit représente quasiment le seul moyen de combattre, à l'échelle mondiale, l'insécurité juridique et la perte d'autorité des lois dans l'ordre international.

Si le bilan de l'universalisation des règles de conflit au niveau mondial nous paraît plutôt positif, il est cependant à craindre que la progression du droit conventionnel marque le pas, au moins en ce qui concerne les pays de l'Union européenne. On remarque en effet que l'Europe communautaire, très active en matière de droit international privé, tend à s'isoler sur la scène internationale. Cela nous laisse penser qu'elle représente davantage un rempart contre la mondialisation des règles de conflit que l'antichambre de celle-ci.

§ 2- L'avenir incertain de l'universalisation des règles de conflit

486. Si l'avenir de l'unification des règles de conflit entreprise à l'échelon mondial nous paraît incertain, c'est essentiellement en raison de l'émergence assez spectaculaire du droit international privé communautaire. Cette communautarisation des règles de conflit, loin

⁸⁰⁸ A. BODENES-CONSTANTIN, thèse précitée, n° 125.

d'annoncer un mouvement de plus grande ampleur géographique, risque, au contraire, de freiner les possibilités d'ouverture vers les pays non-membres de l'Union européenne⁸⁰⁹. En ce qui concerne la Communauté et par conséquent l'ordre juridique français, on assiste en effet à l'éclosion d' « un droit international marqué par le régionalisme »⁸¹⁰. S'il en va ainsi c'est essentiellement en raison de la compétence externe exclusive que s'octroie bien souvent la Communauté européenne en matière de droit international privé. Cela a pour conséquence de paralyser les initiatives des pays membres pour rapprocher leurs règles de conflit de celles de pays n'appartenant pas à l'Europe communautaire (A). Or, il n'est pas certain que la Communauté européenne, se retrouvant dans une situation délicate, soit réellement en mesure de favoriser le mouvement d'harmonisation des règles de conflit d'origine communautaire avec celles des Etats tiers (B).

A- La paralysie des initiatives nationales

487. L'essentiel de la participation de l'ordre juridique français au mouvement mondial d'universalisation des règles de conflit résulte de son activité au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé⁸¹¹. Dans le cadre de cette organisation, le rapprochement des droits internationaux privés est réalisé grâce à l'action des Etats membres qui proposent, négocient et éventuellement ratifient des conventions internationales unifiant les règles de conflit dans des secteurs déterminés. La France, même si elle n'a pas toujours adopté l'ensemble des textes, a toujours collaboré de manière active aux travaux de la Conférence. Il n'est pourtant pas certain que les initiatives de l'ordre juridique français, dans le sens d'une meilleure coopération mondiale en matière de droit international privé, puissent continuer à s'exprimer pleinement. La marge de manœuvre des pays membres de l'Union européenne pour négocier et conclure des accords avec les Etats tiers risque en effet de devenir extrêmement réduite depuis qu'il est admis, par la Cour de justice, que la Communauté dispose d'une compétence externe exclusive dès lors qu'elle exerce sa compétence législative interne⁸¹². Afin de mieux comprendre ce phénomène, il convient au préalable de faire le point

⁸⁰⁹ Voir dans ce sens Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, ouvrage précité, n° 52 : « Et sans doute, l'émergence d'un droit international privé européen est-elle de nature à paralyser l'unification entreprise à l'échelon mondial et à créer de nouvelles sources de conflits de normes ».

⁸¹⁰ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, précité, n° 52.

⁸¹¹ Voir *supra* n° 479 et 480.

⁸¹² CJCE, 31 mars 1971, *AETR*, aff. 22/70, *Rec.* 1971, p. 263.

sur le partage des compétences entre les Etats membres et la Communauté européenne en ce qui concerne la négociation de conventions avec des Etats tiers en matière de droit international privé.

488. En vertu de l'article 281 du Traité CE, la Communauté dispose de la personnalité juridique ce qui signifie non seulement qu'elle a la capacité d'agir en direction des Etats membres (personnalité interne) mais également vis-à-vis des Etats tiers (personnalité externe). Tout comme la compétence interne, la compétence externe de la Communauté est une compétence d'attribution. De ce fait, la Communauté ne peut normalement conclure des accords internationaux que lorsque cela est prévu par le Traité. Ces compétences externes explicitement attribuées à la Communauté sont, dans le texte, assez limitées et ne lui permettent pas d'agir, de manière générale, dans le domaine du droit international privé. Elles concernent en effet des domaines tels que la politique monétaire (article 111), la politique commerciale commune (article 133), la recherche (article 170) ou l'environnement (article 174). Les quatre grandes libertés de circulation qui justifient l'action de la Communauté en matière de droit international privé sont, quant à elles, *a priori* exclues de ce domaine. Il s'ensuit que l'article 65 du Traité, sur lequel repose l'action de la Communauté en matière de droit international privé, n'attribue aucune compétence externe explicite à l'Union. Cependant, le recours à la théorie des pouvoirs implicites a permis à la Cour de justice des communautés européennes d'étendre le domaine des compétences externes de la Communauté au-delà des seules hypothèses expressément mentionnées dans le Traité.

Il a tout d'abord été décidé, dans le célèbre arrêt *AETR*⁸¹³, qu'en l'absence de compétence externe explicitement définie, la Communauté pouvait conclure des accords avec les Etats tiers dès lors qu'elle avait préalablement exercé sa compétence interne dans le domaine considéré. Ce pouvoir implicite de la Communauté pour agir à l'égard des pays tiers a été dénommé par la doctrine « compétence externe par occupation du terrain »⁸¹⁴.

Ensuite, la Cour de justice est allée plus loin en décidant que même en l'absence de règles internes dans le domaine en question, la Communauté disposait d'une compétence pour conclure des conventions internationales avec des Etats tiers dès lors que sa participation était

⁸¹³ *Ibid.*

⁸¹⁴ Voir notamment M. WILDERSPIN et A.-M. ROUCHAUD-JOET, « La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2004, p. 1.

nécessaire à la réalisation de l'un de ses objectifs⁸¹⁵. Cependant, la Cour a souligné le caractère exceptionnel de cette possibilité en précisant qu'elle ne peut jouer que lorsque les objectifs communautaires ne peuvent être atteints par d'autres voies comme notamment des mesures internes applicables aux ressortissants des pays tiers⁸¹⁶. Il en résulte que le champ d'application de cette compétence est assez réduit et ne pourra jouer que très rarement en matière de droit international privé⁸¹⁷.

489. Ainsi, la compétence de la Communauté pour négocier des accords avec les Etats tiers en matière de droit international privé repose essentiellement sur l'occupation du terrain sur le plan interne. La question qui se pose à présent est celle de savoir si une telle compétence est de nature à exclure celle des Etats membres.

Au départ, la Cour reconnaissait de manière quasi-systématique un caractère exclusif à la compétence externe de la Communauté acquise par l'exercice de sa compétence interne. L'idée était d'éviter que les actions de la Communauté « ne soient contrariées du fait que des Etats membres s'engagent à l'égard d'un ou plusieurs Etats tiers à respecter certaines règles qui s'avèrent incompatibles avec les règles de droit communautaire »⁸¹⁸.

Ce caractère exclusif a cependant été critiqué par les Etats membres notamment lors de la négociation du Traité de Maastricht du 7 février 1992. Il était notamment reproché à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes de méconnaître le principe de subsidiarité posé à l'article 5 du Traité. C'est la raison pour laquelle, la Cour a revu sa position en estimant que les compétences concurrentes devaient être la règle et les

⁸¹⁵ CJCE 14 juill. 1976, *Kramer*, aff. 3, 4 et 6/76, *Rec.* 1976, p. 1279 et avis 1/76 du 26 avril 1977, *Rec.* 1976, p. 741 selon lequel : « chaque fois que le droit communautaire a établi dans le chef des institutions de la Communauté des compétences sur le plan interne en vue de réaliser un objectif déterminé, la Communauté est investie de la compétence pour prendre des engagements internationaux nécessaires à la réalisation de cet objectif, même en l'absence d'une disposition expresse à cet égard. Cette conclusion s'impose notamment dans tous les cas où la compétence interne a déjà été utilisée en vue d'adopter des mesures s'inscrivant dans la réalisation des politiques communes. Elle n'est cependant pas limitée à cette éventualité. Si les mesures communautaires internes ne sont adoptées qu'à l'occasion de la conclusion et de la mise en vigueur de l'accord international (...) la compétence pour engager la Communauté vis-à-vis des Etats tiers découle néanmoins de manière implicite des dispositions du traité établissant la compétence interne, pour autant que la participation de la Communauté à l'accord international est nécessaire à la réalisation d'un des objectifs de la Communauté ».

⁸¹⁶ CJCE 5 nov. 2002, *Ciel ouvert*, aff. C-466/98, *Commission c/ Royaume-Uni*, *Rec.* 2002, p. I-9427 ; aff. C-467/98, *Commission c/ Danemark*, *Rec.* 2002, p. I-9519 ; aff. C-468/98, *Commission c/ Suède*, *Rec.* 2002, p. I-9575 ; aff. C-469/98, *Commission c/ Finlande*, *Rec.* 2002, p. I-9627 ; aff. C-471/98, *Commission c/ Belgique*, *Rec.* 2002, p. I-9681 ; aff. C-472/98, *Commission c/ Luxembourg*, *Rec.* 2002, p. I-9741 ; aff. C-475/98, *Commission c/ Autriche*, *Rec.* 2002, p. I-9797 et aff. C-478/98, *Commission c/ Allemagne*, *Rec.* 2002, p. I-9855.

⁸¹⁷ Voir dans ce sens M. WILDERSPIN et A.-M. ROUCHAUD-JOET, article précité, 10.

⁸¹⁸ A.V.M. STRUYCKEN, « Le droit international privé d'origine communautaire et les Etats tiers », *Rev. aff. eur.* 2002, p. 335, spéc. n° 8.

compétences exclusives l'exception⁸¹⁹. En d'autres termes, pour que la Communauté dispose d'une compétence externe exclusive du fait de l'occupation du terrain sur le plan interne, il faut se trouver dans des circonstances spécifiques que la Cour de justice a parfaitement résumées dans une série d'arrêts nommés *Ciel ouvert* par la doctrine⁸²⁰ et plus récemment dans un avis de l'assemblée plénière relatif à la compétence de Communauté européenne pour la conclusion de la nouvelle Convention de Lugano⁸²¹.

Il résulte de cette jurisprudence que la Communauté acquerra une compétence exclusive pour conclure des accords avec des Etats tiers dès lors qu'elle aura édicté des règles d'harmonisation totale⁸²² que des obligations contractées entre des Etats membres et des Etats tiers seraient susceptibles d'affecter⁸²³. C'est donc à partir de la notion clé « d'affectation des règles communautaire » que sera déduit le caractère exclusif ou non de la compétence externe de la Communauté, acquise par occupation du terrain sur le plan interne. La simple existence de mesures d'harmonisation d'origine communautaire ne suffit pas à déduire une possible affectation ou altération des règles communes par des engagements des Etats membres dans le domaine considéré. Il convient, pour chaque hypothèse, de procéder à « une analyse concrète de la relation qui existe entre l'accord envisagé et le droit communautaire en vigueur et dont il ressort que la conclusion d'un tel accord est susceptible d'affecter les règles communautaires »⁸²⁴. Ce n'est qu'au terme de ce « test d'affectation » que l'on sera en mesure de dire si la compétence de la Communauté est concurrente, exclusive ou partagée.

La première hypothèse se produit lorsque les règles communautaires ne sauraient être affectées par des accords internationaux conclus par les Etats membres avec des Etats tiers sur

⁸¹⁹ Voir notamment l'avis 2/92 du 24 mars 1995, *Rec.* 1995, p. I-521 et les déductions faites par J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « L'ère des compétences partagées à propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne », *Rev. marché commun de l'Union européenne* 1995, p. 461.

⁸²⁰ Arrêts du 5 nov. 2002 précités parmi lesquels voir notamment aff. C-467/98, *Commission c/ Danemark*, *Rec.* 2002, p. I-9519.

⁸²¹ Avis 1/03 du 7 fév. 2006 disponible sur le site internet de la Cour de justice et sur lequel voir notamment M. GUZMAN ZAPATER, « *Competencia de la Union europea para concluir tratados internacionales en materia de derecho internacional privado (a proposito del dictamen del TJCE 1/03, de 7 febrero 2006)*, *Revista electronica de estudios internacionales* 2007, p. 1 et A. BORRAS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI* 2005, V, t. 317, p. 313, spéc. p. 479 et s.

⁸²² Cette précision contenue initialement dans le point n° 18 de l'avis 2/91 a pour but de permettre aux Etats membres de garder leurs compétences lorsque la Communauté n'a édicté que des normes minimales afin qu'ils puissent, individuellement ou collectivement, aller au-delà du niveau prévu par le droit communautaire. On remarquera cependant que dans le domaine du droit international privé il est peu concevable que les règles communes soient des règles minimales susceptibles de permettre une compétence partagée avec les Etats membres. Sur ce point voir M. WILDERSPIN et A.-M. ROUCHAUD-JOET, article précité, p. 18 note n° 55.

⁸²³ Arrêt *AETR*, précité, point n° 17 et avis 1/03, précité, point n° 116.

⁸²⁴ Avis 1/03, précité, point n° 124 et pour une étude complète de l'impact de chaque instrument communautaire sur les accords susceptibles d'être réalisés par les Etats membres comme notamment les diverses Conventions de la Haye voir M. WILDERSPIN et A.-M. ROUCHAUD-JOET, article précité, p. 25 et s.

le même domaine ou lorsque la Communauté ne s'est pas encore prévalu de la compétence interne lui permettant d'acquérir la compétence sur le plan externe. Les Etats membres gardent alors la possibilité d'agir dans le domaine considéré.

La deuxième hypothèse regroupe les cas dans lesquels il a été jugé que des accords internationaux conclus par les Etats membres seraient susceptibles d'affecter, dans leur globalité, les règles communautaires établies dans le domaine correspondant. Seule la Communauté devient alors compétente pour conclure des conventions avec les Etats tiers⁸²⁵.

Enfin la compétence sera partagée « si un ou plusieurs volets d'un accord international relèvent de la compétence communautaire exclusive, alors que le reste relève de la compétence des Etats membres (...) L'accord, dit « accord mixte », doit dès lors être négocié, conclu et mis en œuvre par la Communauté et par les Etats membres pour ce qui est de leur compétence respective »⁸²⁶.

490. La jurisprudence de la Cour de justice est aujourd'hui à peu près fixée⁸²⁷. La répartition des compétences externes s'opère essentiellement autour du critère de l'affectation des règles communautaires. A première vue, cette répartition, conforme aux principes de subsidiarité et d'attribution des compétences, paraît garantir un certain équilibre entre les compétences externes réservées à la Communauté et celles que les Etats membres peuvent toujours exercer. En réalité, cette impression se vérifie surtout dans les domaines autres que le droit international privé. Dans cette matière, les Etats membres perdront, de manière quasi-systématique, leurs compétences pour négocier des traités avec des Etats tiers au fur et à

⁸²⁵ Un problème particulier se pose lorsqu'il s'agit de conclure un accord sous l'égide d'une organisation internationale dont la Communauté n'est pas membre. La solution la plus simple consiste, pour les auteurs de l'accord, à introduire une clause permettant soit aux organisations régionales en général, soit à la Communauté en particulier (clause REIO) de ratifier l'accord en cause. Si l'insertion d'une telle clause n'est pas possible, les Etats ne recouvrent pas pour autant leurs compétences externes. Ils sont simplement autorisés par le Conseil à signer et à ratifier l'accord « dans l'intérêt de la Communauté ». C'est ainsi par exemple que le Conseil, par une décision du 19 décembre 2002, a autorisé les Etats à ratifier, dans des conditions précises, la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la protection des enfants qui entretient des liens étroits avec le règlement Bruxelles II. Sur le problème de l'adhésion de la Communauté européenne à la Conférence de La Haye de droit international privé voir *infra* n° 493.

⁸²⁶ M. WILDERSPIN et A.-M. ROUCHAUD-JOET, article précité, p. 8.

⁸²⁷ Elle a été réaffirmée de manière synthétique à la l'occasion de l'adhésion de la Communauté à la Conférence de La Haye de droit international privé. En vertu du nouvel article 2A du statut de la Conférence permettant aux organisations régionales d'intégration économique de devenir membre, il est en effet prévu que celles-ci devront déposer une demande d'admission assortie d'une déclaration précisant les questions pour lesquelles ses Etats membres lui ont transféré compétence (art. 2A point n° 3). Voir également l'article I-12§2 du Traité établissant une constitution pour l'Europe selon lequel : « L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue par un acte législatif de l'Union, ou qu'elle est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée ». Sur ce point voir A. BORRAS, cours précité, n° 125.

mesure que la Communauté adoptera de nouveaux instruments de droit international privé. S'il en va ainsi c'est parce que les accords potentiellement conclus par les Etats membres sont le plus souvent considérés comme pouvant affecter les règles communautaires. Cela ressort nettement de la jurisprudence de la Cour de justice systématisée par la doctrine⁸²⁸.

491. La Cour de justice estime en effet que la portée des règles communes est affectée par des engagements internationaux des Etats tiers dès lors que ceux-ci relèvent du domaine d'application des règles communes⁸²⁹ ou même d'un domaine couvert en grande partie par de telles règles⁸³⁰ et alors même qu'il n'existe aucune contradiction entre les instruments en présence⁸³¹. Plus concrètement, cela signifie que « lorsque la Communauté a inclus dans ses actes législatifs internes des clauses relatives au traitement à réserver aux ressortissants de pays tiers »⁸³² elle acquiert une compétence externe exclusive pour les domaines couverts par ces actes⁸³³.

Cette précision est d'une importance fondamentale en droit international privé car la plupart du temps le champ d'application spatial des actes communautaires n'est pas limité aux seules hypothèses d'internationalité interne. La référence au « bon fonctionnement du marché intérieur » dans les articles 61 et 65 du Traité CE ne saurait signifier que la Communauté ne dispose que d'une compétence *inter partes*. En dehors du fait que ces dispositions ont reçu une interprétation extensive⁸³⁴, la théorie jurisprudentielle du parallélisme des compétences⁸³⁵ autorise, de manière générale, la Communauté à prendre des mesures susceptibles d'intéresser les relations extra-communautaires chaque fois que le règlement de l'aspect externe d'une question juridique est indissociable de celui de son aspect interne.

Ce caractère indissociable est évident en matière de conflits de lois. Le cantonnement des règles communautaires aux relations intracommunautaires entraînerait la coexistence de deux systèmes de règles de conflit de lois. Cette complexité serait peu compatible avec l'exigence de sécurité juridique qui constitue l'un des objectifs assignés par le Traité à l'Union

⁸²⁸ Voir notamment B. HESS, « Les compétences externes de la Communauté européenne dans le cadre de l'article 65 CE », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, précité, p. 81, spéc. p. 88 et s.

⁸²⁹ Arrêt *AETR*, précité, point n° 30.

⁸³⁰ Avis 2/91 du 19 mars 1993, *Rec.* 1993, p. I-1061, point n° 25.

⁸³¹ Avis 2/91, précité, point n° 25 et 26.

⁸³² Avis 1/94 du 28 mars 1996, *Rec.* 1996, p. I-1759, point 95 et avis 2/92 du 24 mars 1995, *Rec.* 1995, p. I-521, point n° 33.

⁸³³ Pour une reprise de l'ensemble de cette jurisprudence voir l'arrêt *Commission c/ Danemark*, précité, point n° 81 à 84 et l'avis 1/03, précité, point n° 45.

⁸³⁴ Voir *supra* n° 446 et s.

⁸³⁵ CJCE 5 oct. 1994, *Allemagne c/ Conseil*, aff. C-280/93, *Rec.* 1994, p. 4973.

européenne⁸³⁶. En outre, une dualité de systèmes de droit international privé serait assez incompréhensible étant donné que « les règles de conflit européennes ne poursuivent pas d'autre but que celui de leurs homologues nationales : elles cherchent comme elles à désigner la loi du pays avec lequel la situation de fait présente ses rattachements les plus forts »⁸³⁷.

C'est la raison pour laquelle les règles de conflit de lois d'origine communautaire ont généralement un caractère universel. Tel est notamment le cas du règlement « Rome II »⁸³⁸ qui prévoit dans son article 2 que les règles de conflit de lois communes ont une portée universelle ce qui signifie, en d'autres termes, qu'elles seront applicables aussi bien dans des situations intra- qu'extra-communautaires et qu'elles peuvent désigner la loi matérielle d'un Etat membre comme celle d'un Etat tiers. Il en va de même du récent règlement « Rome I »⁸³⁹ qui reprend la solution consacrée par l'article 2 de la Convention de Rome de 1980 du 17 juin 2008 relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles. De manière générale, il est fort probable que l'ensemble des instruments que la Communauté s'est donnée pour mission de réaliser afin d'unifier les règles de conflit de lois dans l'espace européen⁸⁴⁰ comprendront une telle clause dite « d'universalité ». Concrètement, les instruments communautaires se substitueront purement et simplement aux règles de conflit de lois nationales⁸⁴¹. En soi, cette manière de procéder n'est pas critiquable dans la mesure où elle permet de donner naissance à un droit international privé unique ce qui est un gage de simplicité et par conséquent de sécurité juridique. Néanmoins, elle contribue nettement à restreindre la souveraineté des Etats membres. En effet, ceux-ci perdront leurs compétences pour conclure des accords avec des Etats tiers à mesure que les actes communautaires entreront en vigueur⁸⁴². Etant données les

⁸³⁶ En effet, selon l'article 61 TCE, les mesures de coopération judiciaire de l'article 65 TCE ont pour but « de mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice ». Voir sur ce point A. BONOMI, « Le droit international privé entre régionalisme et universalisme – quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les Etats tiers », *Revue suisse de droit international et européen* 2006, p. 295, spéc. p. 302.

⁸³⁷ F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, précité, n° 367.

⁸³⁸ Règlement CE n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

⁸³⁹ Règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

⁸⁴⁰ Voir *supra* n° 446 et s.

⁸⁴¹ F. POCAR, « La codification européenne du droit international privé : vers l'adoption de règles rigides ou flexibles vers les Etats tiers ? », in *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, précité, p. 697, spéc. p. 700 : « Il y a lieu de remarquer, dans ce contexte, que la communautarisation implique le remplacement des règles nationales et des conventions internationales conclues entre les Etats membres par les actes communautaires, qui deviendront normalement des règlements et parfois des directives ».

⁸⁴² Dans l'avis 1/03, précité, la Cour de justice semble aller plus loin en estimant qu'« il importe de prendre en compte non seulement l'état actuel du droit communautaire dans le domaine concerné, mais également ses perspectives d'évolution, lorsque celles-ci sont prévisibles au moment de cette analyse » (point n° 16). La formule, assez évasive, pourrait laisser penser que de simples projets, des programmes généraux ou même des livres verts permettraient à la Communauté d'acquiescer une compétence exclusive dans le domaine considéré. Voir sur ce point, M. GUZMAN ZAPATER, « *Competencia de la Union europea para concluir tratados*

perspectives d'évolution du droit communautaire⁸⁴³, les Etats membres n'auront bientôt plus qu'une marge de manœuvre extrêmement restreinte pour conclure des accords avec des Etats tiers dans le domaine des conflits de lois.

A première vue, l'affectation des règles communautaires par les accords conclus par les Etats membres paraît moins systématique dans le domaine de la procédure civile internationale. Les règles contenues dans les instruments communautaires n'ont en général pas de portée universelle. Pourtant, au moins dans le domaine de la compétence directe, les règlements englobent des situations qui entretiennent des relations avec des Etats tiers. En effet, « les règles de compétence sont formulées de manière tellement large qu'en pratique presque tous les litiges localisés dans des Etats tiers sont pris en compte »⁸⁴⁴. C'est ainsi par exemple que le règlement « Bruxelles I »⁸⁴⁵, applicable dès lors que le litige entre dans son domaine matériel⁸⁴⁶, vise de manière ponctuelle des litiges concernant des personnes domiciliées dans des Etats tiers⁸⁴⁷ ou des personnes ayant la nationalité d'un Etat tiers⁸⁴⁸. Il en va de même du règlement « Bruxelles II bis »⁸⁴⁹ qui constitue dorénavant le droit commun des Etats membres⁸⁵⁰ en matière matrimoniale et en matière d'autorité parentale. Ce texte retient en effet six chefs de compétence alternatifs qui englobent, dans de nombreux cas, des situations qui entretiennent des liens avec des Etats tiers⁸⁵¹. Ainsi, les accords, multilatéraux

internacionales en materia de derecho internacional privado (a proposito del dictamen del TJCE 1/03, de 7 febrero 2006), précité, p. 8 et A. BORRAS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », précité, p. 484 et 485.

⁸⁴³ Sur lesquelles voir *supra* n° 446 et s.

⁸⁴⁴ J.-F. SAGAUT et M. CAGNIART, « La légitimité du droit communautaire en droit international de la famille », *Droit et Patrimoine* 2005, p. 22, spéc. p. 26.

⁸⁴⁵ Règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

⁸⁴⁶ Article 4 du règlement.

⁸⁴⁷ Les articles 2 et suivants sont régulièrement applicables lorsque l'une des parties est domiciliée à l'extérieur de la Communauté. Il en va de même des rattachements « protecteurs » qui retiennent comme chef de compétence le domicile du demandeur qu'il s'agisse d'un consommateur, d'un travailleur ou d'un assuré. Sur ce point voir B. HESS, article précité, p. 92. Voir sur cette question M. FALLON, « L'applicabilité du règlement « Bruxelles I » aux situations externes après l'avis 1/03 », in *Mélanges en l'honneur de H. GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 245 et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « La compétence internationale de l'espace judiciaire européen », in *Mélanges en l'honneur de H. GAUDEMET-TALLON*, précité, p. 397, spéc. 405 et s.

⁸⁴⁸ Le Règlement retient en effet à titre principal le domicile du défendeur et non la nationalité de l'un ou l'autre des plaideurs.

⁸⁴⁹ Règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale modifiant le règlement CE n° 1347/2000 du 29 mai 2000.

⁸⁵⁰ Cela résulte de l'article 7 du règlement « Bruxelles II bis » qui laisse une place extrêmement résiduelle au droit commun des Etats membres.

⁸⁵¹ C'est ainsi par exemple que la Cour de cassation a déclaré les tribunaux français compétents sur le fondement de l'art. 1 b) du règlement « Bruxelles II bis » alors que les deux plaideurs, de nationalité française, étaient domiciliés en Islande : Cass. civ. 1^{ère} 22 fév. 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 78.

ou bilatéraux, conclus par les Etats membres affecteront une partie de ces instruments dès lors qu'ils auront pour objet la compétence directe.

Bien souvent, ces accords englobent également des dispositions relatives à la compétence indirecte. Etant donné que les instruments communautaires règlent uniquement la libre circulation des décisions au sein de l'espace judiciaire européen, la question s'est posée de savoir si les Etats membres conservaient la possibilité de négocier, de manière autonome, la partie de l'accord relative à cette question. La Cour de justice a pris position dans son avis 1/03 du 7 février 2006⁸⁵² relatif à la « compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ». Elle a estimé que la Communauté avait acquis, en la matière, une compétence exclusive. Pour ce faire, la Cour s'est notamment fondée sur sa jurisprudence antérieure selon laquelle même lorsque les accords internationaux visés ne relèvent pas du domaine d'application des règles communes, les dispositions communautaires peuvent être affectées dès lors qu'elles ont « réalisé une harmonie complète dans un domaine déterminé »⁸⁵³. Ainsi, pour reconnaître l'affectation des règles communes par des engagements internationaux des Etats membres, la Cour ne se contente pas de se poser la question de savoir si les instruments communautaires ont une portée *erga omnes*. Elle considère également que cette affectation existe et que la Communauté acquiert, par conséquent, une compétence exclusive lorsque le domaine a été réglé de manière complète par le droit communautaire. L'adjonction de ce deuxième critère⁸⁵⁴ permettant d'établir une compétence exclusive de la Communauté réduit encore la possibilité pour les Etats membres de s'ouvrir sur le monde extra-communautaire⁸⁵⁵ dans le domaine du

⁸⁵² Précité.

⁸⁵³ Avis 1/94 précité, point n° 95 ; avis 2/92 du 24 mars 1995, *Rec.* p. I-521, point n° 33 et avis 1/03, précité, points n° 45 et 168 dans lequel la Cour conclut qu' « il ressort de l'examen du seul règlement n°44/2001 que, en raison du système global et cohérent que le règlement instaure en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des décisions, un accord tel que l'accord envisagé (la nouvelle Convention de Lugano), qu'il contienne des dispositions relatives à la compétence des juridictions ou à la reconnaissance et l'exécution des décisions, serait susceptible d'affecter lesdites règles ».

⁸⁵⁴ Dénommé par B. HESS, article précité, p. 89 « critère d'intensité » par opposition au premier qu'il appelle « critère de contenu ».

⁸⁵⁵ Cette possibilité est d'autant plus réduite que la Cour considère que les clauses dites « de déconnexion », qui ont pour objet d'exclure que l'accord affecte l'instrument communautaire, ne suffisent pas à empêcher l'acquisition, par la Communauté, d'une compétence exclusive dans le domaine communautaire. Voir l'avis 1/03, précité, point n° 130 : « L'existence, dans un accord, d'une clause dite « de déconnexion », selon laquelle cet accord n'affecte pas l'application, par les Etats membres, des dispositions pertinentes du droit communautaire, ne constitue pas une garantie de l'absence d'affectation des règles communautaires par les dispositions de l'accord grâce à une délimitation du champ d'application respectif des unes et des autres, mais, au contraire, peut apparaître comme l'indice de l'affectation de ces règles. Un tel mécanisme visant à prévenir tout conflit lors de l'exécution de l'accord n'est pas lui-même un élément déterminant permettant de résoudre la question de savoir si la Communauté dispose d'une compétence exclusive pour conclure cet accord ou si la

droit international privé. En effet, lorsqu'elle édicte des règles de conflits, la Communauté donne généralement naissance à un système global dans le domaine considéré et procède à une harmonisation complète⁸⁵⁶.

492. En définitive, l'unification du droit international privé, sur la base des articles 61 et 65 du Traité CE, crée une modification fondamentale du jeu des compétences. En unifiant les règles de conflit des Etats membres, la Communauté s'octroie presque systématiquement une compétence exclusive pour négocier des accords avec des Etats tiers dans le domaine matériel couvert par les actes communautaires. Il s'ensuit une perte concomitante de la compétence des Etats membres qui ne peuvent plus s'engager, de manière autonome, avec des pays n'appartenant pas à l'Union européenne. Le processus mondial d'universalisation des règles de conflit, traditionnellement nourri par la coopération intergouvernementale, risque de s'en trouver affecté. Il est en effet fort probable que la Communauté, dorénavant en charge de faire progresser, au nom des Etats membres, l'universalisation des règles de conflit à l'échelon mondial, rencontre de nombreuses difficultés pour trouver des solutions de compromis avec les Etats tiers⁸⁵⁷. Sachant que les règles de conflit de lois représentent le support privilégié du processus d'universalisation des règles générales, une telle régionalisation du droit international privé s'avérerait assez problématique. En effet, les relations entre personnes privées dépassent très souvent le cadre géographique de l'Europe communautaire. Le combat contre l'imprévisibilité du droit applicable et la perte d'autorité des lois doit par conséquent être mené au-delà des frontières de l'Europe. Etant donnée la paralysie des initiatives nationales, il est à espérer que la Communauté sera en mesure d'assumer ce nouveau rôle.

compétence appartient aux Etats membres, question à laquelle une réponse doit être apportée préalablement à la conclusion de celui-ci ». Déjà dans ce sens CJCE 5 nov. 2002, *Commission c/ Danemark*, précité, point n° 101.

⁸⁵⁶ Dans le domaine du droit international privé, l'harmonisation minimale opérée par voie de directives et en effet peu concevable, sur ce point voir *supra* n° 454.

⁸⁵⁷ Il est même probable que, du point de vue des pays de l'Union européenne, l'unification des règles de conflit réalisée à l'échelon mondial régresse si la Communauté n'assume pas ce nouveau rôle qu'elle s'est elle-même conféré. En effet, non seulement les Etats membres perdent la possibilité de négocier des accords postérieurement à la mise en place des nouveaux instruments communautaires mais en plus ils sont contraints, dans certaines hypothèses, de dénoncer des conventions qu'ils avaient préalablement conclues. A moins que l'acte communautaire ne prévoit expressément la possibilité de maintenir les accords préalablement conclus – ce qui est par exemple le cas des articles 71 et 72 du règlement « Bruxelles I » – les Etats se doivent de faire cesser une éventuelle incompatibilité. Cela découle du deuxième alinéa de l'article 307 du Traité CE en vertu duquel : « dans la mesure où ces conventions ne sont compatibles avec le (...) Traité, les Etats membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées ». Or, d'après l'arrêt de la Cour de justice du 4 juill. 2000, *Commission c/ Portugal*, aff. C-84/98, *Rec.* 2000, p. I-5215, ce moyen peut être, s'il n'en existe pas d'autres, la dénonciation de l'accord en cause. Sur ce point voir M. WILDERSPIN et A.-M. ROUCHAUD-JOET, article précité, 17 et 18.

B- La situation délicate de la Communauté

493. Comme cela a déjà été constaté, l'unification progressive des règles de droit international privé à l'échelon mondial est essentiellement réalisée par des conventions internationales négociées dans l'enceinte de la Conférence de La Haye de droit international. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, les Etats membres ne seront bientôt plus en mesure de conclure, de manière autonome, des accords avec des Etats tiers. Il est donc fondamental, pour l'avenir du processus d'universalisation des règles de conflit, que la Communauté puisse participer aux négociations et ratifier, en son nom et en celui des Etats membres, les conventions élaborées au sein de cette organisation internationale. Afin d'éviter un blocage institutionnel causé par l'interdiction faite aux organisations régionales d'adhérer à la Conférence de La Haye, la Communauté a longtemps dû emprunter des voies détournées pour pallier la perte de compétence externe des Etats membres. Soit une clause lui permettant de ratifier l'accord en cause était introduite, soit le Conseil autorisait les Etats membres à signer et à ratifier l'accord « dans l'intérêt de la Communauté ». Depuis, le Conseil a autorisé la Commission européenne à négocier les conditions et les modalités de l'adhésion de la Communauté à la Conférence de La Haye. En juin 2005, les négociations ont débouché sur la modification des statuts de la Conférence afin de permettre l'adhésion d'organisations régionales d'intégration économique et d'en définir les modalités (article 2A des statuts). Après un avis favorable du Parlement européen en date du 7 septembre 2006, le Conseil européen a prononcé l'adhésion de la Communauté à la Conférence de La Haye de droit international privé le 5 octobre 2006⁸⁵⁸. Depuis le 3 avril 2007, la Communauté européenne est officiellement membre de la Conférence de La Haye de droit international privé. A ce titre, elle est habilitée à participer aux négociations et elle « dispose d'un nombre de voix égal au nombre d'Etats membres qui lui ont transféré compétence sur la matière en question »⁸⁵⁹.

⁸⁵⁸ Décision n° 2006/719/CE du Conseil du 5 octobre 2006 relative à l'adhésion de la Communauté européenne à la Conférence de La Haye de droit international privé : *JOCE L* 297 du 26 octobre 2006.

⁸⁵⁹ Article 2A, point n° 8 des nouveaux statuts de la Conférence. Lorsque la Communauté participe au vote, les Etats membres qui lui ont transféré compétence ne peuvent plus exercer leurs droits. On notera cependant que la Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande jouissent d'un régime particulier en ce qui concerne le titre IV. Les instruments communautaires n'engagent pas le Danemark et ne s'appliquent pas dans ce pays. Il s'ensuit que ce pays préserve son droit de vote et la compétence pour négocier, de manière générale, avec les Etats tiers dans les domaines couverts par le droit communautaire. Les pays anglo-saxons sont, quant à eux, liés par les instruments communautaires s'ils manifestent la volonté de s'engager auprès du Conseil de l'Union européenne (pour l'heure

Cette adhésion peut être perçue comme un facteur important d'universalisation du droit international privé à l'échelon mondial. En effet, les Etats tiers négocieront, dans l'enceinte de la Conférence de La Haye, avec un seul partenaire. La seule ratification de la Communauté engagera l'ensemble des Etats membres qui lui auront transféré leurs compétences dans le domaine considéré. De plus, les textes communs en vigueur au sein de l'Union européenne pourront servir de source d'inspiration pour élaborer des conventions internationales à vocation plus universelle. Ainsi, à première vue, tout semble réuni pour que l'adhésion de la Communauté, parlant d'une seule voix, facilite l'universalisation des règles de conflit à l'échelon mondial.

En réalité, cette nouvelle donne au sein de la Conférence de La Haye, place, à nos yeux, la Communauté dans une situation assez délicate. Ce n'est généralement qu'à la suite de longues négociations que la Communauté parvient à trouver des solutions de compromis satisfaisantes pour l'ensemble des Etats membres. De ce fait, on voit mal comment elle pourrait remettre en cause les instruments adoptés au niveau communautaire afin de les faire correspondre avec les règles de conflits des Etats tiers. Si ce souci d'éviter à tout prix de perturber la cohérence du droit international privé communautaire est légitime, il risque néanmoins de provoquer une situation de blocage. Il est en effet loin d'être certain que les Etats tiers acceptent systématiquement de s'aligner sur les solutions du droit communautaire. Cette réticence probable des Etats tiers à se laisser happer par la mécanique communautaire et le nombre important de voix dont dispose la Communauté pour adopter les textes négociés dans l'enceinte de La Haye, font craindre une véritable crise du droit conventionnel⁸⁶⁰.

Au demeurant, l'accaparement par la Communauté de la compétence externe en matière de droit international privé risque de rendre impossible la conclusion d'accords entre certains Etats membres et des pays tiers avec lesquels ils entretiennent des liens politiques, historiques ou culturels particuliers. En négociant au nom de tous des accords internationaux avec les Etats tiers dans le domaine du droit international privé, la Communauté ne pourra que difficilement tenir compte des intérêts géopolitiques propres à chacun. La perte de souveraineté des Etats membres pourrait ainsi s'accompagner d'un déclin de la coopération

ils ont décidé de souscrire à toutes les mesures prises sur le fondement du titre IV). Leur perte de souveraineté ne se fera donc que dans la mesure de leur participation aux instruments communautaires.

⁸⁶⁰ Voir dans ce sens A. BONOMI, « Le droit international privé entre régionalisme et universalisme – quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les Etats tiers », précité, p. 308 : « Il est cependant vrai aussi que la réticence à remettre en discussion ces textes, qui sont souvent le fruit de longues et âpres négociations entre les Etats membres de l'UE, peut constituer une cause de blocage ».

bilatérale qui participe pourtant indéniablement aux progrès du processus d'universalisation des règles générales⁸⁶¹.

*

* *

494. Finalement, dès lors qu'elle agit au niveau interne la Communauté acquiert une compétence exclusive par « occupation du terrain » pour conclure des accords avec les Etats tiers. Etant donnée l'ambition affichée de la Communauté d'unifier, sous peu, l'ensemble des règles de conflit des Etats membres, ceux-ci ne seront bientôt plus en mesure de ratifier, de manière autonome, des conventions internationales de droit international privé avec des pays n'appartenant pas à l'Union. Ce rôle est dorénavant assumé par la Communauté européenne qui a récemment adhéré à la Conférence de La Haye de droit international privé. Il est pourtant peu probable que les instances communautaires soient réellement en mesure d'entretenir un dialogue productif avec les Etats des autres régions du monde. La Communauté se retrouve de ce fait dans une situation délicate et peu propice à la recherche de solutions de compromis. Elle devra avant tout veiller à ce que les nouvelles conventions ne viennent pas altérer les règles de conflit communautaires, fruits de nombreuses négociations entre les Etats membres. En d'autres termes, soit les Etats tiers s'aligneront sur les instruments de droit international privé d'origine communautaire, soit la Communauté refusera de ratifier les accords élaborés dans le cadre de la Conférence. L'unification européenne du droit international privé ne sera alors plus le signe précurseur d'un processus de plus grande ampleur géographique mais celui d'un repli sur elle-même de la Communauté dans le domaine du droit international privé.

Les situations juridiques entre personnes privées se rattachant à la fois à la Communauté et à un ou plusieurs Etats tiers sont pourtant nombreuses et nécessitent, comme ailleurs, une

⁸⁶¹ Voir notamment dans ce sens Y. LEQUETTE, dans son allocution en l'honneur du professeur GAUDEMET-TALLON : « En premier lieu, cela implique que la France est, pour l'avenir, privée de la possibilité de conclure des conventions bilatérales ou de renégocier celles qui existent dans le domaine du droit international privé. Cela paraît regrettable. Parmi les Etats de la Communauté, la France est l'un de ceux qui a marqué de son empreinte linguistique, culturelle, juridique, des régions importantes du monde, avec lesquelles elle a tissé des liens qui se sont matérialisés entre autres par des conventions bilatérales. Elle est invitée à passer tout cela par perte et profit ». Pour la même remarque en ce qui concerne l'Espagne voir M. GUZMAN ZAPATER, « *Competencia de la Union euopra para concluir tratados internacionales en materia de derecho internacional privado (a proposito del dictamen del TJCE 1/03, de 7 febrero 2006)* », précité, n° 32 et s. : « *Aplicada rigurosamente la doctrina del Dictamen 1/03 conduce a la conclusion inexorable de que el legislador español ha perdido su competencia para negociar y concluir Tratados bilaterales con Estados terceros* ».

amélioration de la sécurité juridique et un rétablissement de l'autorité des lois afin que les intérêts particuliers et l'intérêt général soient satisfaits. Etant donnée la fonction primordiale de l'unification du droit international privé et plus particulièrement des règles de conflit de lois⁸⁶², ce phénomène de régionalisation serait, s'il venait à se vérifier, la marque d'un renoncement regrettable à l'universalisation du droit à l'échelle mondiale.

Conclusion du Titre 1 :

495. L'ordre juridique français a très tôt collaboré au processus d'universalisation des règles générales. Au départ, cette collaboration s'est surtout manifestée par sa participation aux travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé. Les efforts effectués afin d'améliorer la sécurité juridique des particuliers et de rétablir l'autorité des lois dans l'ordre international se traduisaient, pour la France, par l'aménagement de ses règles de conflit. Le but était de parvenir progressivement à une unification globale des différentes législations de droit international privé en intégrant, au sein de la Conférence, de nouveaux Etats. Ainsi, très logiquement, l'accent était mis sur l'universalisation des règles de conflit et le mouvement de rapprochement, s'il fut au départ initié par les pays européens, se voulait véritablement universel.

Ce processus jusque là assez linéaire a cependant connu, du point de vue de la France, d'importants bouleversements suite à son adhésion à la Communauté européenne.

D'un côté, l'intégration politique toujours plus poussée a permis d'accélérer considérablement l'universalisation des règles générale. Les règles de conflit, qui demeurent, en tout état de cause, le support privilégié du processus d'universalisation du droit, seront d'ici peu les mêmes pour l'ensemble des Etats membres. On remarque également que l'Union européenne a permis de faire progresser le mouvement d'unification du droit matériel jusque là assez anecdotique. Même si l'élaboration d'un code civil européen s'avère être un projet quelque peu prématuré, le rapprochement des législations substantielles a été ponctuellement possible en raison d'une culture juridique commune aux Etats membres.

Cependant et paradoxalement, d'un autre côté, la communautarisation du droit constitue un frein au processus d'universalisation des règles générales. En effet, en dehors de l'Union européenne, le rapprochement des législations concerne presque exclusivement les règles de

⁸⁶² Voir *supra* Première Partie, Titre 2, Chapitre 1.

conflit. L'unification du droit matériel s'avère, quant à elle, difficilement réalisable en raison des trop grandes divergences dans les conceptions de la justice des relations entre personnes privées. Les Etats membres ont cependant été peu à peu privés de la possibilité de négocier des accords avec les Etats tiers dans le domaine du droit international privé. Ce rôle revient exclusivement à la Communauté européenne agissant au nom de l'ensemble des Etats membres sur la scène internationale en général et plus particulièrement au sein de la Conférence de La Haye. Il n'est pourtant pas certain que celle-ci soit en mesure de trouver des solutions de compromis avec les pays appartenant aux autres régions du monde car elle doit avant tout veiller à préserver la cohérence du droit communautaire.

En définitive, il apparaît que la Communauté représente davantage un rempart contre l'universalisation des règles générales au niveau mondial que l'antichambre de celle-ci.

Doit-on se contenter de cet état de fait ? Le processus d'universalisation du droit atteint-il ses limites au niveau régional ? L'universalisation régionale est-elle nécessairement exclusive d'une universalisation de plus grande ampleur géographique ?

La réponse à ces questions dépend avant tout de l'état d'esprit de la personne interrogée. Certains penseront que le mieux est l'ennemi du bien (à condition bien sûr que l'unification soit considéré comme un bien), d'autres au contraire jugeront que la Communauté aurait dû, au moment d'élaborer les règles communes, réfléchir à la question de l'ouverture vers les Etats tiers.

Toujours est-il que nombre de rapports juridiques ne se développent pas uniquement au sein de l'Europe communautaire. La satisfaction de l'intérêt général et des intérêts particuliers y requiert, comme lorsqu'il s'agit de rapport intracommunautaire, que la sécurité juridique soit améliorée et l'autorité des lois rétablie. Si l'universalisation des règles générales, telle qu'elle est aujourd'hui mise en œuvre, s'avère inapte à réaliser ces objectifs au niveau mondial, en va-t-il de même de celle des situations juridiques individuelles ?

TITRE 2 : L'UNIVERSALISATION DES SITUATIONS JURIDIQUES INDIVIDUELLES

496. L'universalisation des situations juridiques individuelles, qui consiste à faire en sorte qu'un grand nombre d'ordres juridiques concernés par un rapport social donné attache à celui-ci les mêmes conséquences juridiques, peut être favorisée par deux attitudes distinctes du for⁸⁶³.

Celui-ci peut tout d'abord accepter que des situations juridiques constituées sur la base de données normatives étrangères déploient des effets en son sein. L'universalisation est alors réalisée par la reconnaissance des situations individuelles étrangères par le for.

Celui-ci peut ensuite veiller à ce que les situations juridiques créées en son sein puissent produire leurs effets à l'étranger. Il ne s'agit alors plus de reconnaître des situations juridiques étrangères mais à assurer l'exportation de celles constituées dans le for.

On remarque encore une fois que l'ampleur et les modalités de cette forme d'universalisation sont directement fonction de sa propension, évaluée de manière globale, à satisfaire les intérêts particuliers et l'intérêt général.

C'est ce qui explique tout d'abord que l'universalisation des situations juridiques individuelles résulte principalement du mécanisme de la reconnaissance des décisions étrangères. En effet, celle-ci apparaît fondamentale pour la réalisation de l'objectif de sécurité juridique car ces décisions, assimilables à des normes concrètes directement adressées aux individus et ayant pour objet de fixer les contenus des situations juridiques, constituent une source très importante de prévision pour les acteurs des relations internationales. En outre, s'agissant justement de normes concrètes et individuelles et non de règles générales susceptibles de trouver application dans un nombre indéfini d'hypothèses, leur reconnaissance n'exige pas de concessions trop importantes de la part du for. On assiste toutefois, là encore, à un phénomène de régionalisation du droit. En effet, si le système de libre circulation des jugements mis en place par la Communauté européenne permet d'atteindre un degré d'universalisation des situations juridiques individuelles très important au sein de l'espace judiciaire commun, il a également parfois conduit l'ordre juridique français à refuser de reconnaître certaines décisions émanant d'Etats tiers.

⁸⁶³ Voir *supra* n° 350 à 356.

Les aspects fonctionnels de l'universalisation permettent ensuite d'expliquer un certain renouvellement méthodologique du droit international privé français. En effet, afin de faciliter l'universalisation des situations juridiques individuelles lorsqu'il estime que celle-ci offrait de réelles perspectives, l'ordre juridique français a parfois mis en œuvre des mécanismes jusque là inconnus. C'est ainsi que l'on assiste aujourd'hui à une extension du champ d'application de la méthode de la reconnaissance et à l'apparition, en droit français, de procédés unilatéraux destinés à assurer le respect des décisions du for à l'étranger. On notera cependant qu'en raison de leur fonctionnalité somme toute limitée, ces procédés demeurent des techniques d'appoint susceptibles de n'être mis en œuvre que dans des circonstances bien particulières.

497. Nous tenterons de démontrer ces différentes propriétés de l'universalisation des situations juridiques individuelles en étudiant les méthodes par lesquelles l'ordre juridique français procède à la reconnaissance des situations juridiques étrangères (Chapitre 1) et à l'exportation de celles constituées en son sein (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA RECONNAISSANCE DES SITUATIONS JURIDIQUES ETRANGERES

498. L'ordre juridique français contribue à l'universalisation des situations juridiques individuelles lorsqu'il accepte qu'elles y déploient leurs effets alors qu'elles ont été constituées au sein d'un ordre juridique étranger. Cette reconnaissance des situations juridiques étrangères peut être directe ou indirecte⁸⁶⁴. Les progrès, en droit positif, de l'universalisation des situations juridiques ne peuvent pas être évalués de la même manière dans les deux hypothèses.

499. Dans la première hypothèse, l'objet de la reconnaissance est la situation juridique étrangère elle-même. Il s'agit alors, la plupart du temps, de reconnaître des situations juridiques étrangères constituées *ex lege*, c'est-à-dire directement déduites des règles étrangères.

Généralement, lorsqu'il doit préciser le contenu d'une situation qui n'a pas été consacrée par une norme individuelle contenue dans une décision étrangère, le for ne raisonne pas en termes de reconnaissance. Il opère, au moyen de sa règle de conflit, un choix parmi les différentes lois substantielles ayant naturellement vocation à s'appliquer. L'universalisation de la situation juridique est alors très hypothétique car il n'est pas certain que la loi désignée corresponde à celle qui a configuré le rapport de droit à l'étranger.

C'est la raison pour laquelle le simple fait, pour le for, de raisonner en terme de reconnaissance est un facteur important d'universalisation des situations juridiques. Une telle méthode de coordination des ordres juridiques permet en effet « l'effacement du conflit de lois dans l'appréciation de la validité de constitution de situations juridiques »⁸⁶⁵. Il en résulte que l'ordre juridique du for peut accepter que des situations juridiques nées à l'étranger développent leurs effets dans son cadre alors même qu'elles ont été constituées en application d'une loi matérielle incompétente selon son système conflictuel⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ Voir *supra* n° 366.

⁸⁶⁵ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t I, précité, n° 238 et également dans ce sens P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité.

⁸⁶⁶ C'est d'ailleurs ce qui explique que la reconnaissance directe des situations juridiques individuelles ait, relativement à l'objectif d'amélioration prévisibilité du droit, une fonction essentiellement subsidiaire par rapport à celle des règles de conflit, voir *supra* n° 382.

Ainsi, concernant les situations juridiques régies par des règles générales, les progrès de l'universalisation peuvent être évalués en fonction de l'étendue du domaine de la méthode de la reconnaissance.

500. Dans la seconde hypothèse, l'objet de la reconnaissance n'est pas la situation juridique étrangère elle-même mais la norme individuelle extérieure à l'ordre juridique du for sur la base de laquelle son contenu est immédiatement déduit. Une telle norme existe dès lors qu'une autorité étrangère « régulièrement investie du pouvoir juridictionnel par un Etat souverain »⁸⁶⁷ intervient afin d'arrêter un nouvel état de droit⁸⁶⁸. En d'autres termes, elle est produite par un acte public étranger à caractère décisionnel, la plupart du temps un jugement⁸⁶⁹. C'est la raison pour laquelle on parle traditionnellement de la reconnaissance des décisions ou des jugements étrangers. Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance des décisions étrangères conduit indirectement à reconnaître les situations juridiques qu'elles consacrent.

Raisonnement en termes de reconnaissance n'est pas nouveau en ce qui concerne l'effet des décisions étrangères. Il s'agit même du domaine traditionnel⁸⁷⁰ de cette méthode particulière de coordination des ordres juridiques qui pose « comme alternative le rejet ou l'acceptation de l'efficacité de la norme » contenue dans la décision étrangère⁸⁷¹. Aussi, dans cette hypothèse, le simple fait de choisir cette option méthodologique ne constitue plus, à l'heure actuelle, un réel progrès pour l'universalisation des situations juridiques. Autrement dit, évaluer l'ampleur de ce phénomène en fonction de ce paramètre n'apporte, en ce qui concerne la reconnaissance indirecte des situations juridiques, pas grand chose.

L'étude du nombre et de l'importance des obstacles que le for oppose à la reconnaissance des décisions étrangères est en revanche beaucoup plus révélatrice de la manière dont l'ordre

⁸⁶⁷ M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 2007, n° 638.

⁸⁶⁸ Au contraire, lorsque l'intervention de l'autorité est une simple condition permettant de faire jouer l'effet de la règle générale, elle ne donne pas lieu à une norme individuelle. Le contenu de la situation juridique demeure soumis aux règles générales applicables et l'acte public n'a qu'un effet de titre. Voir notamment sur ce point P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, précité, n° 431 et s. et *supra* n° 348.

⁸⁶⁹ Etant des actes purement privés, les sentences arbitrales sont normalement dépourvues de toute valeur normative. Ainsi, en toute rigueur, elles devraient relever de la méthode du conflit de lois. Cependant, par une puissante fiction juridique, alimentée par la proximité du rôle du juge et de l'arbitre, le droit positif les assimile à de véritables décisions et raisonne, à leur propos, en termes de reconnaissance. Voir pour cette démonstration S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004. Cela justifie que nous traitions ensemble la reconnaissance des sentences arbitrales et celle des jugements étrangers. En effet, dans un cas comme dans l'autre la reconnaissance de la situation juridique est indirecte car subséquente à celle de l'acte qui l'a consacré.

⁸⁷⁰ Voir P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité, n° 6.

⁸⁷¹ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 360.

juridique français met en œuvre le processus d'universalisation des situations juridiques. Il est en effet évident que le for, même s'il raisonne en termes de reconnaissance, n'accepte pas de réceptionner de manière inconditionnelle et automatique l'ensemble des décisions étrangères dans son ordre juridique. La protection de sa conception de l'intérêt général exige qu'il opère un tri entre celles qui lui paraissent acceptables et celles qu'il estime intolérables. L'éradication de l'ensemble des obstacles n'est d'ailleurs pas souhaitable car le processus d'universalisation du droit n'a qu'une valeur fonctionnelle : il ne doit pas se faire au détriment de l'intérêt général. Néanmoins, étant donnée l'amélioration de la sécurité juridique qui résulte de l'universalisation des situations juridiques⁸⁷², les obstacles posés à la reconnaissance doivent idéalement avoir pour seul but de protéger les intérêts en jeu. En d'autres termes le refus de reconnaître la décision doit globalement apparaître comme une solution plus satisfaisante que celle qui consiste à l'accepter.

501. C'est donc au regard de ces deux paramètres – le champ d'application de la méthode de la reconnaissance dans un cas et les obstacles posés à celle-ci dans l'autre – qu'il convient d'analyser la manière dont l'ordre juridique français met en œuvre le processus d'universalisation des situations juridiques. Ce faisant, il est possible de relever deux tendances du droit positif.

D'un côté, la reconnaissance indirecte des situations juridiques étrangères est de plus en plus facilitée par la libéralisation du régime de la compétence indirecte.

D'un autre côté, le domaine de la méthode de la reconnaissance tend à s'accroître. Il devient en effet possible de reconnaître des situations étrangères constituées *ex lege* et donc déduites directement des règles générales étrangères. Il n'est plus nécessairement besoin, afin de raisonner en termes de reconnaissance, que le contenu de la situation étrangère ait fait l'objet d'une norme individuelle contenue dans un acte public étranger à caractère décisionnel.

502. On assiste ainsi à l'heure actuelle à une évolution importante du droit international privé dans le sens d'une plus grande universalisation des situations juridiques. Cette évolution provient non seulement de la diminution des obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques (Section 1) mais également des avancées de la reconnaissance directe de celles-ci (Section 2).

⁸⁷² Voir *supra* n° 375 à 384.

Section 1. La diminution des obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques étrangères

503. En présence d'un acte public étranger à caractère décisionnel, la reconnaissance de la situation juridique est indirecte car elle suppose, au préalable, celle de la norme individuelle sur la base de laquelle son contenu peut être déduit. S'il en va ainsi c'est parce que la décision, qui émane par hypothèse d'une souveraineté étrangère, n'a pas, dans l'ordre du for, de valeur normative du seul fait de son prononcé. Celle-ci, également dénommée efficacité substantielle du jugement étranger, doit être reconnue par le for. Ceci est d'ailleurs vrai qu'il s'agisse d'exécuter l'ordre contenu dans la norme individuelle étrangère ou simplement de tenir pour acquis l'état de droit qu'elle consacre. En effet, la force exécutoire et l'autorité de chose jugée ne sont que des attributs que le for confère à la décision étrangère dès lors qu'il lui reconnaît une valeur normative.

Pour que le jugement accède à la normativité dans l'ordre du for, il faut qu'il remplisse certaines conditions. Ces conditions, généralement posées unilatéralement par le for, sont celles de la régularité internationale. La possibilité de reconnaître l'effet normatif de la décision étrangère – et indirectement la situation juridique qui en résulte – dépend donc du résultat du contrôle de régularité opéré par les organes du for.

C'est donc au regard des modalités de ce contrôle de régularité qu'il convient d'évaluer le degré d'universalisation du droit, lorsque celle-ci prend la forme d'une reconnaissance indirecte des situations juridiques individuelles étrangères dans le for. Plus ce contrôle sera contraignant plus les obstacles à la reconnaissance seront nombreux et moins l'universalisation sera aboutie. Au contraire, plus il sera libéral, plus la reconnaissance indirecte des situations juridiques sera facilitée.

504. A ce titre, on constate encore une fois que l'universalisation du droit est un processus à deux vitesses. Selon que la décision est rendue par une autorité publique d'un Etat membre de la Communauté européenne ou par celle d'un Etat tiers, les chances de reconnaissance ne sont pas les mêmes.

La libre circulation des jugements et des actes publics à caractère décisionnel constitue un objectif clairement affiché pour la Communauté européenne si bien que le contrôle de régularité a été largement libéralisé au sein de l'espace judiciaire commun. Cela oblige l'ordre juridique français à n'opérer qu'un contrôle minimum sur les décisions émanant des autres Etats membres.

Au niveau mondial, c'est à l'ordre juridique français qu'il revient de fixer unilatéralement les modalités de contrôle des décisions étrangères. L'évolution va clairement dans le sens d'une plus grande facilité de reconnaissance. La France semble en effet vouloir aligner peu à peu le régime de droit commun sur celui dicté par le droit communautaire. Il n'en reste pas moins que les obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques étrangères demeurent, à l'heure actuelle, plus nombreux lorsque la décision émane d'un Etat tiers. Nous serons d'ailleurs amené à remarquer que ces obstacles ne correspondent pas toujours à une politique protectionniste de la part de l'ordre juridique français. Ils sont parfois la conséquence de son intégration à la Communauté, ce qui tend encore une fois à montrer que l'universalisation toujours plus poussée au niveau régional se fait souvent au détriment de celle réalisée au niveau mondial.

505. Ainsi, l'universalisation des situations juridiques réalisée par le biais de la reconnaissance des décisions étrangères n'apparaît pas comme une réalité uniforme. Si la diminution des obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques étrangères est manifeste au niveau communautaire (§1), elle n'est que relative au niveau mondial (§2).

§ 1- Une diminution manifeste au niveau communautaire

506. Fondé sur le principe de confiance mutuelle, le droit communautaire a mis en place un système très libéral visant à établir une libre circulation des décisions au sein de l'espace judiciaire commun. Ce système, applicable dès que la décision est rendue par une juridiction ou une autorité publique assimilée émanant d'un Etat membre, rend très aisée la reconnaissance indirecte des situations juridiques individuelles. En effet, le nombre des

conditions de régularité est sensiblement réduit (A) et la manière de les apprécier s'avère très favorable à la reconnaissance (B).

A- La réduction des conditions contrôlées

507. Initialement issu des Conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968⁸⁷³ et du 16 juillet 1998⁸⁷⁴, le droit communautaire de la compétence indirecte est aujourd'hui essentiellement constitué⁸⁷⁵ par les règlements « Bruxelles I »⁸⁷⁶ et « Bruxelles II bis »⁸⁷⁷. Même si quelques différences existent entre ces deux instruments⁸⁷⁸, ils instaurent globalement un régime similaire prévoyant un nombre de conditions bien défini pour apprécier la régularité internationale des décisions provenant des Etats membres. Le système mis en place se caractérise par une réduction sensible des critères de régularité et vise clairement à empêcher les Etats membres d'exercer un contrôle excessif sur les décisions étrangères. C'est ainsi qu'à côté des conditions requises, le législateur communautaire a pris le soin d'énumérer les modalités de contrôle prohibées. Cela a pour but d'éviter que le juge requis, par le biais d'interprétations peu conformes à l'esprit des textes, ne réinsère des modalités de contrôle provenant de son système national et empêche, de ce fait, le dispositif communautaire de réaliser l'objectif de libre circulation des décisions.

508. Les deux instruments communautaires posent expressément le principe d'interdiction de la révision au fond des décisions étrangères⁸⁷⁹. Ainsi, le juge requis ne dispose plus de la faculté de remettre en cause l'appréciation des faits et du droit substantiel effectuée par le juge

⁸⁷³ Convention relative à la compétence judiciaire et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

⁸⁷⁴ Convention dite « Bruxelles II » concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale.

⁸⁷⁵ Certaines dispositions relatives à la compétence indirecte sont également contenues dans le règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Le régime concernant l'efficacité des décisions prévu est cependant quasiment identique à celui prévu par le règlement du 22 décembre 2000 et ne mérite par conséquent pas qu'on lui accorde, dans le cadre de cette démonstration, des développements spécifiques.

⁸⁷⁶ Règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁸⁷⁷ Règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

⁸⁷⁸ On notera simplement que le règlement de 2003 ajoute aux conditions communes celles relatives à l'audition de l'enfant (art. 23-b) et des titulaires de la responsabilité parentale (art. 23-d).

⁸⁷⁹ Article 36 du règlement « Bruxelles I » et article 26 du règlement « Bruxelles II bis ».

d'origine⁸⁸⁰. Cette prohibition d'ordre général s'accompagne d'autres interdictions plus précises qui tendent toutes à assurer la libre circulation des jugements au sein de l'espace judiciaire commun.

Tout d'abord, le contrôle de la compétence des juridictions de l'Etat membre d'origine est en principe exclu⁸⁸¹. La suppression de cette vérification est la conséquence logique de l'unification des chefs de compétence directe réalisée au niveau communautaire. En vertu du principe de confiance mutuelle, le juge requis doit estimer que le juge d'origine a fait une application correcte du droit communautaire. Le respect des règles communautaires de compétence directe est d'ailleurs assuré par les juridictions des Etats membres qui doivent, dans la plupart des cas, soulever d'office leur incompétence⁸⁸². Afin de rendre cette suppression effective, les instruments communautaires précisent que le contrôle de la compétence indirecte du juge de l'Etat membre d'origine ne peut se faire par le biais du critère de conformité à l'ordre public⁸⁸³. Ce n'est que de manière exceptionnelle que le juge requis est admis à déclarer l'irrégularité de la décision étrangère sur le fondement de l'incompétence du juge d'origine. Il en va ainsi en cas de violation, par le juge d'origine, des chefs de compétence exclusifs⁸⁸⁴ ou protecteurs⁸⁸⁵ prévus dans la partie des instruments communautaires consacrée à la compétence directe. Le but de ces exceptions est essentiellement de garantir la compétence normative exclusive de l'Etat en matière de service public et d'éviter que la partie la plus forte abuse de sa position dominante pour saisir une autre juridiction que le for estimé comme le plus protecteur. Au regard des enjeux du processus d'universalisation du droit, elles apparaissent donc assez légitimes puisqu'elles visent à protéger les conceptions nationales et communautaire de l'intérêt général.

Ensuite, bien que cela ne soit pas explicitement indiqué, le contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine est également exclu. Cette exclusion, conforme à l'esprit des textes et découlant tout naturellement de l'interdiction de la révision, se déduit de la suppression de la

⁸⁸⁰ Pour certains, « un pouvoir de révision à fin de contrôle » demeurerait étant donné que le juge doit pouvoir examiner les éléments de faits nécessaires à son contrôle de régularité. Voir notamment dans ce sens D. HOLLEAUX, F. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 982. Pour notre part, nous estimons que pour plus de clarté il convient d'employer cette terminologie à propos de la possibilité, pour le juge requis, de réformer entièrement la décision étrangère. Voir dans ce sens A. MARMISSE, *La liberté de circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000, n° 308.

⁸⁸¹ Article 35-3 du règlement « Bruxelles I » et article 24 du règlement « Bruxelles II bis ».

⁸⁸² Article 25 et 26 du règlement « Bruxelles I » et article 17 du règlement « Bruxelles II bis ».

⁸⁸³ Article 35-3 du règlement « Bruxelles I » et article 24 du règlement « Bruxelles II bis ».

⁸⁸⁴ Article 22 du règlement « Bruxelles I ».

⁸⁸⁵ Articles 8 à 14 et 15 à 17 du règlement « Bruxelles I » relatifs la compétence en matière d'assurance et à la compétence en matière de contrats conclus par des consommateurs. Curieusement, la violation des dispositions relatives à la compétence en matière de contrats individuels de travail, pourtant délibérément protectrices pour les salariés, ne constituent pas une cause de refus de reconnaissance.

vérification exceptionnelle prévue à l'article 27-4° de la Convention de Bruxelles⁸⁸⁶. En toute hypothèse, cette condition de régularité internationale ne connaissait que très peu d'écho en droit comparé. L'isolement de l'ordre juridique français sur ce point faisait d'ailleurs l'objet de nombreuses critiques⁸⁸⁷. Il est vrai que cette réintroduction du conflit de lois au sein de la méthode de la reconnaissance empêchait de donner effet à des décisions étrangères qui ne contrevenaient pourtant pas réellement à notre conception de l'intérêt général. Etant donnée l'utilité de l'universalisation des situations juridiques pour l'amélioration de la sécurité juridique des particuliers engagés dans des relations internationales⁸⁸⁸, on ne peut que se féliciter de l'abandon de ce critère de contrôle.

509. Si l'on met à part le cas, assez rare, où la décision qui fait l'objet du contrôle de régularité serait inconciliable avec une autre décision rendue antérieurement par une juridiction étrangère ou à tout moment par le for⁸⁸⁹, on se rend compte que la seule cause d'irrégularité maintenue est finalement la contrariété manifeste⁸⁹⁰ de la décision étrangère à l'ordre public de l'Etat membre requis⁸⁹¹. L'ordre public doit ici être entendu de manière large comprenant à la fois les valeurs procédurales visant à protéger les droits de la défense⁸⁹² et les valeurs substantielles fondamentales déductibles des législations internes⁸⁹³.

Un doute persiste en ce qui concerne la condition relative à l'absence de fraude. Même si rien n'est précisé dans les instruments communautaires, il semble concevable d'intégrer ce contrôle à celui de l'ordre public sous l'angle de la loyauté procédurale⁸⁹⁴. En toute

⁸⁸⁶ Cette disposition prévoyait que le juge requis pouvait contrôler la loi appliquée par le juge d'origine lorsque celui-ci avait statué dans une matière en principe extérieure au champ d'application de la Convention à l'occasion d'une question accessoire qui, elle, en dépendait.

⁸⁸⁷ Voir notamment B. ANCEL, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1986-1987, p. 25 et sur l'abandon de cette condition en droit français *infra* n° 522.

⁸⁸⁸ Voir *supra* n° 375 à 384.

⁸⁸⁹ Articles 34-3 et 33-4 du règlement « Bruxelles I » et articles 22-c et 22-d du règlement « Bruxelles II bis ».

⁸⁹⁰ Sur les modalités d'appréciation de la conformité à l'ordre public voir *infra* n° 516 à 520.

⁸⁹¹ Article 34 du règlement « Bruxelles I » et articles 22 et 23 du règlement « Bruxelles II bis ».

⁸⁹² Voir dans ce sens CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *Rec.* 2000, p. I-1935 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481, obs. H. MUIR WATT ; *JDI* 2001, p. 690, note A. HUET. Cette jurisprudence tranche la controverse sur le point de savoir si le motif de contrariété à l'ordre public pouvait servir à sanctionner des irrégularités procédurales autres que celles relatives à la signification de l'acte introductif d'instance au défendeur expressément prévues par les instruments communautaires. Voir déjà dans ce sens Cass. civ. 1^{ère} 16 mars 1999, *Pordéa*, *JDI* 1999, p. 773, obs. A. HUET et G.A.L DROZ, « Variations Pordéa, à propos de l'arrêt Cass. 1^{ère} civ. 16 mars 1999 », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481.

⁸⁹³ Sur les liens entre droits fondamentaux et la notion d'ordre public voir P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP* 1997, p. 1.

⁸⁹⁴ M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, précité, n° 690 et plus généralement sur ce débat H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, précité, n° 406.

hypothèse, les possibilités de fraude deviennent de plus en plus réduites au sein de l'espace communautaire en raison du rapprochement constant des règles de conflit de lois et de compétence directe.

510. En définitive, bien que plutôt libéral, le régime instauré par le droit communautaire semble assez satisfaisant au regard des enjeux de l'universalisation des situations juridiques individuelles. En effet, en recentrant le contrôle autour de la condition de conformité à l'ordre public, le droit communautaire nous paraît satisfaire l'ensemble des intérêts en jeu.

D'une part, la limitation des causes d'irrégularité favorise la reconnaissance des décisions étrangères et par conséquent des situations juridiques qu'elles consacrent. Cela permet aux particuliers de fonder, en toute sécurité, leurs prévisions sur les normes individuelles qui leurs sont personnellement adressées et d'adapter leurs comportements en fonction de celles-ci.

D'autre part, les critères de contrôle maintenus sont suffisants pour que le for puisse protéger sa conception de l'intérêt général en refusant d'intégrer dans son ordre juridique des normes issues de décisions qu'il considère injustes.

Le degré d'universalisation des situations juridiques qui découle du système mis en place par le droit communautaire semble ainsi en adéquation avec les objectifs poursuivis, de manière générale, par le processus d'universalisation du droit. Même si elle n'est pas automatique, l'universalisation des situations juridiques, réalisée par le biais de la reconnaissance des décisions étrangères, est largement favorisée. Etant donnée la valeur purement fonctionnelle du processus d'universalisation du droit, les derniers obstacles à la reconnaissance des décisions étrangères nous paraissent assez justifiés car ils ont réellement pour but de protéger la conception de l'intérêt général du for. En les supprimant l'universalisation serait certes plus aboutie mais elle perdrait dans le même temps sa raison d'être, n'étant plus qu'au service des intérêts particuliers.

Une reconnaissance inconditionnelle et systématique de la valeur normative des décisions étrangères est pourtant parfois rendue possible par le droit communautaire. Tel est notamment le cas dans le cadre du règlement européen du 21 avril 2004 relatif au titre exécutoire européen pour les créances incontestées⁸⁹⁵. En effet, lorsque la créance réputée incontestée est

⁸⁹⁵ Règlement CE n° 805/2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées sur lequel voir notamment L. D'AVOUT, « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 1 ; F. FERRAND, « Le titre exécutoire européen ou les possibles tensions entre jugement sans frontières et procédure équitable », in *Mélanges en l'honneur de M. REVILLARD*, Defrénois, 2007, p. 183 ; A. HUET, *Rép. inter. Dalloz*, V° *Titre exécutoire européen* ; H. PEROZ,

constatée au cours d'une procédure judiciaire contentieuse certifiée selon les modalités prévues par le texte, il devient impossible de contester la régularité de la décision. Le titre exécutoire européen n'a alors plus pour seule fonction d'octroyer la force exécutoire à la décision dans l'ensemble de la Communauté⁸⁹⁶. Il présume de manière irréfragable sa régularité et impose ainsi à l'ordre juridique requis de reconnaître en son sein son efficacité normative⁸⁹⁷. Cela peut s'avérer d'autant plus gênant pour le for requis que le système mis en place n'offre pas toujours des garanties procédurales suffisantes⁸⁹⁸.

Il est à espérer qu'un tel dispositif demeure spécifique à des cas aussi particuliers que les créances incontestées. En effet, le système mis en place par les règlements de Bruxelles apparaît globalement équilibré, permettant à la fois de satisfaire les intérêts particuliers et de préserver les conceptions nationales de l'intérêt général. C'est d'ailleurs sans doute ce qui explique son extension aux pays de l'AELE par la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 et l'influence qu'il exerce sur le droit international privé commun.

Ainsi, à nos yeux, on atteint, avec le droit communautaire, les limites de l'universalisation des situations juridiques. Aller plus loin ferait perdre à ce processus sa valeur fonctionnelle et par conséquent sa seule raison d'être. La réduction des conditions de régularité rend en effet le refus de reconnaissance des décisions étrangères exceptionnel et strictement limité aux cas où la conception de l'intérêt général du for est réellement en danger. Ce caractère exceptionnel est d'ailleurs accentué par le fait que les modalités de contrôle des conditions maintenues s'avèrent peu contraignantes et par conséquent largement favorables à la reconnaissance.

B- L'allégement du contrôle opéré

511. La réduction du nombre des conditions de régularité, si elle facilite la reconnaissance des décisions étrangères, ne garantit pas à elle seule la réalisation de l'objectif de libre

« Le Règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées », *JDI* 2005, p. 637.

⁸⁹⁶ L'article 5 du règlement prévoit en effet que la décision certifiée s'impose aux autres Etats membres « sans qu'il soit possible de contester sa reconnaissance ».

⁸⁹⁷ Ce problème ne se pose évidemment pas lorsque le certificat est apposé à un acte public non décisionnel comme par exemple un acte authentique ou une transaction judiciaire. Dans ce cas, aucun contrôle de régularité n'est envisageable car il s'agit d'un acte privé dépourvu de valeur normative et dont la validité peut, en toute hypothèse, être contestée à titre principal.

⁸⁹⁸ Voir notamment l'analyse très critique de L. D'AVOUT, article précité.

circulation des actes publics normatifs au sein de l'espace judiciaire commun. Il suffit en effet que les conditions maintenues, bien que peu nombreuses, soient contrôlées avec une extrême sévérité pour que de nouveaux obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques apparaissent. En d'autres termes, si la réduction des conditions de régularité s'accompagne d'un renforcement de leur contrôle, elle n'aura finalement pas pour effet d'amplifier le processus d'universalisation des situations juridiques.

C'est la raison pour laquelle le législateur communautaire ne s'est pas contenté de restreindre l'objet du contrôle. Il a également déterminé précisément les modalités de celui-ci afin de diminuer les éventuels obstacles à la reconnaissance. Cette faveur pour l'universalisation des situations juridiques se manifeste tant par l'extension de la présomption de régularité dont jouissent les décisions étrangères (1°) que par l'encadrement de la condition de conformité à l'ordre public (2°).

1°- Une présomption de régularité renforcée

512. Les décisions étrangères bénéficient, au sein de l'espace judiciaire commun, d'une présomption simple de régularité. Par conséquent, le juge requis devra tenir pour acquis l'état de droit déductible de la norme individuelle contenue dans la décision étrangère avant même d'avoir vérifié la régularité de celle-ci. Il ne sera contraint d'opérer un tel contrôle qu'en cas de contestation de la part de la partie contre laquelle le jugement a été prononcé. Un tel mécanisme, favorable à la reconnaissance, n'est pas propre au droit communautaire. Dans certaines hypothèses, les décisions prononcées par des juridictions émanant d'Etats tiers à la Communauté jouissent également, en France, d'une présomption simple de régularité. Celle-ci a cependant sensiblement été étendue et renforcée dans l'ordre juridique communautaire.

513. Tout d'abord, la présomption de régularité s'applique quel que soit l'effet recherché par le bénéficiaire de la décision. Contrairement à la solution retenue par le droit international privé commun, elle ne joue pas dans les seules hypothèses où le bénéficiaire invoque, de manière incidente, l'autorité de chose jugée ou l'efficacité substantielle de la décision étrangère à l'appui d'une demande principale⁸⁹⁹. Elle dispense également le juge d'effectuer

⁸⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère} 19 janv. 1983, *Conlon*, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 492, note P. MAYER ; *JDI* 1984, p. 899, note G. WIEDERKHER : « (...) une décision (...) est dotée de plein droit d'efficacité en France, sous réserve de

un contrôle de régularité dans le cas où l'une des parties invoque à titre principal, au cours d'une instance en exequatur, la force exécutoire ou la reconnaissance⁹⁰⁰ de la décision étrangère.

Au cours de la première phase de la procédure d'exequatur, le juge requis, saisi sur requête unilatérale, se contente en effet d'opérer un contrôle purement formel de la demande. Il présume ainsi la régularité du jugement et ne peut, de ce fait, soulever d'office l'existence d'une cause de refus de reconnaissance⁹⁰¹. Les seules vérifications qu'il effectue sont destinées à établir l'existence de la décision et la complétude du dossier. De même, s'agissant d'une demande sur requête, celui auquel la décision étrangère préjudicie n'est pas autorisé, à ce stade de la procédure, à soulever des motifs de non-reconnaissance. Ce n'est que lorsque le juge a apposé la formule exécutoire qu'il devient possible de contester la régularité de la décision au cours d'une seconde phase contentieuse élevée devant la cour d'appel. Le demandeur doit alors s'efforcer de faire tomber la présomption de régularité en démontrant qu'il existe un obstacle à la reconnaissance de la décision étrangère⁹⁰². Il pourra également le faire en dehors d'une procédure d'exequatur soit en intentant, à titre principal, une action en inopposabilité⁹⁰³ soit comme moyen de défense lorsque la décision est invoquée contre lui de manière incidente.

l'exécution forcée ; (...) il s'ensuit que c'est à celui qui invoque l'irrégularité de cette décision d'en faire la preuve ». Cette présomption de régularité joue d'ailleurs essentiellement en faveur des jugements étrangers relatifs à l'état et à la capacité des personnes. En effet, il n'est pas certain que les décisions étrangères rendues en matière patrimoniale puissent produire le moindre effet attaché à leur valeur normative si elles n'ont pas fait l'objet d'une procédure d'exequatur. Dès lors aucune reconnaissance incidente n'est possible et la présomption de régularité n'a par conséquent plus lieu de jouer. Pour l'heure une seule décision, maintenant assez ancienne, a accepté de reconnaître, sans exequatur, l'autorité d'un jugement étranger rendu en matière matrimoniale : Cass. civ. 1^{ère} 9 déc. 1974, *Locautra*, *Rev. crit DIP* 1975, p. 504, note E. MEZGER ; *JDI* 1975, p. 534, note A. PONSARD. On peut d'ailleurs émettre quelques doutes quant à la réalité de cette présomption de régularité car la Cour de cassation a parfois imposé au juge de contrôler d'office la régularité du jugement lors d'une reconnaissance incidente des effets du jugement étranger. Voir dans ce sens Cass. civ. 1^{ère} 26 juin 1990 (2^{ème} esp.), *Rev. crit DIP* 1991, p. 593, note P. COURBE.

⁹⁰⁰ L'article 21-3 du règlement « Bruxelles II bis » et l'article 33-2 du règlement « Bruxelles I » donnent la possibilité aux parties d'utiliser l'instance en exequatur comme une instance en opposabilité ou en reconnaissance afin de mettre fin à l'incertitude relative à la régularité de la décision étrangère.

⁹⁰¹ Le contrôle d'office des conditions de régularité par le juge requis a été maintenu dans le règlement « Bruxelles II bis ». On notera cependant qu'en matière de désunion les décisions ne bénéficient du régime de libre circulation que si elles font droit à la demande de désunion et seulement pour la réponse qu'elles apportent à la question du sort du mariage. Les questions périphériques sont, quant à elles, exclues du champ d'application du règlement. Ainsi, en toute hypothèse, l'adoption de la procédure d'exequatur prévue par le règlement « Bruxelles I » n'aurait qu'un impact très limité.

⁹⁰² Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, les tiers ne sont pas autorisés à élever le contentieux devant la cour d'appel : CJCE, 2 juill. 1985, *Brasserie du Pêcheur*, aff. 148/84, *Rec.* 1985, p. 1981. Cela tend encore une fois à renforcer la présomption de régularité dont jouissent les décisions étrangères émanant d'Etats membres.

⁹⁰³ Seul le règlement « Bruxelles II bis » prévoit expressément cette possibilité. La jurisprudence a cependant admis la possibilité d'une telle action selon la procédure de droit commun dans le cadre du règlement

514. Ensuite, cette présomption de régularité lie le juge requis quelle que soit la cause d'irrégularité. Elle couvre en effet l'ensemble des motifs de non-reconnaissance. Ainsi, faute de contestation de la part d'une des parties, le juge requis devra admettre la décision étrangère à produire les effets attachés à sa valeur normative même s'il estime qu'elle pourrait violer sa conception de l'ordre public international⁹⁰⁴.

515. En définitive, le droit communautaire dote les décisions émanant des Etats membres d'une présomption de régularité extrêmement étendue qui s'applique quel que soit l'effet attaché à la normativité du jugement recherché et qui couvre l'ensemble des causes de refus de reconnaissance. Le contrôle de régularité ne sera effectué par le juge requis que lorsque la partie contre laquelle la décision a été rendue le lui aura demandé. Cela n'est d'ailleurs parfois possible qu'après une première phase procédurale dans laquelle le juge se contente d'établir la régularité formelle de la décision.

Cette présomption de régularité renforcée des décisions européennes est tout à fait révélatrice de l'état d'esprit du législateur : la reconnaissance est la règle et son refus l'exception. Elle favorise largement la reconnaissance des décisions étrangères et des situations juridiques qui en découlent puisque le juge requis doit attendre que l'irrégularité de la décision soit soulevée pour effectuer le contrôle⁹⁰⁵. Cela réduit sensiblement les occasions, pour le juge, de prononcer l'irrégularité et contribue par conséquent à diminuer les obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques.

Cette faveur pour l'universalisation des situations juridiques ne se manifeste cependant pas seulement par cette inversion du contentieux. Le contrôle de la conformité à l'ordre public, principal critère de régularité maintenu, fait l'objet d'un encadrement par le droit communautaire afin d'éviter qu'il ne conduise trop fréquemment le juge requis à refuser la reconnaissance.

« Bruxelles I » : TGI Paris 10 fév. 1993, *Crédit Lyonnais Bank NL c/ G. Paretti* ; CJCE 6 juin 2002 (3^{ème} esp.), *Italian Leather*, aff. C-80/00, *Rec.* 2002, p. I-4995 ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 704, note H. MUIR WATT.

⁹⁰⁴ La jurisprudence française étendait déjà de la sorte la présomption de régularité sous l'empire de la Convention de Bruxelles qui permettait pourtant au juge requis de soulever d'office les motifs de non-reconnaissance : voir par exemple Cass. civ. 1^{ère} 12 janv. 1994, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 371 et 17 nov. 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 52, note B. ANCEL.

⁹⁰⁵ On notera d'ailleurs qu'en vertu de cette présomption de régularité, le juge requis n'est obligé de statuer que dans les limites de la contestation. Il n'a pas à s'expliquer sur les causes de refus de reconnaissance qui n'ont pas été soulevées. Voir notamment sur ce point M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, précité, n° 681 et H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, précité, n° 454.

2°- L'encadrement du contrôle de conformité à l'ordre public

516. Etant donnée la relative communauté de droit qui existe au sein de l'Union européenne, il est assez rare que les jugements émanant des autres Etats membres portent atteinte aux conceptions fondamentales de l'ordre juridique français. Ainsi, *a priori*, la non-conformité à l'ordre public ne peut constituer qu'une cause exceptionnelle de refus de reconnaissance des décisions. Un risque existe pourtant que le juge requis, pour des raisons qui lui sont propres, profite du caractère fuyant de cette notion pour réintroduire des motifs de contrôle pourtant prohibé par les instruments communautaires. Afin d'éviter l'utilisation détournée de ce critère de régularité et de permettre la réalisation de l'objectif de libre circulation des décisions, le droit communautaire a veillé à encadrer le contrôle de conformité à l'ordre public. Cette limitation du jeu de l'exception d'ordre public résulte tant des textes communautaires que de son interprétation par la Cour de justice des communautés européennes.

517. Les deux règlements européens indiquent qu'une simple contradiction à la conception de l'intérêt général de l'ordre juridique du juge requis ne suffit pas à fonder un refus de reconnaissance d'une décision émanant d'un autre Etat membre. Il faut que la reconnaissance apparaisse comme « manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat requis »⁹⁰⁶.

Afin d'éviter les recours abusifs à l'exception d'ordre public, les textes ont également décrit certaines hypothèses dans lesquelles ce motif de non-reconnaissance ne pouvait être invoqué. C'est ainsi qu'il est précisé que l'incompétence du juge d'origine, au regard des règles de compétence directe communautaires ou nationales, ne pouvait jamais constituer une atteinte à l'ordre public du juge requis⁹⁰⁷. De même, le fait que la législation du juge requis ne permet pas, sur la base de faits identiques, le divorce ou la séparation de corps ne saurait justifier un refus de reconnaissance d'une décision étrangère de désunion sur le fondement de la contrariété à l'ordre public⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ Article 34 du règlement « Bruxelles I » et articles 22 et 23 du règlement « Bruxelles II bis ».

⁹⁰⁷ Article 35-3 du règlement « Bruxelles I » et article 24 du règlement « Bruxelles II bis ».

⁹⁰⁸ Article 25 du règlement « Bruxelles II bis ».

518. La Cour de justice des communautés européennes est, elle aussi, venue rappeler le caractère exceptionnel du mécanisme de l'exception d'ordre public. Plusieurs de ses arrêts, rendus sous l'empire de la Convention de Bruxelles, ont en effet précisé que la contrariété du contenu du jugement étranger à l'ordre public devait, pour motiver un refus de reconnaissance, revêtir un caractère inacceptable et heurter un principe fondamental de l'ordre juridique requis⁹⁰⁹. La jurisprudence française a d'ailleurs pris acte de cette interprétation stricte et ne refuse que très rarement de déclarer efficace un jugement émanant d'une juridiction appartenant à un Etat membre sur le fondement d'une contrariété à sa conception de l'ordre public international⁹¹⁰. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation a-t-elle cassé un arrêt qui avait jugé contraire à l'ordre public international – car constituant une limitation à l'exercice du droit d'appel et portant atteinte au principe d'autonomie des personnes morales – une décision espagnole condamnant solidairement deux sociétés à consigner, à la suite de licenciements abusifs, une grande somme d'argent dans un très bref délai⁹¹¹.

Mais la Cour de justice ne se contente pas de souligner, à l'appui des dispositions communautaires, que « la clause de l'ordre public ne doit jouer que dans des cas exceptionnels »⁹¹². Elle va parfois plus loin en contrôlant non pas l'utilisation que les ordres juridiques requis font de l'exception d'ordre public mais le contenu national de cette notion. En effet, bien qu'elle ait énoncé qu'il ne lui appartient en principe pas « de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant »⁹¹³, elle veille à ce que le refus de reconnaissance présente un caractère proportionné par rapport à la défense des intérêts qu'il est censé servir et qu'il ne constitue pas un obstacle flagrant à la réalisation des objectifs qui ont été définis dans le Traité par les Etats membres eux-mêmes. Plus précisément, aux yeux de la Cour, l'atteinte au principe de libre circulation des jugements que constitue l'utilisation de l'exception d'ordre public par les juridictions des Etats membres doit être justifiée par une raison d'intérêt général et s'avérer apte à remplir l'objectif poursuivi. Dès lors, en contrôlant « les limites dans le

⁹⁰⁹ Voir notamment CJCE 4 fév. 1988, *Hoffmann c/ Krieg*, aff. 145/86, *Rec.* 1988, p. 645 ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 598, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1989, p. 449, obs. A. HUET ; CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2001, p. 690, note A. HUET et CJCE 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, aff. C-38/98, *Rec.* 2000, p. I-2973 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 497, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2000, p. 696, obs. A. HUET, spéc point n° 30 : « (...) afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique ».

⁹¹⁰ Voir H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, précité, n° 401 et la jurisprudence citée en note.

⁹¹¹ Cass civ. 1^{ère} 8 fév. 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 42.

⁹¹² CJCE 4 fév. 1988, *Hoffmann c/ Krieg*, précité.

⁹¹³ CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, précité, point n° 23 et CJCE 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, précité, point n° 28.

cadre desquelles le juge d'un Etat peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision »⁹¹⁴, le « contrôle de l'utilisation du mécanisme devient un contrôle du contenu »⁹¹⁵. En effet, l'examen de la proportionnalité de l'atteinte portée au principe communautaire de libre circulation des décisions de justice amène la Cour à opérer une hiérarchie des valeurs nationales protégées ; alors que certaines d'entre elles méritent d'être défendues même si cela entraîne une méconnaissance du principe de libre circulation des décisions, d'autres ne sauraient être protégées au prix d'une atteinte de cet objectif posé par le Traité. Il en résulte une certaine harmonisation des conceptions nationales de l'ordre public et la naissance d'une conception communautaire de cette notion, déduite négativement des contenus nationaux⁹¹⁶.

Ainsi, si le contenu procédural de l'ordre public demeure, dans l'approche communautaire de cette notion, assez conséquent, on assiste à un rétrécissement important de sa composante substantielle. La Cour de justice, s'alignant sur ce point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁹¹⁷, estime en effet que les éléments fondamentaux du procès équitable tels qu'ils sont définis à l'article 6-1 de la Convention EDH doivent faire l'objet d'une attention toute particulière de la part de l'ordre juridique requis. Afin de garantir les droits de la défense, le juge du for de réception est ainsi admis à faire échec aux libertés circulatoires par le biais de l'exception d'ordre public⁹¹⁸. En revanche, aux yeux de la juridiction de Luxembourg, la défense des valeurs de fond ne justifie que très rarement une entrave à la liberté de circulation des jugements dans l'espace européen. La Cour semble d'ailleurs accorder une très grande importance à cette liberté puisqu'elle estime qu'il n'est pas possible de faire jouer l'exception d'ordre public au motif que, dans la décision étrangère, le droit communautaire lui-même a été mal appliqué ou méconnu⁹¹⁹.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 2002-2004, p. 65, spéc. p. 75.

⁹¹⁶ *Ibid.* p. 76 : « Le contenu (de l'ordre public communautaire) n'est pas positivement affirmé, il est déduit des contenus nationaux puisque la Cour se contente de dire ce qui peut en relever et ce qui ne peut en relever ».

⁹¹⁷ CEDH 13 fév. 2001, *Pellegrini*, Req. n° 30882/96 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 106, note L-L. CHRISTIANS dans lequel la Cour reproche à un Etat signataire d'avoir accepté l'exequatur d'un jugement étranger sans avoir vérifié que le juge d'origine ait bien respecté les exigences du droit à un procès équitable.

⁹¹⁸ CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, précité

⁹¹⁹ CJCE 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, précité. En l'espèce, la Cour de justice avait été saisie à titre préjudiciel par une cour d'appel italienne à propos d'un jugement français qui reconnaissait à la société Renault un droit de propriété industrielle sur les pièces détachées dont l'ensemble constituait la carrosserie d'une voiture déjà mise sur le marché. La question était de savoir s'il était possible de faire échec à la reconnaissance et à l'exécution de la décision sur le fondement de l'exception d'ordre public étant donné que l'interdiction faite aux opérateurs économiques établis dans les autres Etats membres de fabriquer, de vendre, d'importer ou d'exporter lesdites pièces constituait une atteinte à la libre circulation des marchandises. La Cour, conformément aux conclusions de l'avocat général, considéra qu'un Etat membre ne pouvait refuser de reconnaître une décision

519. Le contrôle que la Cour de justice opère sur le jeu des lois de police⁹²⁰ contribue également à restreindre les contenus nationaux de l'ordre public. Au cours d'une instance indirecte, le juge requis ne peut pas appliquer d'office les dispositions nationales spécialement impératives. Il doit en effet se contenter de choisir entre l'acceptation ou le rejet de la norme individuelle résultant de la décision étrangère⁹²¹. C'est donc uniquement par le biais de l'exception d'ordre public qu'il peut protéger les considérations d'intérêt général contenues dans les dispositions qualifiées de loi de police⁹²². Aussi, en toute logique, la disqualification, par la Cour de justice, de certaines lois de police nationales incite, du même coup, le juge requis à ne plus intégrer ces dispositions à son ordre public international.

On pourrait nous objecter, qu'à l'inverse, la Cour de justice enrichit parfois le catalogue des lois de police en imposant aux juges des Etats membres d'appliquer certaines dispositions communautaires quelle que soit la loi applicable au rapport en cause⁹²³. Cela aurait alors pour effet non pas de restreindre les conceptions nationales de l'ordre public mais au contraire de les élargir. Il n'y aurait ainsi plus véritablement de diminution des obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques. Ce serait cependant oublier que l'ensemble des juridictions des Etats membres se doivent, en vertu de la supériorité hiérarchique du droit communautaire, de tenir compte des lois de police d'origine communautaire⁹²⁴. Ainsi, en dehors de l'hypothèse du non-respect par le juge d'origine du droit communautaire, il est peu probable qu'une décision émanant d'un Etat membre heurte l'ordre public d'un autre Etat

étrangère émanant d'un autre Etat contractant « au seul motif qu'il estime que dans cette décision, le droit national ou le droit communautaire a été mal appliqué ».

⁹²⁰ Sur lequel voir *supra* n° 456.

⁹²¹ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 360.

⁹²² Il est à noter que les lois de police d'un Etat n'intègrent pas systématiquement son ordre public international. Néanmoins, ces deux mécanismes étant au service de l'intérêt général, il est assez fréquent que la valeur protégée par la technique de la loi police enrichisse, au stade de la compétence indirecte, le contenu de l'ordre public international. Voir dans ce sens P. MAYER, « Le phénomène de coordination des ordres juridiques », précité, n° 173 : « Il est peu probable cependant que le juge requis « laisse passer » une décision qui a violé de façon flagrante une de ses lois de police, rendant par-là susceptible d'exécution forcée sur son territoire un contrat dont les effets (anticoncurrentiels, par exemple) sont jugés néfastes par l'ordre juridique du for. Si toutefois un tel discours était entendu (...), c'est la catégorie même des lois de police qui serait mise à mal : s'il suffit, pour avoir de bonnes chances d'échapper à des normes contraignantes, et ce avec effet sur le territoire même de l'Etat qui les a édictées, d'insérer dans un contrat une clause d'arbitrage, les opérateurs du commerce international ne s'en priveraient pas, sans qu'il y ait lieu pour autant de parler de fraude. La transformation des règles d'application nécessaire en règles d'application semi-nécessaire n'aura été qu'une étape avant leur avatar en règles pas nécessaires du tout ».

⁹²³ Voir *infra* n° 526.

⁹²⁴ Ceci a d'ailleurs été réaffirmé lors de l'adoption du règlement « Rome I » du 17 juin 2008 : voir article 4 selon lequel « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment du choix, dans un ou plusieurs Etats membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un Etats membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions communautaires auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'Etat membre du for ».

membre du fait qu'elle n'aurait pas appliqué des dispositions communautaires spécialement impératives qui se voulaient applicables⁹²⁵. En réalité, les valeurs contenues dans les lois de police communautaires ont essentiellement vocation à empêcher, par le truchement du motif de contrariété à l'ordre public, la reconnaissance des décisions émanant d'Etats tiers⁹²⁶. Cela tend une fois de plus à démontrer que l'universalisation réalisée au niveau régional se fait souvent au détriment de celle menée au niveau mondial.

Toujours est-il qu'au sein de l'espace communautaire le contrôle de conformité à l'ordre public, principale vérification maintenue dans le système issu de la Convention de Bruxelles, est strictement encadré par les textes et la jurisprudence de la Cour de justice. Le but est d'éviter que les Etats membres ne réintroduisent, sous couvert du contrôle de l'ordre public, des motifs de non-reconnaissance que la Communauté s'est efforcée d'éradiquer afin de réaliser l'objectif de libre circulation des décisions. En contrôlant la proportionnalité du recours à l'exception d'ordre public par le juge requis, la Cour de justice adopte une approche purement fonctionnelle du processus d'universalisation du droit. En effet, consciente que l'universalisation des situations juridiques contribue à améliorer la sécurité juridique des particuliers, elle n'accepte qu'il lui soit fait échec que dans les hypothèses où une véritable considération d'intérêt général le justifie. En d'autres termes, elle s'assure que le refus de reconnaissance représente, au regard des intérêts particuliers et de l'intérêt général, une solution globalement plus satisfaisante que son acceptation.

520. D'une certaine manière, les Etats membres ont, dans un souci d'efficacité, donné à la Communauté pour mission de mettre en œuvre le processus d'universalisation du droit en tenant compte de ses enjeux et des différents intérêts en cause. Concernant l'universalisation des situations juridiques individuelles, la Communauté a, à nos yeux, correctement rempli le rôle qui lui était conféré. En réduisant les conditions de régularité et en libéralisant les modalités de contrôle, elle a en effet diminué au maximum les obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques. D'un certain point de vue l'évolution semble même achevée. Aller plus loin dans l'universalisation se ferait nécessairement au détriment des conceptions nationales de l'intérêt général. Cela ferait alors perdre à ce processus son utilité globale et par conséquent sa seule raison d'être.

⁹²⁵ Ceci est d'ailleurs d'autant moins probable qu'une mauvaise application du droit communautaire ne justifie pas, aux yeux de la Cour, le recours à l'exception d'ordre public, voir *supra* n° 518.

⁹²⁶ Voir *infra* n° 526.

On peut cependant remarquer que la Communauté, en assumant son rôle dans le cadre régional, a parfois freiné l'universalisation du droit à l'échelon mondial. En ce qui concerne les règles générales et plus particulièrement les règles de conflit, ce phénomène va parfois jusqu'à paralyser le processus mondial d'universalisation du droit⁹²⁷. Pour ce qui est de la reconnaissance indirecte des situations juridiques individuelles, premier aspect de l'universalisation de celles-ci, l'effet est moins radical. Néanmoins, on constate que le droit communautaire engendre parfois des obstacles nouveaux. C'est la raison pour laquelle, au niveau mondial, la diminution des obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques n'est que relative malgré la volonté affichée de l'ordre juridique français de libéraliser le régime de la compétence indirecte.

§2- Une diminution relative au niveau mondial

521. Lorsque l'on se situe en dehors de l'espace judiciaire commun et qu'il n'existe pas de convention internationale, c'est à l'ordre juridique français qu'il revient de déterminer unilatéralement les conditions auxquelles doit être subordonnée l'efficacité des décisions étrangères⁹²⁸. L'évolution du droit positif montre que celui-ci, conscient que les normes issues des décisions étrangères individuellement adressées aux particuliers constituent, pour eux, des bases de prévisions très importantes, a constamment cherché à faciliter la reconnaissance indirecte des situations juridiques. Cela s'est notamment traduit par une réduction sensible du nombre des critères de contrôle (A), le but étant de ne préserver que les conditions de régularité qui ont réellement pour finalité de protéger la conception française de l'intérêt général.

La diminution des obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques n'est cependant que relative car la réduction du nombre des conditions de régularité, s'est accompagnée, notamment sous l'influence du droit communautaire, d'un renforcement du contrôle opéré (B).

⁹²⁷ Voir *supra* n° 487 et s.

⁹²⁸ On notera par ailleurs que nombre de conventions bilatérales relatives à l'effet des jugements reprennent les conditions de régularité définies par le droit international commun.

A- La réduction du nombre de conditions contrôlées

522. Depuis la fin du pouvoir de révision au fond⁹²⁹, le nombre des conditions que les décisions étrangères doivent remplir afin d'accéder à la normativité dans l'ordre juridique français n'a cessé de décroître. Relativement nombreuses et contraignantes au lendemain de la généralisation du pouvoir de contrôle⁹³⁰, elles ne sont, depuis la dernière évolution résultant du très important arrêt *Cornelissen* du 20 février 2007⁹³¹, plus qu'au nombre de trois. Aux termes de cet arrêt qui, à l'occasion de la suppression définitive du contrôle de la loi appliquée, a énoncé formellement les conditions actuelles de la régularité internationale des décisions étrangères de la même manière que l'arrêt *Munzer* l'avait fait, « le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi (...) »⁹³². On assiste ainsi à un rapprochement du droit commun et du régime libéral mis en place au sein de l'espace judiciaire européen⁹³³. En effet, même si l'évolution n'est pas encore complètement achevée, le droit international privé commun tend à recentrer le contrôle autour des conditions qui ont véritablement pour fonction de protéger la conception française de l'intérêt général.

⁹²⁹ Ce système de contrôle extrêmement protectionniste permettait au juge français requis de refuser au jugement étranger toute valeur normative dès lors qu'il constatait que, saisi dans les mêmes circonstances, il n'aurait pas statué de la même manière, en fait ou en droit, que le juge d'origine. Ce système fut d'abord abandonné à l'égard des jugements étrangers constitutifs et extrapatrimoniaux pour lesquels il s'agissait simplement de tenir pour acquis l'état de droit consacré : explicitement dans Cass. civ. 9 mai 1900, *De Wrède*, S. 1901, I, p. 185, note E. AUDINET ; *JDI* 1900, p. 613 ; *D.* 1905, p. 101, note L. SURVILLE ; *Grands arrêts* n° 20. C'est en 1964 que le pouvoir de révision fut éradiqué à l'égard de tous les jugements et quel que soit l'effet attaché à la valeur normative de la décision recherché par les parties : Cass. civ. 1^{ère} 7 janv. 1964, *Munzer*, *JDI* 1964, p. 302, note B. GOLDMAN ; *Rev. crit DIP* 1964, p. 344, note H. BATIFFOL ; *JCP* 1964, II, 13590, note B. ANCEL ; *Grands arrêts* n° 41.

⁹³⁰ Selon les termes de l'arrêt *Munzer*, le juge français devait « s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies, à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public et l'absence de toute fraude à la loi ». Nous ne nous attarderons pas sur ces solutions qui appartiennent aujourd'hui à l'histoire du droit international privé français.

⁹³¹ Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 2007, *D.* 2007, jurispr. p. 892, note P. CHAUVIN ; *D.* 2007, jurispr. p. 1115, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *Gaz. Pal.* 29 avril – 3 mai 2007, n° 119, p. 2, chron. M.-L. NIBOYET ; *Rev. crit DIP* 2007, p. 420 note B. ANCEL et H. MUIR. WATT.

⁹³² La condition d'absence d'inconciliabilité du jugement étranger avec une autre décision n'est pas explicitement énoncée dans l'arrêt *Munzer* car à l'époque elle était incluse dans celle relative à l'ordre public. Elle a peu à peu pris son autonomie mais demeure, en toute hypothèse, une cause très exceptionnelle de refus de reconnaissance des décisions étrangères. Voir sur ce point M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, précité, n° 657.

⁹³³ Voir dans ce sens D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, précité, n° 276.

Cela est évident en ce qui concerne la condition de conformité à l'ordre public international qui comprend, à l'instar du droit communautaire, aussi bien les valeurs substantielles jugées intangibles par l'ordre juridique français que les valeurs procédurales⁹³⁴ reconnues comme fondamentales⁹³⁵.

La condition d'absence de fraude est, elle aussi, tendue vers la protection de l'intérêt général. Il s'agit en effet d'empêcher que les particuliers modifient artificiellement les points de rattachement afin de faire jouer, à leur profit, la diversité des lois substantielles. Le rétablissement de l'autorité des lois dans l'ordre international étant une des fonctions du processus d'universalisation du droit, il paraît tout à fait justifié que la fraude constitue un obstacle à la reconnaissance indirecte des situations juridiques individuelles⁹³⁶. Il est cependant à noter qu'il est assez rare que les parties remettent en cause l'autorité des lois en modifiant de manière artificielle la situation dans laquelle elles se trouvent⁹³⁷. Au demeurant, dès lors qu'est supprimé le contrôle de la compétence législative, le juge requis ne peut que difficilement sanctionner la substitution d'une loi à une autre, fût-elle frauduleuse⁹³⁸. Ainsi, la fraude à la loi, assez rare en toute hypothèse, ne constitue plus véritablement une cause de refus de reconnaissance de l'efficacité des décisions étrangères en France. En revanche, les fraudes dans la saisine du juge étranger⁹³⁹, beaucoup plus fréquentes, peuvent, elles, constituer un motif de non-reconnaissance des décisions étrangères. Pour ce type particulier de manœuvres, la vérification de l'absence de fraude ne se fait cependant pas de manière autonome. Elle est intégrée au contrôle de la compétence du juge d'origine.

523. Cette condition de régularité internationale des décisions étrangères constitue la principale différence entre le système de contrôle de droit commun et celui instauré par le droit communautaire. En effet, alors que la vérification de la compétence du juge d'origine est

⁹³⁴ C'est à l'arrêt *Bachir* que l'on doit l'inclusion du contrôle de la procédure suivie devant le juge d'origine dans celui de la conformité à l'ordre public. Cette décision a mis un terme à une solution assez aberrante qui consistait à exiger du juge français requis qu'il vérifie que le juge étranger ait correctement appliqué ses propres règles de procédure : Cass. civ. 1^{ère} 4 oct. 1967, *Bachir*, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 98, note P. LAGARDE ; *JDI* 1969, p. 302, note B. GOLDMAN ; *D.* 1968, p. 95, note E. MEZGER ; *JCP* 1968, II, 15634, note J.-B. SIALLELI ; *Grands arrêts* n° 45.

⁹³⁵ Comme en droit communautaire, ces valeurs procédurales que l'ordre juridique français estime fondamentales correspondent globalement aux exigences du procès équitable posées à l'article 6 de la Convention EDH.

⁹³⁶ On notera cependant que par rapport à l'universalisation des règles générales, la sanction de la fraude ne constitue, à nos yeux, qu'un mécanisme d'appoint doté d'une efficacité limitée pour combattre la transgression de l'intérêt général provoquée par le particularisme, voir *supra* n° 155 et s.

⁹³⁷ Voir *supra* n° 121 à 125.

⁹³⁸ Voir P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 391.

⁹³⁹ Sur lesquelles voir *supra* n° 126 et s.

en principe exclue au sein de l'espace judiciaire commun⁹⁴⁰, elle représente, lorsque la décision émane d'un Etat tiers, « la condition cardinale de régularité internationale »⁹⁴¹. Il est cependant à noter que l'écart entre les deux systèmes de contrôle tend à s'amenuiser. Ce rapprochement a été possible grâce à la considérable évolution qu'ont connu les modalités d'appréciation de la compétence indirecte du juge étranger. Contrairement à la solution retenue au lendemain de l'arrêt *Munzer*, la décision étrangère peut aujourd'hui accéder à la normativité dans l'ordre du for même si le juge étranger s'est reconnu compétent au mépris des règles françaises de compétence directe. En effet, depuis l'arrêt *Simitch*, « toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridiction n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux »⁹⁴². On s'aperçoit ainsi que si le principe du contrôle de la compétence du juge d'origine a été maintenu en droit commun, les causes de non-reconnaissance sont globalement les mêmes qu'en droit communautaire. Elles n'ont plus pour finalité d'imposer à tout prix les solutions françaises de droit international privé mais simplement de protéger sa conception de l'intérêt général.

Ainsi en va-t-il de l'exigence d'absence de compétence exclusive des tribunaux français. Il s'agit en effet de garantir la compétence normative exclusive de l'Etat en matière de service public et d'éviter, dans les relations où les individus ne sont pas sur un pied d'égalité, que la partie la plus forte abuse de sa position dominante. Sur ce point, le droit commun s'est d'ailleurs totalement aligné sur le droit communautaire. En effet, le régime européen maintient à titre exceptionnel la condition de compétence indirecte du juge étranger lorsque celui-ci a statué en violation d'une compétence exclusive prévue par les règlements⁹⁴³. Or, depuis la fin du privilège indirect de juridiction⁹⁴⁴, les cas de compétence exclusive du droit commun correspondent à ceux prévus par le droit communautaire.

⁹⁴⁰ Voir *supra* n° 508.

⁹⁴¹ D. BUREAU et H. MUIR WATT, ouvrage précité, n° 264.

⁹⁴² Cass. civ. 1^{ère} 6 fév. 1985, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 369 et chron. Ph. FRANCESKAKIS, p. 243 ; *JDI* 1985, p. 460, note A. HUET ; *D.* 1985, jurisp. p. 469, note J. MASSIP et IR p. 497, obs. B. AUDIT ; *Grands arrêts* n° 70.

⁹⁴³ Voir *supra* n° 508.

⁹⁴⁴ Pour l'article 15 du Code civil : Cass. civ. 1^{ère} 23 mai 2006, *Prieur*, *D.* 2006, chron. p. 1846, B. AUDIT ; *LPA* 22 sept. 2006, n° 190, note P. COURBE ; *JDI* 2006, p. 1377, note C. CHALAS ; *JCP* 2006, II, 10134, note P. CALLE ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870, note H. GAUDEMET-TALLON ; *Grands arrêts*, n°87 ; et pour l'article 14 du Code civil : Cass. civ. 1^{ère} 22 mai 2007, *Fercometal*, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 610, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2007, p. 956, note B. ANCEL et H. MUIR WATT.

Il est permis d'avoir plus de doutes quant à la finalité poursuivie par le critère du lien caractérisé entre le litige et le pays dont le juge a été saisi. A première vue, cette exigence ne semble pas réellement au service de la protection de l'intérêt général tel qu'il est entendu par l'ordre du for. Il convient cependant de relativiser l'importance de cette condition de régularité des décisions étrangères.

D'une part, il est assez rare que l'absence de lien caractérisé constitue une cause de non-reconnaissance des jugements étrangers et des situations juridiques qu'ils consacrent. En effet, non seulement il est peu probable que les juridictions étrangères se reconnaissent compétentes si le litige n'entretient aucun lien avec le pays dont elles dépendent⁹⁴⁵, mais en plus la Cour de cassation⁹⁴⁶ reconnaît facilement le caractère suffisant d'un tel lien⁹⁴⁷.

D'autre part, cette exigence est à mettre en relation avec celle relative à l'absence de fraude dans la saisine du juge étranger. S'il est à la limite possible de déceler une fraude alors même qu'existe un lien caractérisé entre le litige et le pays du juge d'origine⁹⁴⁸, il est en revanche plus difficile d'admettre qu'il puisse ne pas y avoir de fraude en l'absence de tout lien caractérisé. En effet, pourquoi les parties, ou plus fréquemment l'une d'entre elle, iraient-elles saisir un juge sans connexion avec le litige⁹⁴⁹ si ce n'est pour éviter que la décision soit rendue par les juridictions françaises ou celles d'un autre Etat étranger que celui d'origine ?

⁹⁴⁵ On notera d'ailleurs à ce propos que dans l'arrêt *Cornelissen*, la Cour de cassation déduit en partie l'existence d'un lien caractérisé du fait que le tribunal a retenu sa compétence conformément à ses règles de procédure civile. En l'espèce, été contestée la compétence indirecte du juge américain de l'Etat de Columbia qui avait condamné un dirigeant de société de nationalité colombienne et établi en France à verser près de 4 millions de dollars à des sociétés américaines et colombiennes. Le juge français, saisi d'une demande d'exequatur, estima que : « le tribunal du district de Columbia a retenu sa compétence internationale conformément aux règles de procédure civile fédérale qui lui donnaient compétence pour connaître des demandes formées à l'encontre des ressortissants d'un Etat étranger « partie supplémentaire » (...) ; que la cour d'appel a pu en déduire que le litige se rattachait de manière caractérisée aux Etats-Unis d'Amérique de sorte que le juge américain était compétent pour en connaître ».

⁹⁴⁶ La Cour de cassation exerce un contrôle sur la qualification de lien caractérisé, voir par exemple Cass. civ. 1^{ère} 28 janv. 2003, *Epoux Levy-Guedj*, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 398, note H. MUIR WATT et Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 2007, *Cornelissen*, précité.

⁹⁴⁷ Il est en effet difficile pour les tribunaux français de ne pas considérer que le domicile ou la nationalité d'une des parties ne constituent pas des liens de rattachement suffisants alors qu'ils les retiennent pour fonder leur propre compétence directe. On notera un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux qui a retenu comme lien caractérisé la seule religion commune des deux époux qui ont divorcé devant un tribunal sunnite du Liban, pays dont aucun époux n'avait la nationalité et où aucun d'entre eux n'avait élu domicile : CA Bordeaux 10 janv. 2005, *D.* 2006, jurispr. p. 1090.

⁹⁴⁸ Même si – comme le remarquent D. BUREAU et H. MUIR WATT, ouvrage précité, n°267 – il est « extrêmement difficile de cerner les cas de fraude au jugement, lorsque le demandeur, quels qu'en soient les mobiles, a saisi un juge ayant un lien caractérisé avec le litige », la Cour de cassation a estimé que la saisine, par un époux, d'un juge étranger afin d'échapper aux conséquences financières d'une action en divorce introduite en France par son épouse devait être considérée comme frauduleuse en dépit de l'existence d'un lien caractérisé : Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 177.

⁹⁴⁹ Rappelons en effet que la Cour de cassation se montre extrêmement libérale dans l'appréciation du lien caractérisé si bien que pour que celui-ci n'existe pas il faut quasiment qu'il n'y ait aucune relation entre le litige et la juridiction ayant statué.

En d'autres termes, le critère du lien caractérisé ne présente pas de réelle utilité. Lorsqu'il existe, cela ne suffit pas à reconnaître la compétence du juge étranger. Lorsqu'il est au contraire absent, il ne constitue pas un point autonome du contrôle opéré, mais simplement l'élément objectif permettant de caractériser la fraude. Ainsi, il fait double emploi avec la condition d'absence de fraude dans la saisine du juge étranger et n'apparaît jamais comme une cause supplémentaire de non-reconnaissance par rapport à celle-ci. Il serait ainsi assez logique de l'abandonner définitivement et de refuser la reconnaissance de l'efficacité de la décision étrangère dans les seules hypothèses où le juge d'origine a été saisi de manière frauduleuse ou en violation d'un chef de compétence exclusif des juridictions françaises⁹⁵⁰.

524. L'ordre juridique français a ainsi considérablement réduit les obstacles à la reconnaissance de l'efficacité des décisions étrangères émanant d'Etats tiers à la Communauté européenne. Les conditions de régularité, qui sont aujourd'hui sensiblement les mêmes que celles retenues dans le système européen de libre circulation des décisions, poursuivent toutes la même finalité de protection de la conception française de l'intérêt général. On constate d'ailleurs que la condition de conformité à l'ordre public pourrait absorber les autres points de contrôle maintenus que sont l'absence de fraude dans la saisine du juge étranger⁹⁵¹ et l'absence de compétence exclusive des juridictions françaises⁹⁵². Cette évolution n'a rien de choquant⁹⁵³ car comme le rappellent MM. HEUZE et MAYER : « Multiplier et hausser les obstacles ne constitue pas en soi une protection, si les décisions « mauvaises » peuvent les franchir avec la même facilité que les « bonnes ». Ce qui importe c'est de séparer les unes des

⁹⁵⁰ Voir dans le même sens D. BUREAU et H. MUIR WATT, ouvrage précité, n° 276 : « L'évolution n'est doute pas achevée, cependant. (...) Il serait plus conforme au sens de l'évolution libérale du droit positif de distinguer deux hypothèses distinctes, et d'y ajuster en conséquence les conditions de l'efficacité des jugements étrangers. Soit le litige met en jeu un intérêt absolument impérieux de l'Etat du for, justifiant qu'il le réserve à la compétence exclusive de ses propres tribunaux ; dans ce cas, qui doit demeurer exceptionnel puisqu'il repose sur une présomption d'inaptitude du tribunal étranger à veiller sur les intérêts en cause, aucun jugement ne pourrait être reconnu sous réserve cependant de l'exception d'équivalence – signifiant la protection adéquate des intérêts étatiques en cause – dès lors du moins que la règle de compétence exclusive n'intègre pas un objectif de protection procédurale de l'une des parties. Soit un tel intérêt n'est pas présent, de sorte qu'il suffirait de vérifier, voire de présumer, que le jugement a été obtenu sans abus procédural ». Et déjà dans le même sens D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et effets des jugements*, Dalloz, 1970.

⁹⁵¹ On remarquera d'ailleurs que face à la difficulté pratique de prouver la fraude les juridictions françaises ont souvent recours à la condition de conformité à l'ordre public pour rejeter des décisions qu'ils ne souhaitent pas reconnaître en France. Voir par exemple à propos de répudiation obtenue par le mari dans son Etat d'origine Cass. civ. 1^{ère} 17 fév. 2004 (4 esp.), *Rev. crit. DIP* 2004, p. 424, note P. HAMMJ ; *JDI* 2004, p. 867, note G. CUNIBERTI et p. 1200, note L. GANNAGE ; *D.* 2004, chron. p. 815, P. COURBE.

⁹⁵² Voir dans le même sens B. ANCEL et H. MUIR WATT, note sous Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 2007, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420, spéc. n° 19 : « Cependant il y a peut-être là moins l'effet d'une compensation – annoncée lors de chaque libéralisation du régime des effets des jugements étrangers – que la preuve d'une incontestable fongibilité ou convergence téléologique des conditions de régularité objectives ».

⁹⁵³ Voir *contra* E. AGOSTINI, « L'exequatur, capilotade ou peau de chagrin », *D.* 2008, p. 1110.

autres à l'aide d'un critère adéquat de sélection : un seul suffit, s'il est bon ; dix sont inutiles si le bon n'est pas parmi eux »⁹⁵⁴. La conformité à l'ordre public international nous semble être ce critère adéquat car il est directement tendu vers la protection de la conception française de l'intérêt général. Or, étant donnée l'utilité de l'universalisation des situations juridiques pour les intérêts particuliers, il est nécessaire que les décisions étrangères soient facilement reconnues en France et qu'il n'y soit fait échec que lorsque la sauvegarde d'intérêts supérieurs l'exige.

La réduction des critères de la régularité internationale des décisions étrangères ne constitue cependant un facteur important d'universalisation des situations juridiques individuelles que si elle ne s'accompagne pas d'un renforcement des modalités d'appréciation des conditions subsistantes. Concernant les décisions émanant d'Etats tiers à la Communauté européenne, un tel renforcement du contrôle a parfois lieu. C'est la raison pour laquelle on peut estimer que la diminution des obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques individuelles n'est, au niveau mondial, que relative.

B- Le renforcement du contrôle opéré

525. Pour un certain nombre d'auteurs, la réduction du nombre des conditions de régularité internationale des décisions étrangères doit avoir pour conséquence directe le renforcement du contrôle opéré par le juge français requis à propos de celles qui ont été maintenues⁹⁵⁵. C'est ainsi, par exemple, qu'au lendemain de l'abandon du privilège indirect de juridiction⁹⁵⁶, M. AUDIT prévoyait un affermissement du contrôle du critère du lien caractérisé et de la condition d'absence de contrariété à l'ordre public⁹⁵⁷. De même, dans leur

⁹⁵⁴ Ouvrage précité, n° 365.

⁹⁵⁵ Voir P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 365.

⁹⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère} 23 mai 2006, *Prieur*, précité.

⁹⁵⁷ B. AUDIT, « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à lettre de l'article 15 du Code civil », *D.* 2006, chron. p. 1846, spéc. n° 18 : « Le poids à accorder à la nationalité des parties relativement à la compétence juridictionnelle va maintenant devoir être évalué et précisé, étant entendu qu'il sera nécessairement plus grand en matière personnelle et patrimoniale. Le critère formulé par l'arrêt *Simitch* n'est cependant peut-être pas suffisamment exigeant, en ce qu'un lien « caractérisé » peut être malgré tout moins significatif que d'autres ; aussi, dans la perspective d'une meilleure protection des défendeurs, est-il envisageable de ne pas reconnaître la compétence étrangère lorsque la situation présentait des liens manifestement prépondérants avec la France » et n° 21 et s. : « Selon la conception classique, l'appréciation de l'ordre public de fond était indépendante de la nationalité des parties. Dans la théorie et la pratique modernes, il est admis que cette appréciation soit portée en fonction des liens de la situation avec l'ordre juridique français : l'on parle d'ordre public « de proximité ». La présence d'une partie française est donc de nature à influencer sur elle, comme le montre effectivement la jurisprudence en cas d'action en France soumise à une loi étrangère selon la règle de conflit applicable.

note consacrée à l'arrêt *Cornelissen*⁹⁵⁸, MM. D'AVOUT et BOLLEE, pronostiquaient que l'abandon du contrôle de la loi appliquée devrait nécessairement entraîner un renforcement du contrôle de la conformité à l'ordre public international français. Selon ces auteurs, la proximité du litige avec l'ordre juridique français devrait en effet être prise en compte dans l'appréciation de la condition de conformité à l'ordre public afin de « maintenir une ligne de défense suffisante »⁹⁵⁹ malgré l'abandon de la troisième condition posée par l'arrêt *Munzer*. En d'autres termes, il conviendrait de modifier, dans le sens d'une plus grande sévérité, la théorie classique de l'effet atténué qui permettait de limiter le jeu de l'exception d'ordre public et par conséquent de reconnaître plus facilement les décisions rendues à l'étranger.

S'il est trop tôt pour se prononcer sur le bien-fondé de ces prévisions, il est revanche possible d'émettre quelques réserves quant à la logique du raisonnement suivi. Les auteurs qui prédisent, comme conséquence de disparition de certains chefs de contrôle, le renforcement de ceux qui sont maintenus, retiennent, à la base du raisonnement, un postulat de départ contestable. A leurs yeux, « la force globale de nos défenses »⁹⁶⁰ doit nécessairement demeurer intacte ce qui justifierait que l'abandon d'une condition de régularité se répercute sur les modalités d'appréciation des autres. Il nous semble au contraire que lorsque la Cour de cassation décide de faire disparaître un motif de non-reconnaissance des décisions étrangères, c'est justement parce qu'elle estime que celui-ci était inopportun et peu pertinent. Son but

S'agissant ici par hypothèse de reconnaissance d'une décision rendue à l'étranger, et donc susceptible de n'intervenir qu'avec un effet « atténué », il suffira, en présence d'un défenseur français et si cela paraît justifié, de lui laisser produire son plein effet pour rejeter la décision. L'appréciation circonstanciée de la condition permettra ainsi, dans de nombreux cas, d'assurer effectivement la protection que cesse d'offrir l'article 15. Il en est de même de la confrontation à l'ordre public de la procédure suivie à l'étranger. (...) Qu'il s'agisse de fond ou de procédure, (...) le caractère potentiellement embarrassant du recours à l'ordre public à l'encontre d'une décision étrangère était parfois invoqué en faveur du maintien du privilège indirect de juridiction. Sa disparition va effectivement se traduire par un usage plus fréquent de ce moyen, obligeant à détailler le ou les griefs adressés à un jugement étranger pour lui refuser effet en France ». On notera d'ailleurs que l'auteur prévoyait également un renforcement et un maintien durable de la condition selon laquelle le juge étranger devait appliquer la loi compétente selon le règlement français du conflit de lois, voir n° 19 : « Il reste néanmoins que la condition examinée permettrait de sanctionner l'application d'une loi dénuée de lien avec la situation, telle que la pratique en a donné des exemples ; de sorte que, en définitive, un effet de l'arrêt *Prieur* pourrait être d'éloigner la perspective de voir cette condition abandonnée ». Ce pressentiment n'a cependant pas été confirmé par le droit positif puisque, moins d'un an après l'arrêt *Prieur*, la Cour de cassation a abandonné le contrôle de la loi appliquée dans l'arrêt *Cornelissen*.

⁹⁵⁸ Précité.

⁹⁵⁹ L. D'AVOUT et S. BOLLEE, note sous Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 2007, précitée, p. 1118 : « Afin de maintenir une ligne de défense suffisante, une autre voie pourra consister à confier un rôle plus vaste aux chefs de contrôle subsistants, dont le présent arrêt n'a pas cru devoir redessiner les fonctions. On songe naturellement à l'ordre public, singulièrement en matière de statut personnel, où les tribunaux continueront à assurer une prépondérance ponctuelle des solutions de la loi française, dans le cas où la nationalité ou le domicile attacheront la situation à la France. En somme, certaines des solutions qui s'imposaient jusqu'ici par le canal du contrôle de la loi appliquée emprunteront désormais, vraisemblablement, celui de l'ordre public de proximité ». Voir dans le même sens : B. ANCEL et H. MUIR. WATT, note sous Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 2007, précité, spéc. n° 20.

⁹⁶⁰ P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 365.

n'est pas de déplacer le contrôle sur les autres critères de régularité, mais de permettre la reconnaissance de décisions étrangères qui, jusque là, ne pouvaient accéder à la normativité dans le for alors qu'aucun motif d'intérêt général ne s'y opposait. Il n'est ainsi pas certain, si la Cour de cassation va jusqu'au bout de sa logique, que la réduction sensible du nombre des conditions de régularité internationale des décisions étrangères se traduise nécessairement par un renforcement du contrôle des critères subsistants.

526. Ce qui est en revanche avéré, c'est l'influence exercée par le droit communautaire sur les modalités d'appréciation de la condition, désormais cruciale, de conformité à l'ordre public international. Si, dans les relations intracommunautaires, cette influence se traduit par une limitation du jeu des réserves nationales d'ordre public⁹⁶¹, elle se manifeste au contraire, lorsque les décisions émanent d'Etats tiers, par un renforcement de celui-ci.

En effet, comme l'indique Mme POILLOT-PERUZZETTO, la Cour de justice des Communautés européennes se sert de la « fonctionnalité » des mécanismes nationaux d'exception afin de garantir le respect des normes fondamentales communautaires et d'assurer la réalisation des objectifs énoncés dans le Traité⁹⁶². En d'autres termes, « les valeurs de référence peuvent être désormais, non seulement celles de la société nationale ou internationale, mais aussi celles de l'ordre juridique communautaire »⁹⁶³. Ces valeurs communautaires qui intègrent les notions nationales d'ordre public sont, le plus souvent, celles contenues dans les lois de police d'origine communautaire. Rappelons en effet que dans certaines hypothèses, la Cour de justice des Communautés européennes a décidé que des règles issues du droit communautaire primaire ou dérivé étaient applicables quelle que soit la loi applicable au rapport juridique en cause⁹⁶⁴.

En présence d'une décision émanant d'un Etat membre, ce prolongement communautaire des concepts nationaux d'ordre public⁹⁶⁵ est largement compensé par le fait que la Cour de justice limite le jeu des mécanismes d'éviction des jugements étrangers. Ainsi, envisagée de manière globale, la jurisprudence de la Cour de cassation n'engendre pas d'obstacles

⁹⁶¹ Voir *supra* n° 516 et s.

⁹⁶² « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 2002-2004, p. 65 et « L'ordre public international et le droit communautaire – A propos de l'arrêt de la Cour de justice des communautés du 1^{er} juin 1999 (affaire *Eco Swiss China Time Ltd*) », *JDI* 2000, p. 299.

⁹⁶³ M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, précité, p. 32, spéc. n° 45.

⁹⁶⁴ Voir notamment CJCE 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, *Rec.* 2000, p. I-9305 ; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. IDOT ; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET à propos des règles protectrices de l'agent commercial posées par la directive du 18 décembre 1986.

⁹⁶⁵ S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », précité.

supplémentaires à la reconnaissance indirecte des situations juridiques. Au demeurant, on notera que s'agissant d'une autorité publique appartenant à un Etat membre, le juge d'origine est normalement tenu de respecter le droit communautaire et tout particulièrement les dispositions considérées comme spécialement impératives. Dans les rares hypothèses où il ne le ferait pas d'office, il apparaît logique que l'Etat membre requis ait recours à l'exception d'ordre public afin de protéger les valeurs portées par les lois de police communautaires. Le refus de reconnaissance de la décision étrangère n'est, dans cette hypothèse, que la sanction logique de la violation, par l'Etat membre d'origine, de la supériorité hiérarchique du droit communautaire et du non-respect de ses engagements à l'égard des autres Etats membres.

Il n'en va en revanche pas de même s'agissant de décisions rendues par des juridictions appartenant à des Etats tiers à la Communauté européenne. Le système issu de la Convention de Bruxelles n'étant pas applicable, la Cour de justice n'exerce aucune limitation sur le jeu des mécanismes nationaux d'éviction fondés sur l'ordre public. En revanche, elle exige parfois des juridictions des Etats membres qu'elles aient recours à l'exception d'ordre public afin de faire échec à la reconnaissance de jugements étrangers qui contreviendraient aux lois de police d'origine communautaire⁹⁶⁶. Il est en effet à noter que le domaine d'application des lois de police communautaires s'étend bien souvent au-delà des frontières de l'espace judiciaire commun. Si cela s'avère nécessaire pour la réalisation d'un objectif du Traité, elles peuvent trouver application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté⁹⁶⁷. Il est ainsi à craindre que l'enrichissement progressif du catalogue des lois de police par le droit communautaire produise, dans le futur, de nouveaux obstacles à la reconnaissance indirecte de situations juridiques consacrées par des décisions émanant d'Etats tiers à la Communauté. En effet, n'y étant pas soumis, il est peu probable que les juges

⁹⁶⁶ Voir par exemple CJCE 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec.* 1999, p. I-3055. Dans cette affaire, la Cour de justice, saisie à titre préjudiciel, a enjoint les juges néerlandais d'annuler, sur le fondement d'une contrariété à l'ordre public, une sentence arbitrale rendue en violation des règles communautaires de concurrence de l'article 81§1 du Traité : « dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure interne, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 81, paragraphe 1, TCE ». Le fait qu'il s'agisse, en l'espèce, d'une sentence arbitrale et non d'un jugement étranger ne change pas les données du problème. En effet, au stade de la compétence indirecte, les sentences arbitrales sont, du point de vue du for, assimilées à des jugements étrangers émanant d'Etats tiers. Voir S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'ordre public international et le droit communautaire – A propos de l'arrêt de la Cour de justice des communautés du 1^{er} juin 1999 (affaire *Eco Swiss China Time Ltd*) », précité, spéc. p. 302 : « Qu'en l'espèce, il s'agisse d'annuler une sentence et non de ne pas faire produire d'effet à un jugement, ne modifie pas l'identité de la fonction, ce sont tout au plus les modalités procédurales qui sont différentes, et qui le sont du fait de la différence de nature entre un jugement et une sentence ».

⁹⁶⁷ Voir par exemple CJCE 9 nov. 2000, *Ingmar*, précité.

étrangers appliquent spontanément les dispositions communautaires considérées comme spécialement impératives.

Il est possible de considérer qu'en prolongeant les contenus nationaux de l'ordre public, la Communauté ne fait que remplir la mission qui lui a été confiée. En effet, en adhérant à cette organisation régionale, les Etats membres ont souhaité que celle-ci prenne en charge la protection d'une conception commune de l'intérêt général définie dans le Traité. Il peut ainsi apparaître normal que la Communauté exige des Etats membres qu'ils aient recours à leurs mécanismes d'exception afin que la réalisation des objectifs fondamentaux prédéterminés dans le Traité soit assurée. On notera cependant que dans les hypothèses décrites l'utilisation des réserves nationales d'ordre public imposée par la Cour de justice n'a pas pour but de protéger des valeurs considérées comme universelles mais de garantir l'intégration juridique et économique au niveau régional. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'imposer une certaine conception de la justice des relations entre personnes privées mais d'assurer la bonne marche de la construction européenne en évitant qu'elle ne soit perturbée par des décisions venues de l'extérieur susceptibles de l'affecter. Ainsi, on constate une fois de plus qu'aux yeux de la Communauté, et par conséquent des Etats membres qui la composent, la création d'un « universalisme régional » constitue une priorité telle qu'elle justifie que soit sacrifiée la perspective d'une universalisation de plus grande ampleur géographique.

527. Si l'on met à part ce phénomène ponctuel de régionalisation du droit, force est cependant d'admettre que l'ordre juridique français a pris conscience de l'utilité de l'universalisation des situations juridiques individuelles. En réduisant sensiblement les obstacles à la reconnaissance des décisions étrangères, le for adopte en effet une attitude qui favorise largement ce processus. Un « équilibre entre les exigences de l'intérêt général pris en charge par l'ordre juridique français et la considération due aux intérêts privés affrontés à la pluralité des ordres juridiques » semble ainsi avoir été trouvé⁹⁶⁸. C'est ce qui nous fait penser que, lorsqu'il se concrétise par la reconnaissance dans le for de décisions étrangères, le processus d'universalisation des situations juridiques n'est pas loin d'avoir atteint son degré maximal. Il convient en effet de garder à l'esprit que le processus d'universalisation du droit n'a qu'une valeur fonctionnelle et que cette fonctionnalité doit être perçue de manière globale. Le fait que les normes individuelles étrangères personnellement adressées aux individus constituent pour eux des bases de prévisions très importantes ne saurait par conséquent

⁹⁶⁸ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts* n° 41.

justifier la transgression de la conception française de l'intérêt général par la reconnaissance inconditionnelle des décisions étrangères.

528. Cela ne signifie pas pour autant que l'universalisation des situations juridiques individuelles, appréhendée sous l'angle de la reconnaissance de celles-ci dans l'ordre du for, ne puisse, de manière générale, encore progresser. Contrairement à la reconnaissance des décisions étrangères qui se rapproche de son point culminant, la reconnaissance directe des situations juridiques individuelles constituées à l'étranger n'en est qu'à ses balbutiements. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le simple fait de raisonner en termes de reconnaissance constitue, dans cette deuxième hypothèse, un net progrès dans la voie de l'universalisation des situations juridiques individuelles. A nos yeux, ce décalage qui existe entre les degrés respectifs d'aboutissement de ces deux formes de reconnaissance des situations juridiques individuelles s'explique par leurs utilités distinctes.

La reconnaissance indirecte des situations juridiques n'a pas seulement une fonction subsidiaire par rapport à l'universalisation des règles générales. Elle a également une fonction complémentaire⁹⁶⁹ et par conséquent une utilité propre. C'est pourquoi l'ordre juridique français s'est très tôt efforcé de diminuer les obstacles à la réception des décisions étrangères dans l'ordre du for.

La reconnaissance directe des situations juridiques individuelles n'a, quant à elle, qu'une fonction subsidiaire par rapport à l'universalisation des règles générales. Elle permet en effet seulement d'accepter qu'une situation juridique, déduite d'une loi dont l'application a été cristallisée à l'étranger et qui n'est pas celle que notre système conflictuel désigne, produise ses effets dans l'ordre du for⁹⁷⁰. Ainsi, aussi longtemps qu'existait l'espoir – largement entretenu par les doctrines universalistes du XIX^e siècle – d'un rapprochement entre les différentes règles de conflit de lois, l'ordre juridique français n'a pas jugé nécessaire de mettre en œuvre cette forme d'universalisation du droit. Il fallut attendre que l'unification générale des systèmes conflictuels apparaisse, aux yeux de tous, difficile à réaliser dans un avenir proche pour que l'ordre juridique français songe à pallier l'impossibilité d'un universalisme abstrait, basée sur les règles générales, par un universalisme concret, centré sur les situations juridiques individuelles. Il en résulte une extension récente du domaine de la reconnaissance. En effet, cette méthode de coordination des ordres juridiques ne permet plus seulement de

⁹⁶⁹ Voir *supra* n° 383 et 384.

⁹⁷⁰ Voir *supra* n° 382.

recevoir, dans l'ordre du for, les normes individuelles issues des décisions étrangères. Elle favorise également l'universalisation de situations juridiques étrangères directement déduites de règles générales.

Section 2. Les avancées de la reconnaissance directe des situations juridiques étrangères

529. La possibilité de reconnaître directement des situations juridiques constituées à l'étranger est une question qui fait depuis peu l'objet d'un vif intérêt de la part de la doctrine⁹⁷¹. Celui-ci a été suscité par une tendance actuelle du droit positif qui consiste à permettre que des situations juridiques constituées à l'étranger soient directement admises à produire leurs effets dans l'ordre du for alors qu'elles n'auraient pu l'être en vertu des solutions traditionnelles de droit international privé. Si les auteurs expliquent cette évolution avec des arguments de technique juridique qui divergent, la plupart d'entre eux s'accordent à dire qu'elle annonce un profond « renouvellement des principes méthodologiques »⁹⁷². Une telle conclusion se base cependant davantage sur des éléments de droit prospectif que sur une stricte analyse du droit positif français. Lorsque l'on s'attache, comme c'est le cas dans le cadre de cette démonstration, à étudier la manière dont l'ordre juridique français met concrètement en œuvre le processus d'universalisation des situations juridiques par le biais de la reconnaissance directe de celles-ci, il est difficile de percevoir une véritable révolution méthodologique. En dehors du domaine des normes décisionnelles, le recours à la méthode de la reconnaissance demeure en effet assez exceptionnel. Ce n'est qu'occasionnellement et dans des circonstances bien particulières que l'ordre juridique français, afin d'assurer la continuité de traitement des relations entre personnes privées, accepte de prendre directement en

⁹⁷¹ Voir principalement en langue française P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelZ.* 2004, p. 225 et « Rapport de synthèse », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, précité, p. 283 ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité et « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », précité, spéc. n° 328 et s. ; G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité – Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 457 ; S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 307 ; A. QINONES ESCAMEZ, « Proposition pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 357 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, précité, n° 24, 238, 581, 582 et 618

⁹⁷² S. BOLLEE, article précité, n° 7.

considération l'état de droit constitué à l'étranger. Ainsi, en l'état actuel du droit positif, la reconnaissance directe des situations juridiques individuelles n'apparaît pas comme une méthode principale de coordination des ordres juridiques. Elle constitue, à l'image de la réserve d'ordre public, un mécanisme qui fait exception au jeu normal des règles de droit international privé du for lorsque le résultat concret de l'application de celles-ci apparaît particulièrement inopportun. Si ces deux clauses échappatoires entretiennent des ressemblances notoires quant à leur fonctionnement technique, elles ne poursuivent en revanche pas la même finalité.

L'exception d'ordre public a pour but d'empêcher qu'une norme étrangère, générale ou décisionnelle, soit appliquée ou reconnue par le juge du for en raison de son contenu ou de son mode d'élaboration contraire à nos conceptions fondamentales.

Avec l'« exception de reconnaissance », il s'agit de permettre à une situation juridique constituée à l'étranger de produire ses effets en France alors même qu'elle est déduite d'une règle générale incompétente ou d'une norme décisionnelle dépourvue de validité aux yeux du for. Cette mise à l'écart ponctuelle des solutions usuelles du for n'a pas pour finalité principale de protéger les valeurs jugées intangibles. Même si, dans certaines circonstances, il peut s'avérer utile pour la défense de la conception française de l'intérêt général, le recours à l'exception de reconnaissance sert essentiellement à protéger la confiance légitime de particuliers victimes d'une apparence trompeuse de la légalité. En somme, en arrière-fond des manifestations ponctuelles de ce mécanisme se dessine une sorte de « putativité internationale » permettant aux individus de bonne foi d'invoquer devant le for les effets d'une situation juridique découlant d'un acte privé ou juridictionnel *a priori* nul ou irrégulier.

530. Cette « exception de reconnaissance » des situations juridiques constituées à l'étranger n'a pas fait l'objet d'une consécration expresse par le législateur. Son existence se déduit de plusieurs arrêts qui contribuent à amplifier l'universalisation des situations juridiques individuelles en admettant qu'elles puissent directement produire leurs effets en France alors même qu'elles ont été constituées à l'étranger selon une loi incompétente (§2) ou une décision irrégulière (§1) en vertu du droit international privé du for.

§1- L'exception de reconnaissance appliquée à une situation juridique déduite d'une décision étrangère irrégulière

531. Dans l'hypothèse à partir de laquelle on raisonne, le contenu d'une situation juridique a été précisé par une norme individuelle émanant d'une décision étrangère. Ultérieurement, le for est amené, afin de savoir s'il convient de reconnaître l'efficacité substantielle du jugement étranger en France, à se prononcer sur sa régularité internationale. Au regard des conditions de régularité qu'il retient, la décision ne peut accéder à la normativité dans l'ordre du for. Par conséquent, en vertu des règles françaises relatives à la compétence indirecte, la décision étrangère ne peut normalement produire aucun effet lié à sa valeur normative. Il s'ensuit que la situation juridique déductible de la norme décisionnelle étrangère est dépourvue de toute existence aux yeux du for. Si les parties le demandent, le juge français pourra d'ailleurs être amené, au cours d'une instance directe, à créer une nouvelle situation juridique dont le contenu sera défini par le droit matériel désigné par ses règles de conflit de lois.

Cependant, afin d'éviter la création de situations boiteuses et de protéger les attentes légitimes des parties, la jurisprudence a exceptionnellement admis qu'une situation juridique constituée par une décision étrangère considérée comme irrégulière puisse produire ses effets en France. Bien que les conséquences pratiques soient sensiblement les mêmes, il ne s'agit pas, dans ces hypothèses exceptionnelles, d'accorder, par dérogation, à la décision étrangère une valeur normative mais de reconnaître directement la situation juridique qu'elle consacre⁹⁷³.

S'il n'est pas explicitement fait référence à cette exception de reconnaissance directe de la situation juridique constituée à l'étranger, ce mécanisme est pourtant ponctuellement utilisé par la jurisprudence du fait de l'influence exercée par le droit européen des droits de l'homme (A) ou d'un usage détourné de la théorie de l'effet de fait des jugements étrangers (B).

⁹⁷³ Les conséquences sont similaires car la norme issue de la décision a une nature catégorique, concrète et individuelle si bien que la situation juridique des parties est directement déductible de son énoncé, voir *supra* n° 347.

A- L'influence exercée par le droit européen des droits de l'homme

532. La valeur hiérarchique supranationale des exigences posées par la Convention européenne des droits de l'homme peut, dans certains cas concrets, obliger les juridictions françaises à recourir à l'exception de reconnaissance de la situation juridique constituée à l'étranger en dépit de l'irrégularité de la décision de laquelle elle est déduite⁹⁷⁴. S'il en va ainsi c'est parce que le refus de reconnaître à un jugement étranger toute valeur normative est susceptible de constituer, aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, une atteinte à certains droits fondamentaux consacrés par la Convention. Cela ressort nettement d'un arrêt du 28 juin 2007⁹⁷⁵ rendu à propos d'une décision luxembourgeoise refusant l'exequatur d'un jugement péruvien d'adoption.

En l'espèce, une ressortissante luxembourgeoise domiciliée dans l'Etat de sa nationalité souhaitait adopter un enfant étranger. Cependant, étant célibataire, le droit de l'adoption de son pays d'origine ne lui permettait pas d'avoir recours à cette institution. Désirant sans doute passer outre à cette prohibition, elle entreprit, avec l'aide d'une association privée, des démarches au Pérou. Sans que les autorités luxembourgeoises ne soient intervenues, elle obtint dans cet Etat une décision d'adoption plénière d'un enfant péruvien abandonné. De retour dans son pays d'origine, elle saisit les juridictions luxembourgeoises dans le but d'obtenir l'exequatur de la décision d'adoption prononcée au Pérou. En première instance comme en appel, elle fut déboutée aux motifs que le jugement péruvien avait été rendu en violation de la loi normalement applicable selon les règles luxembourgeoises de droit international privé⁹⁷⁶ et qu'il avait été obtenu en fraude à la loi luxembourgeoise. Devant la Cour suprême le pourvoi fut rejeté pour les mêmes raisons. Suite à l'épuisement des voies de recours internes, l'adoptante et l'enfant saisirent la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une violation du droit à la vie privée et familiale au sens de l'article 8 et une atteinte au principe de non discrimination posé à l'article 14. La Cour accueillit doublement la

⁹⁷⁴ Sur la question générale des rapports entre le droit international privé et le droit européen des droits de l'homme voir notamment F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007 et L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, t. 353, 2000.

⁹⁷⁵ CEDH 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, Req. n° 76240/01 ; *D.* 2007, jurisp. p. 1920, obs. J.-F. FLAUSS ; *D.* 2007, jurisp. p. 2700, note F. MARCHADIER ; *JDI* 2008, p. 184, note L. D'AVOUT ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 807, note P. KINSCH.

⁹⁷⁶ Le droit luxembourgeois maintient, comme condition de régularité internationale, le contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine.

requête. Elle estima notamment – et c’est là le point qui nous intéresse à titre principal – que la décision luxembourgeoise était constitutive d’une atteinte à la vie privée et familiale au sens de l’article 8 dans la mesure où le « refus d’exequatur omettait de tenir compte de la réalité sociale de la situation ». Elle reprocha également aux juges luxembourgeois d’avoir « passé outre au statut juridique créé valablement à l’étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l’article 8 de la Convention » avant d’arriver à la conclusion que ceux-ci « ne pouvaient raisonnablement refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient *de facto* entre les requérantes et se dispenser ainsi d’un examen concret de la situation ».

533. Bien que rendu à propos d’une décision luxembourgeoise, cet arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme énonce une solution qui a vocation à s’imposer à l’ensemble des juridictions des Etats membres et plus particulièrement aux tribunaux de l’ordre juridique français. A l’avenir ceux-ci devront veiller, lorsqu’ils seront amenés à statuer sur la régularité internationale d’une décision étrangère, à ne pas porter atteinte à certains droits fondamentaux consacrés par la Convention. Cette obligation à la charge des Etats signataires avait d’ailleurs déjà été pressentie à la suite de l’arrêt *Hussin c/ Belgique*⁹⁷⁷ dans lequel la Cour européenne avait estimé que l’octroi d’une pension alimentaire par les juridictions allemandes constituait un bien au sens de l’article 1^{er} du Protocole n° 1 que l’Etat belge requis se devait de protéger.

Il serait tentant de voir dans cette jurisprudence une extension aux rapports internationaux du droit à l’exécution des jugements que la Cour déduit de l’article 6-1 de la Convention pour les relations internes⁹⁷⁸. Une telle conclusion nous paraît cependant excessive⁹⁷⁹. L’analyse des termes de la décision exposée montre que la Cour n’entend pas faire peser sur les Etats une obligation de reconnaissance de la valeur normative des jugements étrangers. Ce qu’elle impose c’est la reconnaissance directe de la situation juridique individuelle que la décision étrangère a pour objet de consacrer. La preuve en est l’emploi d’expressions telles que « la réalité sociale de la situation », « le statut juridique valablement créé à l’étranger » ou encore « l’examen concret de la situation ». En d’autres termes, il s’agit davantage de reconnaître l’application dans les faits de la norme décisionnelle que la norme elle-même. A première vue, la distinction paraît bien tenue car reconnaître une situation juridique revient quelque part

⁹⁷⁷ CEDH 6 mai 2004, *Hussin c/ Belgique*, Req. n° 70807/01.

⁹⁷⁸ CEDH 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, Req. n° 18357/91 et 31 mai 2005, *Matheus c/ France*, Req. n° 62740/00.

⁹⁷⁹ Voir L. D’AVOUT, note précitée, p. 197.

à reconnaître la base de déduction de laquelle elle est issue⁹⁸⁰. Cela signifie cependant que le refus de reconnaissance ou d'exequatur n'est pas considéré par principe comme une atteinte aux droits fondamentaux consacrés par la Convention⁹⁸¹. Autrement dit, ce ne sont pas les règles nationales relatives à la compétence indirecte, considérées abstraitement, qui sont critiquées par la Cour⁹⁸². Dans le raisonnement de celle-ci, le fait que la modification substantielle du droit des parties ait été suivie d'un changement factuel du contexte familial des intéressés est fondamental. Il est en effet à rappeler que dans cette affaire l'adoptant et l'adopté étaient revenus vivre au Luxembourg où ils étaient, aux yeux de tous, liés par un lien de filiation. La prise en considération de cette situation de « putativité internationale » s'imposait pour éviter que l'enfant, dont les liens étaient rompus avec sa famille d'origine, ne se retrouve sans filiation. Pour la Cour, l'exception de reconnaissance représentait ainsi un moyen adéquat de calquer la réalité juridique sur la réalité sociale. Il ne s'agissait en aucun cas d'imposer à l'Etat une obligation générale de reconnaissance de l'efficacité substantielle des jugements d'adoption étrangers. D'ailleurs, si l'énoncé de la norme décisionnelle étrangère n'avait pas été suivie d'une modification du contexte familial réel de la requérante, la Cour n'aurait certainement pas condamné le refus d'exequatur prononcé par les juridictions luxembourgeoises. Cela démontre encore une fois que la reconnaissance que la Cour européenne impose exceptionnellement aux Etats membres n'a pas pour objet la norme individuelle contenue dans la décision étrangère mais la situation juridique qui en est issue. Cette situation juridique doit être directement reconnue en tant que telle car les individus ont adapté leurs comportements en fonction de celle-ci, générant ainsi une nouvelle réalité sociale qu'il serait particulièrement inopportun d'ignorer.

⁹⁸⁰ On notera cependant qu'en raisonnant ainsi la Cour ne limite pas cette solution aux hypothèses où la situation a été consacrée par une décision. L'accent étant mis sur la reconnaissance directe de la situation juridique, la solution de l'arrêt est susceptible d'être étendue à des situations que des actes publics non-décisionnels ont simplement contribué à créer. En effet, comme l'indique M. KINSCH, note précitée, p. 815 : « (...) la solution de l'arrêt de la Cour européenne semble également de nature à contraindre, dans certains cas du moins, les Etats contractants à reconnaître des situations constituées, sans l'intervention d'une juridiction ou autre instance décisionnelle, en vertu d'une loi autre que celle désignée par les règles de conflit de lois du for. L'arrêt apporte ainsi indirectement une contribution à la discussion actuelle sur l'existence et le champ d'application d'une méthode de la reconnaissance des situations indépendante du jeu des règles de conflit ».

⁹⁸¹ Voir P. KINSCH, note précitée, p. 819 : « En mettant l'accent sur le jeu du principe de proportionnalité, l'arrêt ne formule aucune règle selon laquelle seule la reconnaissance automatique et inconditionnelle d'un jugement étranger en matière de statut personnel serait compatible avec le droit au respect de la vie familiale ».

⁹⁸² D'ailleurs l'ancienne Commission avait déjà énoncé qu'aucune disposition de la Convention « ne garantit, en tant que telle, le droit à ce que des décisions d'une autorité judiciaire étrangère n'obtiennent un effet juridique immédiat dans un ordre juridique donné sans aucune forme de reconnaissance judiciaire dans cet ordre juridique » : Comm. CE 1^{er} juill. 1998, *Akin c/ Pays-Bas*, cité par F. MARCHADIER, note précitée, p. 2702.

534. En définitive, si le droit européen des droits de l'homme contribue à favoriser l'universalisation des situations juridiques individuelles, ce n'est que de manière exceptionnelle. En effet, la prise en considération des droits fondamentaux oblige accidentellement le juge requis à mettre de côté ses règles de compétence indirecte afin de reconnaître directement la situation juridique constituée à l'étranger par une décision judiciaire. Il en va ainsi lorsque, en raison de circonstances particulières, le refus de reconnaissance de l'efficacité substantielle d'un jugement étranger aboutit à un résultat concret incompatible avec un droit garanti par la Convention⁹⁸³. L'universalisation de la situation juridique, rendue possible par la mise en œuvre d'une exception de reconnaissance de celle-ci, constitue alors un moyen d'opérer une synthèse des différents intérêts en jeu. Cela tend encore une fois à démontrer que la satisfaction des intérêts particuliers et de l'intérêt général constitue le but à atteindre alors que l'universalisation du droit n'est que le moyen d'y parvenir.

L'ordre juridique français n'a d'ailleurs pas toujours eu besoin de l'intervention des droits de l'homme pour percevoir cet aspect fonctionnel de l'universalisation des situations juridiques individuelles. Par une utilisation détournée de la théorie de l'effet de fait des jugements étrangers, il a pu reconnaître directement une situation juridique consacrée par une décision étrangère dont il n'aurait pourtant pas forcément admis la valeur normative.

B- L'utilisation détournée de la théorie de l'effet de fait des jugements étrangers

535. Les juges français éprouvent parfois un certain malaise à dénier toute efficacité à un jugement qui a déjà entraîné des conséquences à l'étranger et qui constitue une base de prévision importante pour les parties. Pour éviter cette situation, la Cour de cassation a eu recours, dans un arrêt du 4 octobre 2005⁹⁸⁴, à la théorie de l'effet de fait des jugements étrangers telle qu'elle fut initialement élaborée par BARTIN⁹⁸⁵. L'analyse de l'arrêt montre pourtant que la référence à cette notion n'était pas exempte de critiques. A nos yeux, la Cour de cassation a en réalité mis en œuvre une exception de reconnaissance de la situation

⁹⁸³ Voir L. D'AVOUT, note précitée, p. 198.

⁹⁸⁴ Cass. com. 4 oct. 2005, *JDI* 2006, p. 601, note G. CUNIBERTI ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 407, note H. MUIR WATT ; *D.* 2006, jurisp. p. 2449, note J. SAGOT-DUVAUROUX.

⁹⁸⁵ « Le jugement étranger considéré comme un fait », *JDI* 1924, p. 857.

juridique constituée à l'étranger qu'elle a dissimulée derrière la théorie de l'effet de fait des jugements étrangers.

En l'espèce, une société de lamanage s'était rendu créancière d'un armateur au titre de prestations d'amarrage et de désamarrage. Par la suite, la société propriétaire du navire fit l'objet d'une procédure collective conclue par une décision américaine qui déclara la faillite. En exécution de cette décision, la *Suprem Court of Gibraltar* ordonna la saisie et la vente judiciaire du navire. Deux ans plus tard, le Tribunal de commerce de Marseille autorisa la saisie conservatoire du navire par la société de lamanage au titre de sa créance. C'est alors que le nouvel acquéreur du navire demanda la mainlevée de la saisie au motif que selon la loi française les créances privilégiées s'éteignent en cas de vente en justice du navire. La rétractation de la saisie fut décidée par un arrêt infirmatif de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. La société de lamanage se pourvut en cassation en faisant notamment valoir que l'arrêt d'appel avait ordonné la mainlevée de la saisie sans avoir contrôlé la régularité contestée de la décision opérant le transfert de propriété. Après avis de la première chambre civile, la chambre commerciale, dans son arrêt du 4 octobre 2005, rejeta le pourvoi. Elle estima en effet que le transfert de propriété consécutif au jugement rendu à Gibraltar devait être pris en considération en France « en tant que fait juridique, indépendamment d'une vérification de sa régularité par une procédure de reconnaissance ou d'exequatur ».

Si la solution retenue par la Cour de cassation apparaît opportune d'un point de vue pratique, son fondement juridique est en revanche assez critiquable. En effet, on parle généralement d'effets de fait lorsque est simplement prise en considération l'existence du jugement étranger dans l'application d'une règle matérielle désignée par notre système de conflit de lois. La décision étrangère, même irrégulière, est alors un indice qui sert à s'assurer que la situation de fait est bien celle qui est visée dans le présupposé de la règle substantielle déclarée compétente. Au contraire lorsque l'effet recherché est attaché à la valeur normative du jugement, à son efficacité substantielle, la décision doit nécessairement respecter les conditions de régularité internationale. Il en va ainsi dès qu'il s'agit de tenir compte de « la modification de la situation juridique des parties contenue dans le jugement étranger »⁹⁸⁶. Lorsqu'elle prend en considération le transfert de propriété opéré par la vente judiciaire, la Cour de cassation prolonge en France la modification de la situation des parties telle qu'elle résulte de la décision étrangère. En d'autres termes elle reconnaît au jugement une efficacité substantielle et ne se contente pas de le prendre en considération en tant que fait juridique. En

⁹⁸⁶ H. PEROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, précité, n° 76.

toute rigueur, la régularité de la décision rendue à Gibraltar aurait donc dû être vérifiée par la Cour puisqu'elle était contestée par les requérants.

Si elle ne l'a pas fait c'est parce que cela aurait pu la conduire à invalider le jugement étranger et à nier l'existence de la situation juridique qui en découle, ce qui aurait été, vu les circonstances de l'espèce, particulièrement inopportun. En effet, d'après la loi du 3 janvier 1967 relative au statut des navires, dès l'instant où le transfert de propriété est effectif, une décision de justice n'est pas strictement nécessaire pour admettre l'extinction des privilèges⁹⁸⁷. Or, le nouvel acquéreur était considéré comme le propriétaire incontesté du navire partout ailleurs qu'en France. C'est pourquoi la Cour de cassation a préféré sauter l'étape du contrôle de régularité de la décision sur la base de laquelle la situation juridique s'était constituée pour reconnaître directement celle-ci. En d'autres termes, dans le souci d'assurer l'harmonie internationale des solutions, elle a mis en œuvre, sous couvert de la théorie de l'effet de fait des jugements étrangers, une véritable exception de reconnaissance de la situation juridique constituée à l'étranger.

On ne peut qu'approuver cette volonté de respecter la continuité des situations juridiques au-delà des frontières. Il est en revanche regrettable que la Cour de cassation l'ait fait par un moyen détourné et peu approprié⁹⁸⁸. Cette approche purement téléologique ne peut être totalement approuvée car le respect des principes juridiques représente, à l'évidence, un rempart contre l'arbitraire judiciaire et un gage de sécurité juridique pour les justiciables.

Il ne faudrait cependant pas exagérer la portée de cette décision qui demeure pour l'heure isolée. Dans l'hypothèse décrite, l'exception de reconnaissance a été mise en œuvre de manière anticipée, c'est-à-dire avant que l'irrégularité de la décision étrangère n'ait été constatée par les juridictions françaises. En d'autres termes, c'est la seule potentialité d'un refus de reconnaissance de la valeur normative de la décision étrangère qui a incité la Cour à reconnaître directement la situation juridique qui en résultait. A nos yeux, cela s'explique en partie par la raison suivante : l'exception de reconnaissance n'étant pas encore clairement consacrée par la jurisprudence, la Cour n'a pas pris le risque d'affirmer l'irrégularité de la décision étrangère pour aussitôt après admettre la reconnaissance de la situation juridique qu'elle consacrait. Pour avoir confirmation de l'avènement de ce nouvel outil dans notre droit positif, il faudra attendre que la Cour de cassation prenne ses responsabilités et façonne

⁹⁸⁷ Voir E. FORHER-DEDEURWAERDER, note sous Cass. civ. 1^{ère} 11 juill. 2006, *JDI* 2007, p. 554, spéc. p. 559.

⁹⁸⁸ On remarquera d'ailleurs que dans l'arrêt cité dans la note précédente, la Cour de cassation a également utilisé la théorie de l'effet de fait de manière détournée. Cependant, dans cette espèce ce n'était pas pour faire produire à la décision étrangère des effets attachés à sa valeur normative mais pour reconnaître sa force probante.

explicitement cette exception de reconnaissance de la situation juridique constituée à l'étranger en précisant concrètement ses conditions de mise œuvre.

536. Quoi qu'il en soit, cette décision, comme celle de la Cour européenne des droits de l'homme, démontre que le droit positif prend peu à peu conscience que l'universalisation de la situation juridique peut être un outil efficace pour satisfaire les différents intérêts en jeu lorsque la décision de laquelle elle est déduite ne satisfait pas aux conditions de régularité internationale. Techniquement, cette universalisation ponctuelle est rendue possible par la mise en œuvre d'une clause échappatoire qui permet exceptionnellement de reconnaître directement la situation juridique constituée sur la base de la décision étrangère. Cette exception de reconnaissance ne représente cependant pas seulement un expédient pour contourner l'insuffisance de la reconnaissance indirecte des situations juridiques mise occasionnellement en évidence par un cas manifeste de « putativité internationale ». Elle permet également de pallier l'insuffisance de l'universalisation des règles générales et de reconnaître des situations juridiques déduites de lois normalement incompétentes selon le droit international privé du for.

§2- L'exception de reconnaissance appliquée à une situation juridique déduite d'une loi incompétente

537. Lorsqu'une situation juridique n'a pas été concrétisée par une décision, pourvue, dans l'ordre juridique où elle a été constituée, d'une valeur normative, le for doit normalement mettre en œuvre son système de conflit de lois pour déterminer la loi substantielle qui dictera, au regard des faits, son contenu. Etant donné l'état d'inachèvement de l'universalisation des règles de conflit, il se peut que cette loi ne corresponde pas à celle désignée par le droit international privé d'un ou plusieurs autres ordres juridiques étrangers qui entretiennent pourtant des rapports étroits avec la situation en question. L'intervention du for peut alors avoir pour effet de déjouer les attentes légitimes des parties. Il en va notamment ainsi lorsque l'application au rapport social en cause d'une loi matérielle, différente de celle que le juge français estime compétente, a été préalablement cristallisée à l'étranger. Un

moyen de protéger les intérêts particuliers et de pallier le déficit d'unification des règles de conflit peut alors consister à reconnaître directement la situation juridique constituée à l'étranger⁹⁸⁹. Cette reconnaissance, qui participe au mouvement général d'universalisation des situations juridiques individuelles, a pour effet d'écarter le jeu normal de la règle de conflit du for⁹⁹⁰ afin de reconnaître directement la situation juridique telle qu'elle découle de la loi dont l'application a été cristallisée à l'étranger⁹⁹¹. En d'autres termes cela revient à mettre en œuvre une exception de reconnaissance permettant de prendre en considération la « putativité internationale » d'une situation juridique constituée à l'étranger selon une loi matérielle incompétente en vertu des règles de conflit du for.

Pour un certain nombre d'auteurs, le mécanisme de la reconnaissance directe des situations juridiques jouerait un rôle plus important que celui qu'on lui assigne. Elle ne constituerait plus une simple clause échappatoire mise en œuvre de manière exceptionnelle pour tempérer les incohérences occasionnées, dans certaines circonstances concrètes, par le contexte particulariste, mais une véritable méthode de coordination des ordres juridiques destinée à étendre son champ d'action⁹⁹². Cette vision se trouve cependant démentie par le droit positif. On se rend en effet compte que ce n'est qu'exceptionnellement et au cas concret que l'ordre juridique français accepte d'écarter l'application de son système conflictuel pour reconnaître directement des situations juridiques constituées à l'étranger. De plus, d'un point de vue prospectif, il n'est pas certain que la généralisation de cette méthode permette une meilleure réalisation des objectifs poursuivis, de manière générale, par le processus d'universalisation du droit. C'est pourquoi, étant donnée la seule valeur fonctionnelle de

⁹⁸⁹ Pour plus de détails voir *supra* n° 375 et s.

⁹⁹⁰ Voir P. LAGARDE, « La reconnaissance mode d'emploi », précité, n° 12 : « Elle (la reconnaissance) s'énoncerait en termes simples : la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger en application de la loi reconnue applicable dans l'Etat où elle a été créée n'est pas subordonnée à la conformité de cette situation à la loi qu'aurait désignée le système de droit international privé de l'Etat de reconnaissance ».

⁹⁹¹ Comp. S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », article précité, qui estime que lorsque l'on se situe en dehors du domaine de la compétence indirecte, l'objet de la reconnaissance ne peut être que les règles étrangères elles-mêmes par lesquelles l'ordre juridique étranger définit le contenu de la situation. A nos yeux, il ne peut en être ainsi car on ne voit pas bien la différence qu'il peut y avoir entre reconnaître une règle étrangère et édicter une règle de conflit. C'est pourquoi nous pensons que l'objet de la reconnaissance n'est pas les règles elles-mêmes, mais le résultat de leur application dans un cas concret, c'est-à-dire la situation juridique. Le fait que ce résultat ne soit, étant donnée l'absence de norme décisionnelle, que virtuel n'empêche pas de raisonner en termes de reconnaissance car le point de vue concret de l'ordre juridique étranger est identifiable puisqu'il a été cristallisé. Voir dans le même sens P. MAYER, « Le phénomène de coordination entre les ordres juridiques », précité, n° 337 : « Le point de vue cristallisé est alors dans un état intermédiaire entre un simple point de vue virtuel et un point de vue formalisé dans une norme concrète. Le juge qui veut s'y référer utilise une méthode que je me propose d'appeler méthode de la reconnaissance des situations ».

⁹⁹² Voir notamment G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité – Développements récents en matière d'état des personnes », précité et S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », précité.

celui-ci, il nous semble que cette forme d'universalisation des situations juridiques individuelles doit demeurer un instrument d'appoint destiné à compenser ponctuellement l'insuffisante unification des règles de conflit de lois.

C'est ce que nous tenterons de démontrer en envisageant dans un premier temps le cas des situations cristallisées à l'étranger par l'effet du temps (A) pour, dans un second temps, s'intéresser à celui de celles qui l'ont été par un acte public non décisionnel (B).

A- La reconnaissance exceptionnelle de situations cristallisées à l'étranger par l'effet du temps

538. Lorsque aucune décision n'est intervenue pour fixer, au regard de la configuration du rapport social en cause, les droits des parties, le for déduit normalement directement le contenu de la situation juridique du droit matériel désigné par sa règle de conflit de lois. Il se peut cependant que, préalablement à son intervention, le rapport se soit développé pendant une certaine durée au sein d'un seul et même ordre juridique étranger qui, de ce fait, a exercé son emprise sur la relation en cause. Il s'ensuit que, dans l'esprit des parties, c'est sur la base du droit matériel reconnu compétent par cet ordre juridique que le contenu de la situation juridique doit être déduit. Aussi, dès lors que le droit matériel désigné par la règle de conflit du for ne correspond pas à celui sur la base duquel la situation juridique s'est cristallisée, la saisine tardive, voire accidentelle, du juge français peut avoir pour effet de déjouer les attentes légitimes des parties. C'est pourquoi, afin d'éviter de remettre en cause une situation par laquelle il n'est qu'incidemment concerné et qui existe déjà depuis longtemps à l'étranger, le juge français accepte exceptionnellement de déroger à ses solutions normales de conflit de lois. En d'autres termes, il permet aux parties de se prévaloir du caractère putatif de la situation juridique cristallisée à l'étranger par l'effet du temps.

L'effacement exceptionnel de la règle de conflit du for dans ces hypothèses dites de « conflit de systèmes dans le temps »⁹⁹³, a été expliqué de différentes manières par la doctrine. Il a été soutenu qu'il existerait des règles de conflit à la seconde puissance permettant au for de connaître les circonstances dans lesquelles ses règles de conflit de lois doivent être écartées

⁹⁹³ Voir pour le premier emploi de cette expression Ph. FRANCESKAKIS, note sous CA Paris 7 juill. 1954, *Patiño, Rev. crit. DIP* 1954, p. 553.

au profit des règles de conflit étrangères⁹⁹⁴. Il a également été avancé qu'en présence d'une situation née sans rapport avec le for, la règle de conflit du for doit s'effacer dès lors que les systèmes conflictuels de tous les Etats initialement concernés par le rapport en cause désignent la même loi matérielle⁹⁹⁵.

Aucune de ces explications n'apparaît réellement satisfaisante pour expliquer le retrait occasionnel de la règle de conflit du for. Alors que la première souffre d'une incohérence logique⁹⁹⁶, la seconde ne permet pas d'expliquer l'ensemble des hypothèses recensées en jurisprudence^{997 998}.

C'est la raison pour laquelle une troisième explication, approuvée de manière générale par la doctrine⁹⁹⁹, a été proposée. Celle-ci ne cherche plus à désigner, dans l'abstrait et de manière neutre, une loi matérielle destinée à se substituer à celle normalement compétente en vertu de la règle de conflit du for. Elle s'attache simplement à trouver des principes de solutions permettant de parvenir au résultat souhaité : le maintien de la situation juridique cristallisée à l'étranger. Ainsi, selon son auteur, « doivent être considérées comme régulièrement acquis les droits nés dans le cadre de situations qui se sont constituées à l'étranger et y ont produit leurs effets, malgré la solution contraire à laquelle conduirait l'application de la règle de conflit du for, dès lors que sur la base de l'apparence créée par l'applicabilité d'un droit étranger qui se révèle être par la suite incompetent, les parties ont cependant pu croire légitimement à la réalité juridique des droits dont elles étaient en apparence titulaires, à la régularité juridique d'une situation qui paraissait s'être régulièrement constituée »¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁴ Voir P. GRAULICH, *Principes de droit international privé ; conflits de lois, conflits de juridictions*, Dalloz, 1961, n° 233.

⁹⁹⁵ Voir notamment MEIJERS, « La question du renvoi », *Bull. Inst. Jurid. Internat.* 1938, p. 191.

⁹⁹⁶ En effet, comme l'indiquent MM. MAYER et HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 234 « S'il existe un conflit entre les règles de conflit à la première puissance, pourquoi n'en existerait-il pas un aussi entre les règles de conflit à la deuxième puissance ? Le caractère automatique du raisonnement conduit inéluctablement à l'admettre. Une règle de conflit à la troisième puissance est donc nécessaire pour les départager. Mais à son tour, elle entre en conflit avec des règles étrangères de conflit à la troisième puissance et ainsi de suite... On est conduit à une *regressio in infinitum* ».

⁹⁹⁷ Voir notamment CA Rabat 24 oct. 1950, *Machet*, *Rev. crit. DIP* 1952, p. 89, note Ph. FRANCESCOAKIS ; *JDI* 1951, p. 898, note B. GOLDMAN ; *Grands arrêts* n° 23.

⁹⁹⁸ Pour une critique détaillée de ces théories voir notamment B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts* n° 23, spéc. § 5 et s. et M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Dalloz, 2005, n° 71 et s.

⁹⁹⁹ Voir notamment B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, § 10 : « En tentant de remédier aux conséquences néfastes de l'application mécanique de la règle de conflit du for, non par l'introduction d'une nouvelle règle de conflit abstraite mais par celle d'une règle matérielle qui intègre les considérations concrètes et psychologiques rendant nécessaires ces ajustements, l'approche choisie par Mme BACHELIER paraît bien réaliser « une adéquation étroite entre les fins poursuivies et les moyens utilisés » ».

¹⁰⁰⁰ M.-N. JOBARD-BACHELIER, *L'apparence en droit international privé*, précité, p. 95, n° 131-2 et déjà dans le même sens E. AGOSTINI, *L'applicabilité des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse dactyl., Bordeaux, 1975, n° 324 et s.

Dès lors que l'on adopte ce raisonnement, il ne s'agit plus de désigner une « règle substantielle de remplacement » permettant de valider la situation, mais de reconnaître directement la situation juridique constituée à l'étranger sur la base du droit matériel correspondant aux attentes légitimes des parties. En d'autres termes, la prise en compte de l'apparence de la validité de la situation juridique, ou autrement dit de sa « putativité internationale », justifie la mise en œuvre d'une exception de reconnaissance. Ceci n'a d'ailleurs rien d'étonnant car la théorie de l'apparence constitue, de manière générale, une exception à l'application mécanique de la règle de droit destinée à assurer « le respect des finalités du système juridique »¹⁰⁰¹. Ici c'est bien de cela dont il s'agit puisque l'effacement de la règle de conflit a pour but de respecter les attentes légitimes des parties et donc de satisfaire les intérêts particuliers.

Il n'en demeure pas moins que l'exception de reconnaissance de la situation juridique cristallisée à l'étranger par l'effet du temps, ne peut constituer qu'un instrument d'appoint destiné à pallier occasionnellement le déficit d'universalisation des règles générales. Elle ne doit être mise en œuvre que dans des circonstances extrêmes dans lesquelles la bonne foi et la légitimité de la croyance des parties ne font aucun doute. Ces éléments subjectifs doivent découler de manière naturelle d'éléments objectifs tels que le caractère particulièrement inopiné de la saisine du for ou encore la durée très importante pendant laquelle la situation s'est développée à l'étranger.

A ne pas s'en tenir à ces hypothèses spécialement explicites, on risquerait de faire perdre à l'universalisation des situations juridiques, ici réalisée par la reconnaissance de celles-ci dans l'ordre du for, son caractère fonctionnel et par conséquent sa seule raison d'être. D'une part, la prévisibilité des solutions ne serait plus assurée car la recherche, toujours aléatoire, d'éléments psychologiques générerait de nouvelles incertitudes. D'autre part, une appréciation trop souple de l'apparence pourrait mettre en danger l'autorité des lois en offrant aux parties la possibilité d'obtenir à l'étranger ce qu'elles n'auraient pu obtenir en considération du droit matériel désigné par la règle de conflit du for.

C'est certainement ce qui explique la rareté des décisions dans lesquelles les juges ont accepté d'écarter l'application de la règle de conflit du for pour reconnaître directement la situation juridique cristallisée à l'étranger par l'effet du temps. D'ailleurs, dans la plupart des

¹⁰⁰¹ J. GHESTIN, G. GOUBEUX avec la participation de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, précité, n° 839.

cas recensés dans la jurisprudence française¹⁰⁰² ou étrangère¹⁰⁰³, des décisions étaient intervenues à l'étranger pour fixer le contenu exact des situations juridiques. Etant adressées personnellement aux individus, ces décisions étrangères constituaient, pour les parties, des bases de prévisions importantes et par conséquent un indice précieux pour reconnaître le caractère légitime de leurs croyances erronées. Pour autant, il ne faut pas en déduire que l'exception de reconnaissance ne saurait être appliquée qu'en présence d'une décision étrangère irrégulière. En effet, à l'époque où ces arrêts relatifs au problème des conflits de systèmes dans le temps furent rendus, le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger s'imposait toujours au juge requis. Ainsi, l'exception de reconnaissance, fondée sur la théorie de l'apparence, constituait un moyen d'écarter ponctuellement l'application de la règle de conflit de lois du for. De ce fait, techniquement rien ne s'opposait à ce qu'elle soit également mise en œuvre au profit de situations juridiques constituées *ex lege* et cristallisées à l'étranger par l'effet du temps¹⁰⁰⁴. Depuis l'abandon du contrôle de la loi appliquée dans le cadre de la compétence indirecte¹⁰⁰⁵, il s'agit même du seul cas où le problème des conflits de systèmes dans le temps est susceptible de se poser. C'est pourquoi nous avons choisi de traiter de la question du conflit de systèmes dans le temps dans ce paragraphe et non dans le précédent.

539. En définitive, en présence d'une situation juridique cristallisée à l'étranger par l'effet du temps, la mise en œuvre d'une exception de reconnaissance permet parfois d'améliorer la prévisibilité du droit dans l'ordre international et de protéger les intérêts des particuliers. Ce n'est cependant que lorsque l'on se trouve dans une hypothèse flagrante de « putativité internationale » que l'ordre juridique français accepte d'écarter l'application de son système conflictuel pour reconnaître directement les situations juridiques constituées à l'étranger. On ne peut qu'approuver cette retenue car la généralisation d'une telle attitude irait certainement à l'encontre des objectifs poursuivis, de manière générale, par le processus d'universalisation. L'universalisation des situations juridiques individuelles, réalisée par la reconnaissance directe de celles-ci dans l'ordre du for, doit ainsi demeurer un instrument d'appoint permettant, dans des circonstances bien particulières, de pallier les inconvénients causés par la

¹⁰⁰² Voir notamment Paris 7 juill. 1954, *Patiño*, *Rev. crit. DIP* 1954, p. 553, note Ph. FRANCESKAKIS et 19 mars 1965, *Banque ottomane*, *JDI* 1966, p. 118, note B. GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 85, note P. LAGARDE.

¹⁰⁰³ Voir CA Ontario, 4 nov. 1963, *Schwebel v. Ungar*, *Rev. crit. DIP* 1954, p. 552, note W. WENGLER.

¹⁰⁰⁴ Voir par exemple CA Rabat 24 oct. 1950, *Machet*, précité.

¹⁰⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 2007, *Cornelissen*, précité.

diversité des règles générales. Ceci est d'ailleurs vrai qu'il s'agisse de situations juridiques cristallisées à l'étranger par l'effet du temps ou par un acte public étranger non décisionnel.

B- La reconnaissance exceptionnelle de situations cristallisées à l'étranger par des actes publics non décisionnels

540. L'intervention d'une autorité publique n'a pas toujours pour effet de produire une nouvelle norme décisionnelle sur la base de laquelle le contenu de la situation juridique des parties sera déduit. Parfois, l'autorité étrangère « se contente d'accomplir une formalité qui participe à une modification de l'état de droit par l'intermédiaire d'une règle de droit »¹⁰⁰⁶. L'acte public qui en résulte constitue alors simplement une condition de la validité formelle ou de l'opposabilité d'un acte juridique privé. Il en va notamment ainsi de l'immatriculation d'une société, de l'enregistrement d'un partenariat ou encore de la célébration d'un mariage par un officier public¹⁰⁰⁷. Dans ces hypothèses, l'intervention de l'autorité publique ne préjuge en rien de la validité générale du contenu substantiel de cet acte privé également appelé *negotium*. Celle-ci sera toujours susceptible d'être contestée au regard des autres exigences posées par la loi matérielle applicable. En d'autres termes, l'acte public contribue seulement à la création de la situation en lui conférant sa validité ou son opposabilité. Il ne la proclame pas de façon absolue¹⁰⁰⁸.

Il ressort de ces éléments que la reconnaissance, dans l'ordre du for, de l'acte public étranger n'a qu'un intérêt très limité¹⁰⁰⁹ et ne suppose pas la reconnaissance de la situation juridique qu'il a eu pour objet d'officialiser, d'enregistrer ou de rendre opposable aux tiers. Si une contestation s'élève à propos de celle-ci, le juge du for devra résoudre un problème de conflit de lois afin de déterminer, au cours d'une instance directe, selon quel droit matériel la validité au fond du *negotium* doit être appréciée. L'acte public n'a ainsi qu'un effet de titre et

¹⁰⁰⁶ P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, précité, n° 691.

¹⁰⁰⁷ Voir *supra* n° 348 et 386.

¹⁰⁰⁸ Voir P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, précité, p. 53 et « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité, n° 14.

¹⁰⁰⁹ Voir D. BUREAU et H. MUIR WATT, ouvrage précité, n° 595 : « L'efficacité de l'acte public – son effet de titre – requiert dès lors de vérifier si celui-ci a été accompli conformément aux exigences de la loi applicable. La reconnaissance est à la fois inutile, car le *negotium* est présumé valable et dépourvue de sens, car l'acte ainsi reçu n'est pas normatif » et S. BOLLE, « L'extension du domaine de reconnaissance unilatérale », précité, n° 13 « Quitte à enfoncer une porte ouverte, il convient de souligner que l'application de la méthode de la reconnaissance unilatérale (...) n'est logiquement concevable que dans la mesure où elle peut être le vecteur de l'importation, par l'ordre juridique du for de normes étrangères ; à défaut, elle n'aurait aucun objet. Or un acte non constitutif d'une décision n'est en tant que tel qu'une coquille vide. On entend par là qu'il ne contient aucune norme ayant vocation à déterminer la situation juridique des individus ».

sera seulement susceptible d'être pris en considération en tant que formalité requise¹⁰¹⁰, à des fins de validité ou de publicité, par la loi matérielle compétente en vertu de la règle de conflit de lois du for.

Dès lors rien ne s'oppose techniquement à ce que la loi matérielle désignée par la règle de conflit du for ne soit pas celle de l'Etat dont l'organe public est intervenu. Partant, il se peut tout aussi bien que cette loi invalide le *negotium* alors que celui-ci aurait été considéré valable en application de la *lex auctoris*.

Dans une telle configuration, l'intervention des organes juridictionnels du for est susceptible de tromper les attentes légitimes des parties. En effet, si l'intervention non décisionnelle d'une autorité publique étrangère ne fixe pas de manière catégorique le contenu d'une situation juridique, elle peut en revanche persuader les parties de l'applicabilité, à leur relation, de la loi matérielle de l'ordre juridique auquel elle appartient¹⁰¹¹.

Dans l'esprit des parties, la compétence de la *lex auctoris* ne fera notamment pas de doute lorsque derrière l'acte public « se profilera une institution atypique, cette dernière caractéristique découlant soit de la rareté du principe même de l'institution en droit comparé, soit du particularisme accusé de sa configuration dans le droit de l'ordre juridique considéré »¹⁰¹². Par exemple, l'intervention d'une autorité publique étrangère ne contribue pas à créer, dans l'esprit des parties, une société ou un partenariat conçus de manière abstraite et susceptibles d'être régis par n'importe quelle loi matérielle mais des relations juridiques particulières façonnées selon le droit matériel du lieu d'enregistrement ou d'immatriculation¹⁰¹³.

¹⁰¹⁰ Si l'acte public et la règle matérielle applicable selon le droit international privé du for n'appartiennent pas au même ordre juridique, le juge devra vérifier que celui-ci est au moins équivalent à celui visé par le présupposé de la règle. Sur ce point voir P. CALLE, thèse précitée, n° 564 et s.

¹⁰¹¹ Voir *supra* n° 379.

¹⁰¹² S. BOLLEE, article précité, n° 18.

¹⁰¹³ On peut cependant tempérer l'affirmation selon laquelle la méthode conflictuelle est intrinsèquement inadaptée en présence d'institutions originales telles que les partenariats enregistrés ou les sociétés. Le procédé conflictuel a en effet fait ses preuves en matière de conditions de fond du mariage. Or, le mariage fait l'objet de conceptions extrêmement variées en droit comparé. Alors que certains systèmes y voient un simple contrat, d'autres le considèrent comme une institution. Parfois polygamique ou dépourvu de toutes formes, le mariage connaît ainsi, à travers le monde, des figures bien plus variées et particulières que les partenariats enregistrés par exemple. Il en résulte que, dans les cas de figures envisagés, ce n'est pas tant l'impossibilité d'insérer les différentes institutions connues en droit comparé dans une même catégorie abstraite que leur très récente confrontation aux problèmes suscités par la diversité des législations qui remet en cause l'opportunité du procédé conflictuel classique. En effet, pour l'heure, les individus n'ont pu prendre conscience du caractère très relatif des situations créées selon un droit particulier. De toute évidence, si les Etats venaient à confirmer, à propos de ces catégories de question, la vigueur du procédé conflictuel, les particuliers prendraient l'habitude de se projeter dans l'avenir et de prévoir le sort réservé à l'étranger aux rapports de droit qu'ils ont constitués dans un ordre juridique déterminé.

Dans ces cas de figure particuliers, un certain nombre d'auteurs proposent, afin de mieux respecter les attentes légitimes des parties, d'écarter toute recherche du droit compétent par le biais d'une règle de conflit bilatérale et de raisonner en termes de reconnaissance de la situation juridique configurée à l'étranger selon la *lex auctoris*. En d'autres termes, le for ne devrait pas se poser la question de la loi applicable au rapport de droit mais celle de savoir à quelles conditions la situation, telle qu'elle résulte de la loi de l'autorité qui a édicté l'acte public non décisionnel, peut être admise à produire ses effets en France¹⁰¹⁴. Ainsi, par exemple, lorsqu'une contestation s'élèvera en France à propos de la validité d'un partenariat enregistré à l'étranger¹⁰¹⁵ ou d'une société immatriculée à l'étranger¹⁰¹⁶, le for devrait essentiellement se préoccuper de vérifier que l'acte privé a respecté les conditions posées par la *lex auctoris* pour, le cas échéant, reconnaître la situation juridique que l'acte public a contribué à créer¹⁰¹⁷.

541. Le changement méthodologique proposé semble, à première vue, pouvoir être une réponse satisfaisante pour garantir la stabilité des situations juridiques cristallisées à l'étranger par l'intervention non décisionnelle d'une autorité publique. Pourtant, à y regarder de plus près, il apparaît que la généralisation d'un tel procédé de coordination des ordres juridiques ne s'avérerait pas nécessairement opportune au regard des objectifs poursuivis, de manière générale, par l'universalisation du droit. S'il est certain que raisonner en termes de reconnaissance constitue en soi un vecteur important d'universalisation des situations juridiques¹⁰¹⁸, cette universalisation ne permettrait pas forcément une meilleure satisfaction des intérêts particuliers et de l'intérêt général. Quand on sait que le processus d'universalisation du droit tire sa seule raison d'être de sa valeur fonctionnelle, on ne peut que

¹⁰¹⁴ Voir P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », précité, n° 41 et s. et S. BOLLEE, article précité, n° 18.

¹⁰¹⁵ Voir notamment sur cette question G. KESSLER, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, LGDJ, t. 431, 2004, n° 199 et s. ; H. FULCHIRON, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI* 2000, p. 889 ; G. KHAIRALLAH, « Les « partenariats organisés » en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 317.

¹⁰¹⁶ Voir H. SYNVET, *Rép. inter. Dalloz*, V° *Société*, n° 31.

¹⁰¹⁷ Il resterait alors à déterminer la portée exacte de cette reconnaissance. Doit-on l'étendre à tous les effets prévus par la *lex auctoris* ou reconnaître seulement la validité de la situation constituée à l'étranger pour, dans un second temps, soumettre ses effets, par un mécanisme de transposition, à la loi de la résidence des partenaires ou du lieu du siège social de la société ? Voir sur ce point P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures » précité, p. 234 et « La reconnaissance mode d'emploi », précité, n° 20 et s.

¹⁰¹⁸ Voir *supra* n° 379.

se montrer sceptique face à l'enthousiasme que suscite en doctrine cette nouvelle approche méthodologique.

Si l'on doute, dans les hypothèses décrites, de la fonctionnalité de l'universalisation des situations juridiques, c'est parce que la méthode qui permet, du point de vue du for, d'y parvenir paraît peu propice au rétablissement de l'autorité des lois dans l'ordre international. En effet, mise en œuvre de manière généralisée, la méthode de la reconnaissance offrirait aux parties la possibilité de constituer à l'étranger une situation qu'elles n'auraient pu créer en France et qui serait pourtant admise à y produire ses effets¹⁰¹⁹. Autrement dit, par le biais de la reconnaissance elles auraient la possibilité de contourner l'éventuelle rigueur de la loi normalement compétente selon le système du for. Pour cela, il leur suffirait de saisir une autorité publique étrangère admettant sa compétence et appliquant une loi plus libérale.

Afin d'éviter que les individus engagés dans des relations internationales ne disposent, notamment dans les matières relatives à l'état des personnes, d'une marge de liberté trop importante, il a été proposé de retenir, comme condition de la reconnaissance, l'existence d'un rattachement entre l'autorité étrangère et la situation individuelle¹⁰²⁰. Cette condition posée à la reconnaissance des situations juridiques cristallisées à l'étranger par un acte public non décisionnel ne redonnerait cependant pas à l'universalisation des situations juridiques qui en résulte sa valeur fonctionnelle¹⁰²¹.

Si l'on se contente d'exiger que le rattachement présente un caractère suffisant sans autre précision, l'universalisation de la situation juridique, obtenue par la reconnaissance de celle-ci, ne pourra plus remplir la fonction qui lui était initialement assignée. Il sera en effet

¹⁰¹⁹ Selon G. ROMANO, article précité, n° 50, cette figure particulière du *forum shopping* ne serait pas condamnable car elle ne se ferait pas au détriment de l'une des parties mais offrirait simplement aux deux parties la possibilité de choisir entre plusieurs lois : « C'est parce qu'une partie choisit la loi et l'impose au juge et à l'autre partie en se transformant en législateur du cas concret, et c'est parce que ce choix ne peut se faire qu'a posteriori (une fois le rapport né), avec toute l'imprévisibilité et l'insécurité qui en découlent entre l'instant de la naissance et celui de l'exercice de ce choix, et c'est parce que cet exercice ne peut avoir lieu que par le biais d'une judiciarisation du rapport que le *forum shopping* est contraire à la justice. Alors qu'ici, il s'agit d'un choix, le plus souvent commun aux deux parties, qui est au surplus exercé au moment où le rapport naît, si bien qu'il n'y a pas de hiatus d'incertitude et d'insécurité entre la naissance du rapport et l'instant où ce choix est exercé, et il n'y a dès lors pas besoin à cet effet de *provoquer le litige*. C'est dire que le choix n'est pas vraiment différent du choix de la loi applicable que la règle de conflit du for bien souvent réserve en matière, par exemple de forme des actes juridiques, de contrats ou de régimes matrimoniaux, et dans bien d'autres matières encore : et en effet, on ne dit pas qu'il y a ici un *forum shopping* (en tous cas un *forum shopping* contraire à la justice) du seul fait que les parties peuvent choisir entre plusieurs lois ». On ne saurait souscrire à une telle opinion car outre le fait qu'il est loin d'être évident que le choix de l'autorité ne soit pas imposé par l'une des parties placée dans une position dominante, rien ne justifie que les individus impliqués dans des rapports internationaux jouissent d'une marge de liberté plus importante que ceux engagés dans des rapports internes de même nature, voir *supra* n° 233 et s.

¹⁰²⁰ Voir notamment S. BOLLEE, article précité, n° 26.

¹⁰²¹ Voir sur ce problème P. LAGARDE, « La reconnaissance mode d'emploi », précité, n° 17 et s.

difficile pour les parties de savoir à l'avance si le lien entre l'autorité étrangère et la situation qu'elle aura contribué à créer sera jugé suffisant par les organes du for. Ainsi, un risque existera toujours qu'après avoir refusé la reconnaissance de la situation juridique les organes du for invalident la situation juridique, pourtant valable selon la *lex auctoris*, sur le fondement de la loi matérielle compétente selon son système conflictuel. En d'autres termes, la reconnaissance ne se fera plus au détriment de l'autorité des lois mais elle ne permettra plus d'améliorer convenablement la prévisibilité du droit. L'universalisation des situations juridiques qu'elle permet de réaliser n'aura par conséquent qu'une utilité fonctionnelle relative.

Si, au contraire, le lien requis est précisé à l'aide d'un critère de rattachement prédéterminé et abstrait tel que le domicile ou la nationalité, il ne s'agira alors plus de reconnaître la situation constituée à l'étranger mais d'énoncer tout simplement une règle de compétence internationale des autorités¹⁰²² derrière laquelle se profile une règle de conflit de lois donnant compétence à la *lex auctoris*. En d'autres termes, aucune innovation d'ordre méthodologique par rapport à la technique conflictuelle classique n'existerait. Même si c'est par le détour de la désignation d'une autorité compétente, le but sera toujours de déterminer une loi compétente pour régir une catégorie de rapports juridiques considérés dans l'abstrait¹⁰²³. Le simple fait que l'incidence de l'intervention de l'autorité publique sur la psychologie des parties soit prise en considération dans l'élaboration des parties ne change en rien la nature du procédé de coordination. Au demeurant, on remarquera que dans ce cas de figure l'objectif de prévisibilité n'est pas atteint par une universalisation de la situation juridique, favorisée par la reconnaissance de celle-ci dans le for, mais par celle des règles générales. Il s'agit en effet d'une harmonie abstraite des solutions rendue possible grâce à une correspondance entre les règles de compétence des autorités et les règles de conflit de lois du for et celles de l'ordre juridique du lieu de cristallisation de la situation.

542. Ainsi, en présence de situations juridiques cristallisées à l'étranger par un acte public non décisionnel, l'attitude universaliste du for consistant à reconnaître directement la situation telle qu'elle est configurée selon la *lex auctoris* ne permet pas de pallier les inconvénients causés par l'insuffisante universalisation des règles générales. En effet, soit les conditions de

¹⁰²² Voir P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, précité, n° 1035.

¹⁰²³ Voir D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, précité, n° 578 : « Si le paramètre de reconnaissance est, comme il est par ailleurs proposé, la conformité de la situation ainsi créée à la *lex auctoris*, on aboutit davantage à la reformulation d'une règle de conflit d'autorités qu'à une véritable innovation d'ordre méthodologique ».

la reconnaissance sont trop libérales ou trop imprécises et l'universalisation perd son caractère fonctionnel et par conséquent sa seule raison d'être, soit la reconnaissance est strictement encadrée et elle se confond avec la technique conflictuelle classique.

A nos yeux cela permet d'expliquer et de justifier la réticence de l'ordre juridique à abandonner le procédé conflictuel pour raisonner en termes de reconnaissance. On constate en effet que lorsqu'une situation a donné lieu, à l'étranger, à un acte public dépourvu d'effets décisionnels, les juridictions françaises continuent à rechercher la loi applicable¹⁰²⁴. Ainsi, par exemple, les juges continuent à apprécier la validité au fond du contrat de société au regard de la loi du siège social. De même, en matière de partenariats enregistrés à l'étranger, aucune décision n'a, pour l'heure, opéré un raisonnement en termes de reconnaissance.

543. Si les exemples d'effacement du procédé conflictuel classique en présence de situations cristallisées à l'étranger par un acte public non décisionnel sont quasiment inexistantes dans le droit positif français, d'aucuns prétendent pourtant que le recours à la méthode de la reconnaissance tend à s'imposer aux juges du for par l'intermédiaire des sources internationales. Il est vrai que le respect de la Convention européenne des droits de l'homme et du Traité CE¹⁰²⁵, exige parfois du juge français qu'il écarte le jeu normal de ses règles de conflit de lois pour reconnaître des situations constituées avec le concours d'autorités publiques étrangères. Au vu des limites intrinsèques de la méthode de reconnaissance envisagée en tant que méthode de coordination des ordres juridiques et des dangers que représente sa généralisation, il y aurait ainsi lieu de s'inquiéter de cette évolution s'imposant à l'ordre juridique français du fait de la supériorité hiérarchique des textes mentionnés. L'analyse de l'influence exercée par ces fondements supranationaux montre cependant que l'ampleur de l'infléchissement méthodologique qui en découle doit être largement relativisée.

¹⁰²⁴ Voir récemment Cass. civ. 1^{ère} 4 oct. 2005, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 422, note P. CALLE dans lequel la Cour de cassation affirme que l'exequatur d'un acte public allemand de reconnaissance d'un enfant naturel ne dispense pas les juges d'apprécier la validité du *negotium* au regard de la loi applicable à l'établissement de la filiation.

¹⁰²⁵ L'alinéa 1^{er} de l'article 9 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de validité des mariages pose également une règle de reconnaissance. En effet, selon celui-ci : « Le mariage qui est valablement conclu selon le droit de l'Etat de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout Etat contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre ». Cette Convention n'étant en vigueur qu'entre l'Australie, le Luxembourg et les Pays-Bas et s'agissant, dans le cadre de cette étude, d'analyser la manière dont l'ordre juridique français met concrètement en œuvre le processus d'universalisation des situations juridiques, nous ne nous attarderons pas sur cette manifestation ponctuelle de la méthode de la reconnaissance.

544. D'une part, s'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, ce n'est que de manière ponctuelle et circonstancielle que le respect des droits fondamentaux oblige le for à se départir de ses règles de rattachement pour recourir à la méthode de la reconnaissance des situations juridiques.

De même que le refus de reconnaître la normativité d'un jugement étranger¹⁰²⁶, l'invalidation d'une situation juridique pourtant valable selon la *lex auctoris* est susceptible de constituer, au cas concret, une atteinte au principe du respect de la vie privée et familiale de l'article 8. C'est ainsi par exemple qu'au nom de cette disposition le juge français peut se voir obligé de reconnaître, au besoin en violation de sa propre règle de conflit de lois, un mariage¹⁰²⁷ ou une reconnaissance d'enfant¹⁰²⁸ officialisés à l'étranger par l'intervention non décisionnelle d'une autorité publique.

Néanmoins, il ne résulte de ces décisions de la Cour de Strasbourg aucune obligation pour les Etats de renoncer de manière générale au procédé conflictuel classique. Pour l'heure, seul le droit au respect de la vie privée et familiale est susceptible de pâtir, dans le domaine spécifique du statut familial, d'une divergence entre la règle de conflit du for et celle de l'autorité étrangère ayant contribué à créer la situation. Par ailleurs, la seule constatation de cette divergence ne suffit pas à conclure à une violation de l'article 8 de la Convention. Encore faut-il qu'il ressorte des circonstances concrètes de l'espèce que la vie privée et familiale des individus impliqués dans la relation en cause se trouve affectée par le fait que le for oppose sa propre règle de rattachement à la situation configurée à l'étranger selon la *lex auctoris*.

Ainsi, le respect des droits fondamentaux n'implique aucune reconnaissance automatique ou inconditionnelle des situations juridiques constituées à l'étranger. Tout au plus est-il exigé des Etats qu'ils écartent ponctuellement l'application normale de leurs règles de conflit de lois au moyen d'une exception de reconnaissance de la situation juridique.

545. D'autre part, s'il est vrai que le respect des libertés de circulation posées par le Traité CE implique parfois, à travers les principes de reconnaissance mutuelle et du pays d'origine,

¹⁰²⁶ Voir *supra* n° 532 à 534.

¹⁰²⁷ Voir CEDH 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ R.-U.*, Req. n° 9214/80.

¹⁰²⁸ Voir CEDH 29 juin 1999, *Nylund c/ Finlande*, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-IV.

un raisonnement en termes de reconnaissance, la portée du renouvellement méthodologique généré par le droit communautaire ne saurait cependant être exagérée¹⁰²⁹.

546. Tout d'abord, on a pu constater qu'aux yeux de la Cour de justice des Communautés européennes, ce qui constituait une atteinte aux libertés de circulation n'était pas le fait, pour les Etats, d'appliquer une loi autre que celle de l'autorité étrangère qui avait contribué à créer, à l'origine, la situation juridique¹⁰³⁰. En effet, dans la plupart des décisions, perçues abusivement par la doctrine comme des manifestations du principe de reconnaissance mutuelle, la Cour de justice ne condamne en réalité pas le procédé conflictuel en lui-même mais l'incompatibilité entre les objectifs du Traité et la teneur du droit interne reconnu compétent en tant que loi de police ou en vertu d'une règle de conflit de lois.

Par exemple, dans l'arrêt *Garcia Avello*¹⁰³¹, ce n'est pas la règle de conflit de lois belge qui est jugée discriminatoire par la Cour de justice mais le droit matériel interne désigné par cette règle¹⁰³². Il n'est pas requis des juridictions belges qu'elles se départissent du procédé conflictuel classique afin d'adopter un raisonnement en termes de reconnaissance de la situation juridique cristallisée à l'étranger ; il est demandé à l'Etat belge qu'il mette son droit matériel relatif à la translittération du nom en conformité avec le droit communautaire.

Si l'on analyse en détail la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, on se rend compte que c'est essentiellement dans le domaine des sociétés¹⁰³³ que la reconnaissance des situations juridiques, telles que configurées selon la *lex auctoris*, s'impose aux Etats membres au détriment de la loi normalement applicable en matière de

¹⁰²⁹ Voir P. LAGARDE, « La reconnaissance mode d'emploi », précité, n° 4 : « Le droit communautaire n'impose pas de manière générale et inconditionnelle la reconnaissance de telles situations. Il n'en impose la reconnaissance que dans les cas où la non-reconnaissance serait une entrave non justifiée par l'intérêt général aux grandes libertés du Traité ».

¹⁰³⁰ Voir également sur cette question *supra* n° 436 à 440.

¹⁰³¹ CJCE 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *Rec.* 2003, p. I-11613, sur lequel voir également *supra* n° 442.

¹⁰³² Voir *supra* n° 441 à 444 et F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, précité, n° 203.

¹⁰³³ Le règlement « Bruxelles II bis » a pu néanmoins éveiller quelques doutes en énonçant dans son article 46 que « les actes authentiques reçus et exécutoires dans un Etat membre ainsi que les accords entre parties exécutoires dans l'Etat membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que des décisions ». Ainsi, pour les matières concernées par le texte, l'intervention non décisionnelle d'une autorité publique effacerait l'origine privée de l'acte et obligerait l'Etat requis à reconnaître directement le *negotium* dès lors que l'*instrumentum* répond aux conditions de régularité posées par le règlement. En d'autres termes, l'efficacité procédurale de l'acte public entraînerait la reconnaissance automatique de la validité de l'acte privé sans qu'il soit possible de vérifier celle-ci au regard de la loi compétente selon le droit international privé du for. Cependant, outre le fait que la plupart du temps les questions relatives à la désunion du couple et à la garde des enfants donnent lieu à de véritables décisions, il semble qu'il y ait en réalité une maladresse de rédaction. En effet, le règlement « Bruxelles I » prévoit, dans son article 57, que l'exequatur d'un acte authentique non décisionnel permet seulement de le déclarer exécutoire et qu'il ne préjuge en rien de la reconnaissance du *negotium*.

constitution des sociétés¹⁰³⁴. En effet, comme l'indique M. LAGARDE : « Le droit communautaire ne se prononce pas sur le rattachement des sociétés¹⁰³⁵. Chaque Etat membre est donc libre d'exiger ou non que toute société se constituant sur son territoire y ait également son siège social réel. Mais si une société s'est constituée régulièrement dans un autre Etat qui n'a pas cette exigence et qu'elle se prévale dans un autre Etat membre, fût-il celui dans lequel elle a son siège réel, de la liberté d'établissement garantie par l'article 48 actuel du Traité CE, elle doit y être reconnue, sans que l'Etat d'établissement puisse dénier sa capacité juridique et sa personnalité au motif qu'elle n'aurait pas respecté les dispositions impératives de l'Etat du siège réel en matière de constitution des sociétés¹⁰³⁶. L'Etat d'établissement est donc libre d'avoir son propre droit international privé des sociétés, mais il ne peut en faire application aux sociétés qui se sont constituées selon la loi d'un autre Etat membre »¹⁰³⁷.

Ainsi, il est difficile de déduire du droit communautaire un renouvellement méthodologique favorable à l'universalisation des situations juridiques individuelles. Tout au plus peut-on admettre que le respect des libertés circulatoires implique, dans certains domaines bien particuliers, la mise en œuvre d'une « exception de reconnaissance mutuelle » écartant ponctuellement le jeu normal des règles de conflit de lois des Etats membres¹⁰³⁸.

547. Ensuite, dans ces rares hypothèses où le droit communautaire a un réel impact d'ordre méthodologique, il nous semble que le recours imposé au procédé de la reconnaissance des situations juridiques ne constitue qu'un moyen provisoire de garantir le respect des grandes libertés de circulation consacrées par le Traité.

¹⁰³⁴ Voir notamment CJCE 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.* 1999, p. I-1459 ; *D. aff.* 1999, p. 550, note M. MENJUCQ ; *Rev. soc.* 1999, p. 386, note PARLEANI ; CJCE 5 nov. 2002, *Uberseering*, aff. C-208/00, *Rec.* 2002, p. I-9919 ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508, note P. LAGARDE et CJCE 30 sept. 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *Rec.* 2003, p. I-10155.

¹⁰³⁵ CJCE 27 sept. 1988, *Daily mail*, aff. 81/87, *Rec.* 1988, p. 5483.

¹⁰³⁶ CJCE 5 nov. 2002, *Uberseering*, précité.

¹⁰³⁷ P. LAGARDE, article précité, p. 227.

¹⁰³⁸ Voir M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », précité, n° 46 : « La reconnaissance mutuelle implique au moins, pour la matière des conflits de lois, que le bénéficiaire d'une liberté de circulation ne se voie pas opposer, dans l'Etat d'accueil, une gêne résultant de l'application de la loi de cet Etat sans tenir compte de la conformité d'un comportement à une loi étrangère, loi du pays dans lequel un produit ou un service a été commercialisé, voire loi d'un pays où un statut a été acquis. On a déjà évoqué les doutes concernant la présence d'une règle positive amenant à appliquer en toutes circonstances la loi d'un pays déterminé, à savoir la loi de l'Etat d'origine. Le concept pourrait remplir une autre fonction, de nature négative, plus proche de son contexte primitif dans la mesure où les règles sur la liberté de circulation se présentent moins comme des règles positives que comme un principe d'interdiction opposable à une réglementation normalement applicable. En d'autres termes, le mode d'intervention du concept de reconnaissance mutuelle en vertu du droit primaire serait celui d'une exception, exception à l'application d'une disposition désignée par le droit du for ».

La raison en est que la règle de reconnaissance n'a de sens que si elle est une règle de conflit de systèmes¹⁰³⁹. En effet, dès lors que le for et l'Etat du lieu de cristallisation de la situation donnent tous deux compétence au droit matériel de l'autorité qui a contribué à créer le rapport de droit en cause, il n'est nul besoin d'avoir recours à un raisonnement en termes de reconnaissance pour préserver les attentes légitimes des parties et assurer le respect des dispositions du Traité. La situation juridique n'ayant pas été proclamée de manière absolue par l'autorité publique étrangère dépourvue de pouvoir décisionnel, la vérification, par le for, de sa validité selon la *lex auctoris* ne peut ni créer de décalage entre les attentes des parties et la réalisation effective du droit ni constituer une atteinte aux libertés circulatoires. Les juridictions de l'Etat d'origine auraient tout aussi bien pu invalider le *negotium* au regard de leur propre loi matérielle.

Or, la Communauté s'est donnée comme mission d'unifier dans un avenir proche les règles de conflit de lois des Etats membres dans l'ensemble des domaines du droit privé¹⁰⁴⁰.

Ainsi, dès l'aboutissement de ce projet, tout raisonnement en terme de reconnaissance deviendra inutile. L'unification régionale des règles de conflit de lois suffira à réaliser les objectifs du Traité et plus généralement ceux poursuivis globalement par le processus d'universalisation du droit.

Cette évolution est d'ailleurs à nos yeux inexorable car le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas, en tant que tel, suffisamment précis pour constituer un système général de coordination des ordres juridiques. En effet, en dehors du fait que pour la création de situations juridiques la désignation d'une loi compétente sera toujours nécessaire¹⁰⁴¹, il faudra, afin de garantir un minimum de prévisibilité, déterminer, pour chaque catégorie abstraite de rapports juridiques, quel Etat doit être considéré comme l'Etat d'origine. Il ne s'agira alors plus de raisonner en termes de reconnaissance mais d'édicter des règles de conflit de lois retenant des critères prédéterminés et abstraits¹⁰⁴².

Ainsi si le principe de reconnaissance mutuelle ou celui du pays d'origine est susceptible, à la manière du principe de proximité, de constituer une source d'inspiration pour

¹⁰³⁹ P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », précité, p. 233.

¹⁰⁴⁰ Voir *supra* n° 446.

¹⁰⁴¹ P. LAGARDE, article précité, p. 229 : « La méthode conflictuelle est irréductible. Lors de la création de situations juridiques hétérogènes, tant que subsisteront des divergences dans les législations en présence, toute autorité judiciaire ou administrative, ou même des particuliers à l'occasion d'un contrat, par exemple, devront toujours, au moment de la prise de décision, déterminer le droit applicable ».

¹⁰⁴² On retrouve ici la critique adressée, de manière générale, à la méthode de la reconnaissance, voir *supra* n° 541 et 542.

l'élaboration de règles de conflit de lois plus en adéquation avec les objectifs du Traité, il est en revanche inapte à constituer un procédé global de coordination des ordres juridiques.

548. Cette analyse du droit positif montre une fois de plus que la méthode de la reconnaissance directe des situations juridiques n'est mise en œuvre par l'ordre juridique français que de manière ponctuelle et ne constitue pas un procédé principal de coordination des ordres juridiques. Elle prend en effet uniquement la forme d'une clause échappatoire permettant – au vu de circonstances très particulières ne laissant le plus souvent aucun doute sur la « putativité internationale » de la situation en cause – de reconnaître exceptionnellement des situations juridiques déduites, à l'étranger, de lois normalement incompétentes ou de décisions théoriquement irrégulières.

On ne peut d'ailleurs qu'approuver le cantonnement de cette forme d'universalisation des situations juridiques réalisée par la reconnaissance directe de celles-ci dans l'ordre du for. En effet, si elle peut s'avérer utile pour pallier l'insuffisance de l'universalisation des règles générales dans des cas de figure tout à fait caractéristiques, elle ne permettrait en revanche pas, si elle venait à être généralisée, de réaliser les objectifs poursuivis par le processus d'universalisation du droit. En d'autres termes, si l'on veut qu'elle préserve son utilité et par conséquent sa raison d'être, l'universalisation des situations juridiques, obtenue par la reconnaissance directe de celles-ci, doit demeurer un instrument d'appoint et provisoire.

A ce titre, on peut regretter que l'enthousiasme d'une partie de la doctrine à l'égard de la reconnaissance entretienne parfois l'illusion selon laquelle une extension du domaine de cette méthode pourrait permettre de reléguer en arrière plan la question de l'universalisation des règles générales.

Conclusion du Chapitre 1 :

549. La première manière pour le for d'universaliser les situations juridiques individuelles est d'accepter de reconnaître les effets de celles qui ont été constituées à l'étranger. Cette reconnaissance peut être indirecte ou directe. Elle est indirecte lorsqu'elle n'a pas pour objet la situation juridique elle-même mais la décision étrangère sur la base de laquelle son contenu peut immédiatement être déduit. Elle est au contraire directe lorsqu'elle porte sur le résultat de

l'application, à un rapport social déterminé, d'une loi matérielle compétente en vertu d'un système étranger de droit international privé.

550. On a pu constater que du point de vue du for, c'était la reconnaissance indirecte des situations juridiques individuelles qui représentait le facteur principal d'universalisation de celles-ci. L'ordre juridique français a en effet considérablement réduit les obstacles à la reconnaissance des décisions venues de l'extérieur. Ceci est d'ailleurs d'autant plus vrai au sein de l'espace judiciaire commun où a été instauré un système très libéral de circulation des jugements. Même s'il est regrettable que celui-ci génère parfois des obstacles à la reconnaissance des décisions émanant d'Etats tiers à la Communauté, on ne peut, de manière générale, qu'approuver cette évolution du droit de la compétence indirecte. Le niveau d'universalisation des situations juridiques qu'elle permet d'atteindre s'avère globalement satisfaisant tant du point de vue des intérêts particuliers que de celui de l'intérêt général.

D'une part, la réduction des obstacles à la reconnaissance des décisions étrangères – et l'universalisation subséquente des situations juridiques qui en résulte – profite indéniablement aux acteurs des relations internationales qui peuvent, en toute sécurité, fonder leurs prévisions sur les normes individuelles étrangères qui leur sont expressément adressées.

D'autre part les rares obstacles à la reconnaissance des décisions étrangères maintenus suffisent à protéger la conception française de la justice des relations entre personnes privées.

Il est ainsi possible de penser que lorsqu'elle est réalisée par la reconnaissance des décisions étrangères dans le for, l'universalisation des situations juridiques individuelles, appréhendée dans une dimension uniquement fonctionnelle, n'est pas loin d'avoir atteint son point culminant. En d'autres termes, l'ordre juridique français semble avoir exploité l'ensemble des aspects fonctionnels de cette forme d'universalisation des situations juridiques individuelles.

551. La reconnaissance directe des situations juridiques ne contribue, quant à elle, qu'occasionnellement à l'universalisation des situations juridiques. La révolution méthodologique annoncée par certains est ainsi loin d'être évidente. On constate en effet que la méthode de la reconnaissance unilatérale sert toujours principalement à résoudre les problèmes relatifs à l'effet des jugements étrangers en France et que ses incursions en dehors de ce domaine traditionnel demeurent anecdotiques. Elle prend alors la forme d'une « exception de reconnaissance » ayant pour effet de laisser une situation juridique constituée

à l'étranger produire ses effets en France alors même qu'elle est déduite d'une règle générale incompétente ou d'une norme décisionnelle dépourvue de validité aux yeux du for. Ce caractère exceptionnel de l'application de la méthode de la reconnaissance aux situations juridiques elles-mêmes s'explique par la fonctionnalité limitée de l'universalisation à laquelle elle donne lieu. En effet, pour que le recours à cette méthode en dehors de son domaine traditionnel puisse être estimé comme globalement satisfaisant, certaines circonstances bien particulières, comme celles ne laissant aucun doute sur « la putativité internationale » de la situation, sont nécessaires.

552. C'est également leur fonctionnalité limitée qui explique que les mécanismes destinés à assurer l'exportation à l'étranger des situations juridiques constituées dans le for ne sont mis en œuvre que de manière ponctuelle et qu'ils ne constituent de ce fait que des procédés d'appoint en vue de réaliser l'universalisation du droit.

CHAPITRE 2 : L'EXPORTATION DES SITUATIONS JURIDIQUES CONSTITUEES DANS LE FOR

553. L'universalisation des situations juridiques individuelles peut résulter de deux attitudes distinctes de la part du for.

La première, précédemment décrite, consiste à accepter que des situations juridiques étrangères déploient leurs effets dans le for.

La seconde, dont il est question dans le présent chapitre, est diamétralement opposée. Il s'agit en effet pour le for de s'assurer qu'une situation juridique constituée en son sein sera admise à produire ses effets dans le cadre d'un ou plusieurs ordres juridiques étrangers qui, au vu de la configuration internationale du rapport en cause, sont ou seront spécialement concernés par celui-ci.

554. Avant d'analyser les différents procédés permettant d'atteindre le résultat décrit, il convient au préalable de préciser ce que l'on entend par « situation juridique constituée dans l'ordre du for ».

Avant l'intervention d'une autorité publique, une situation juridique n'est que le résultat d'une opération intellectuelle de déduction qui, en tant que pure abstraction de l'esprit, n'est pas localisable dans l'espace¹⁰⁴³. Son lieu de création demeure indéterminable car l'opération de déduction à la source de la situation juridique peut potentiellement être effectuée sur la base des données normatives de n'importe quel ordre juridique¹⁰⁴⁴. De ce fait, il est impossible – et cela quand bien même le droit matériel français serait reconnu applicable par le for et/ou par une large majorité d'ordres juridiques étrangers – de concevoir qu'une situation juridique simplement déduite de règles générales puissent avoir été constituée dans l'ordre du for.

Il en va en revanche différemment dès lors que l'opération de déduction permettant d'appréhender la situation juridique est l'œuvre d'une autorité publique pourvue d'un pouvoir

¹⁰⁴³ Voir *supra* n° 362 et s.

¹⁰⁴⁴ Voir dans ce sens P. MAYER, « Le phénomène de coordination des ordres juridiques », précité, n° 121 : « Pour toute personne qui s'interroge sur un aspect quelconque de sa situation juridique, avant tout litige, et même en dehors de toute perspective contentieuse, les ordres juridique susceptibles d'émettre un point de vue concret et de le traduire dans la réalité ce sont en réalité tous les ordres juridiques du monde ». L'auteur parle à ce titre de « plurilocalisation des situations juridiques ».

décisionnel. En effet, en rendant une décision l'autorité crée une situation juridique nouvelle¹⁰⁴⁵, localisable du fait de la nécessaire appartenance de l'organe public à un ordre juridique donné. En d'autres termes, il devient intellectuellement concevable de situer dans l'espace l'opération de déduction à l'origine de la norme décisionnelle, généralement unique en son genre, et donc de la situation juridique qui en résulte directement.

Au regard de ces éléments, nous entendrons donc par « situations constituées dans l'ordre du for », celles qui sont déduites de normes décisionnelles émanant d'organes publics (le plus souvent un juge) du for.

555. Ce point étant acquis, il convient à présent de remarquer que la question de l'exportation des situations juridiques ne se pose pas dans les mêmes termes selon que les ordres juridiques concernés retiennent un système libéral de reconnaissance des décisions étrangères ou, au contraire, font preuve, dans le domaine de la compétence indirecte, d'un certain protectionnisme. En effet, l'acuité du problème de l'exportation des situations juridiques est directement fonction de l'attitude que les ordres juridiques concernés adoptent à l'égard du mécanisme de la reconnaissance des décisions étrangères.

Dès lors que la décision ayant présidé à la création de la situation juridique sera destinée à produire ses effets au sein d'Etats qui reconnaissent de manière libérale les jugements venus de l'extérieur, le for n'aura guère à se préoccuper, au moment de la création du rapport de droit, du sort qui lui sera réservé à l'étranger. Autant que faire se peut, il sera assuré de la pérennité à l'étranger de la situation qu'il a constituée et n'aura, de ce fait, pas besoin d'imaginer des mécanismes unilatéraux destinés à garantir son exportation. Ainsi, au sein de l'Union européenne la question de l'exportation des situations juridiques se pose dans une moindre mesure. L'universalisation des situations juridiques est en effet déjà assurée par le système libéral de circulation des jugements qui s'impose à l'ensemble des Etats membres.

Au contraire, si la décision est destinée à être revendiquée au sein d'ordres juridiques peu enclins à lui reconnaître des effets, le for pourra alors être amené, afin d'assurer son universalisation et par conséquent de satisfaire les divers intérêts en jeu, à imaginer des procédés permettant de garantir l'exportation de la situation juridique à l'étranger.

¹⁰⁴⁵ S'il en va ainsi, c'est parce que l'autorité publique fixe, au sein d'une norme individuelle et catégorique, les droits des parties qui, même s'ils préexistaient, étaient au moins incertains dans leur contenu. Sur l'effet nécessairement novateur de toute décision voir *supra* n° 347 et 348.

556. Ces procédés destinés à assurer l'exportation des situations juridiques constituées dans l'ordre du for ne sont donc pas toujours nécessaires pour garantir l'universalisation de celles-ci. Il s'agit, de ce fait, seulement de mécanismes d'appoint destinés à jouer dans des circonstances bien particulières. Ceci est d'ailleurs d'autant plus vrai que ces procédés ne sont généralement pas susceptibles d'être mis en œuvre de manière systématique.

Il en résulte que l'universalisation des situations juridiques individuelles réalisée par l'exportation de celles-ci à l'étranger ne peut, à elle seule, permettre de réaliser de manière satisfaisante l'ensemble des objectifs poursuivis par le processus global d'universalisation du droit. Elle ne peut que compléter ou suppléer provisoirement l'universalisation des règles générales mais en aucun cas la remplacer.

C'est ce que nous tenterons de démontrer en analysant les deux types de procédés permettant d'assurer l'exportation, à l'étranger, des situations juridiques constituées dans l'ordre du for.

Le premier de ces procédés consiste à se référer, au moment de la création de la situation, au point de vue de l'ordre juridique étranger (Section 1). Le second consiste à tenter d'empêcher, par des moyens détournés, cet ordre juridique de remettre en cause la situation créée dans l'ordre du for (Section 2).

Section 1. La référence à l'ordre juridique étranger

557. Un ordre juridique ne peut être réduit à un ensemble de règles matérielles qui prévoient directement, pour tout type de question se posant à propos d'un rapport social, une solution abstraite. Il constitue un ensemble complet de règles de diverses natures et d'organes susceptibles d'émettre, sur la base de celles-ci, un point de vue concret pour chaque situation individuelle¹⁰⁴⁶. Ainsi, le for peut, au moment de constituer une situation juridique, se référer de manière plus ou moins complète à l'ordre juridique étranger dans lequel le rapport juridique sera principalement destiné à produire ses effets.

¹⁰⁴⁶ Voir dans ce sens P. MAYER, cours précité, n° 248 ; P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent », précité et plus généralement sur la définition de la notion d'ordre juridique S. ROMANO, *L'ordre juridique*, précité.

En l'état actuel du droit positif français, cette référence, même si elle est plus ou moins étendue, est presque toujours partielle. Elle n'a en effet pour objet qu'un ensemble limité de règles et ne se préoccupe généralement pas de la manière dont elles seraient mises en œuvre par les organes publics de l'ordre juridique étranger s'ils étaient chargés de se prononcer sur le contenu de la situation individuelle en cause. On tentera de démontrer qu'une référence partielle à l'ordre juridique étranger s'avère globalement insuffisante pour assurer l'exportation des situations juridiques constituées dans l'ordre du for (§1) et par conséquent pour favoriser leur universalisation.

Ce constat d'échec a conduit certains auteurs¹⁰⁴⁷ à imaginer la possibilité d'une référence globale à l'ordre juridique étranger (§2) au moment de constituer la situation juridique dans le for. L'analyse montrera qu'un tel procédé de coordination des ordres juridiques permettrait, s'il était mis en œuvre par l'ordre juridique français, d'assurer, dans certaines hypothèses, l'exportation à l'étranger des situations juridiques constituées dans le for et donc de favoriser leur universalisation. On se rendra cependant compte que son usage ne saurait être généralisé et qu'il ne peut fonctionner convenablement sans le renfort d'une universalisation parallèle des règles générales. C'est ce qui explique en partie son absence de consécration par le droit positif français.

§ 1- L'insuffisance d'une référence partielle à l'ordre juridique étranger

558. Appréhendée de manière concrète, une situation juridique n'a généralement vocation à déployer ses effets que dans un nombre assez limité d'ordres juridiques. Aussi, suffit-il souvent au for, pour atteindre un degré satisfaisant d'universalisation, de s'assurer que la situation ne sera pas remise en cause dans l'ordre juridique étranger où le rapport social est principalement destiné à se développer.

Pour ce faire, le for peut se référer à certains éléments constitutifs de cet ordre juridique étranger. Dans la méthode classique, cette référence, opérée par les règles de conflit de lois bilatérales, porte uniquement sur les règles matérielles étrangères. Eu égard aux divergences qui peuvent exister entre les règles de conflit de lois des différents ordres juridiques, une telle

¹⁰⁴⁷ Voir principalement P. PICONE, cours précité.

référence ne garantit aucune harmonie des solutions. De ce fait, l'exportation des situations juridiques constituées dans le for demeure très aléatoire.

C'est la raison pour laquelle d'autres types de référence à l'ordre juridique étranger jugé prépondérant ont pu être imaginés. Il est ainsi concevable que la référence à l'ordre juridique étranger porte sur ses procédés de désignation du droit compétent (A) ou même sur le raisonnement que le juge étranger adopterait s'il était saisi directement ou indirectement du litige (B).

Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre la référence demeure partielle et ne garantit pas véritablement l'exportation et donc l'universalisation de la situation juridique en cause.

A- La référence aux procédés étrangers de désignation du droit compétent

559. La référence aux procédés étrangers de désignation du droit compétent, effectuée par le for au moment où il constitue la situation juridique, peut être plus ou moins étendue. Elle peut porter sur les seules règles de conflits de lois de cet ordre juridique ou inclure également ses règles de conflits de systèmes. La première hypothèse est celle du renvoi tel qu'il est entendu classiquement (1^o) alors que la seconde évoque la figure du double renvoi ou *total renvoi* connu du droit anglais (2^o).

1^o- Le mécanisme du renvoi

560. Etant donné l'état d'inachèvement de l'universalisation des règles de droit international privé, il est assez fréquent que la loi désignée par la règle de conflit du for n'accepte pas la compétence qui lui est offerte. Tel est le cas lorsque la règle de conflit de lois de l'ordre juridique étranger dont la loi matérielle a été initialement désignée par le droit international privé du for donne à son tour compétence à la loi matérielle du for ou à celle d'un ordre juridique tiers. Afin de résoudre ces conflits négatifs de compétence et d'améliorer la coordination entre les ordres juridiques, le juge du for peut avoir avantage à tenir compte de la règle de conflit étrangère. On reconnaît là le mécanisme du renvoi qui vise à étendre l'objet de la référence opérée par la règle de conflit du for. Celle-ci porte en effet alors sur deux types d'éléments constitutifs de l'ordre juridique étranger : ses règles matérielles et ses règles de

conflit de lois. Dès lors qu'il acceptera de faire jouer ce mécanisme, le for devra, après avoir initialement désigné un ordre juridique compétent au moyen de sa règle de conflit, prendre en considération le déclinatoire de compétence effectué par celui-ci et s'en remettre au système conflictuel étranger pour, *in fine*, sélectionner la loi matérielle compétente.

Une telle position est adoptée par l'ordre juridique français qui, en principe, admet de faire jouer le mécanisme du renvoi au premier¹⁰⁴⁸ comme au second¹⁰⁴⁹ degré¹⁰⁵⁰.

561. Le contexte dans lequel le renvoi a lieu de jouer étant décrit, il convient de préciser qu'il ne s'agit pas, dans le cadre de cette étude, de s'interroger sur la justification logique de ce mécanisme mais simplement de démontrer qu'il ne permet pas de garantir l'exportation à l'étranger, et donc l'universalisation, des situations juridiques constituées dans l'ordre juridique du for.

S'il en va ainsi c'est parce que la mise en œuvre de ce mécanisme ne conduit qu'incidemment le for à adopter le même point de vue que l'ordre juridique étranger quant au choix de la loi applicable au rapport social en cause.

S'agissant du renvoi au premier degré, il est évident que la référence effectuée par le for aux règles de conflits de lois de l'ordre juridique étranger ne conduira à une harmonie des solutions que si cet ordre juridique n'admet pas lui-même le jeu du renvoi. « En effet, si la France applique le droit français par renvoi du droit étranger déclaré compétent, celui-ci, suivant le même principe, appliquera sa propre loi matérielle par renvoi de la loi française à laquelle l'adresse sa règle de conflit. Et, au lieu de l'harmonie souhaitée, on ne trouve que discordance, chaque législation prescrivant d'appliquer son propre droit matériel »¹⁰⁵¹. L'harmonie des solutions n'est ainsi possible que si le for et l'ordre juridique étranger initialement désigné ne se font pas la même opinion du renvoi. Ceci est intellectuellement

¹⁰⁴⁸ Jurisprudence constante depuis Cass. civ. 24 juin 1878 et Cass. req. 22 fév. 1882, *Forgo, Grands arrêts* n° 7 et 8.

¹⁰⁴⁹ Jurisprudence constante depuis Cass. civ. 7 mars 1938, *de Marchi, Grands arrêts* n° 16.

¹⁰⁵⁰ Plusieurs arrêts récents témoignent de la vitalité du mécanisme du renvoi en droit positif. En effet, la Cour de cassation l'a récemment consacré en matière d'incapacités (Cass. civ. 1^{ère} 21 sept. 2005, *Kenny, Rev. crit. DIP* 2006, p. 100, note H. MUIR WATT) et de successions immobilières (Cass. civ. 1^{ère} 21 mars 2000, *Ballestrero, Rev. crit. DIP* 2000, p. 399, note B. ANCEL ; *D.* 2000, jurisp. p. 539, note F. BOULANGER ; *JCP* 2000 II, 10443, note T. VIGNAL ; *JDI* 2001, p. 505, note M. REVILLARD). Dans cette dernière espèce, la Cour de cassation a d'ailleurs affirmé que dès lors que le juge français procédait à une recherche de la loi applicable il lui incombait de mettre en œuvre, au besoin d'office, le mécanisme du renvoi si les circonstances de l'espèce l'exigeaient. Jurisprudence réaffirmée par Cass. civ. 1^{ère} 20 juin 2006, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 383, note B. ANCEL ; *D.* 2007, jurisp. p. 1710, note P. COURBE.

¹⁰⁵¹ E. AGOSTINI, *Cours de droit international privé*, précité, n° 55, Part. II.

assez gênant car dès lors que le mécanisme est jugé opportun, il n'y a aucune raison qu'il ne soit pas généralisé.

S'agissant à présent du renvoi au second degré, l'harmonie des solutions est également assez aléatoire. Pour y parvenir, il faut se trouver dans une hypothèse telle que celle décrite par RAAPE¹⁰⁵² où la chaîne de transmission des offres de compétence débouche sur la désignation d'un ordre juridique qui accepte la compétence de sa propre loi matérielle. C'est donc de manière hasardeuse et circonstancielle que le renvoi au second degré permet de faire coïncider le choix de loi étrangère effectué par le for avec celui qu'opéreraient un ou plusieurs ordres juridiques étrangers concernés par la situation en cause.

Sans qu'il soit besoin d'entrer plus en détails dans la description du mécanisme du renvoi, on s'aperçoit que celui-ci est inapte à garantir de manière systématique une identité de point de vue, entre le for et un ou plusieurs ordres juridiques étrangers, quant à la désignation de la loi compétente pour régir un rapport juridique déterminé. Il est vrai que cela ne signifie pas pour autant que le renvoi soit d'aucune utilité. Dès lors qu'il permet d'atteindre, pour des raisons tenant aux circonstances de l'espèce, une harmonie des solutions, le renvoi peut s'avérer utile pour favoriser l'exportation des situations juridiques constituées dans le for. Il suffirait ainsi de n'y avoir recours que de manière sélective¹⁰⁵³, c'est-à-dire lorsqu'il permet au for de désigner la même loi que celle que l' (les) ordre (s) juridique (s) étranger (s) reconnaîtrait (aient) compétente s'il (s) était (aient) saisi (s) du litige.

562. Il convient cependant de remarquer que le simple fait pour le for de partager avec un ou plusieurs ordres juridiques étrangers le même point de vue quant à l'identité du droit matériel compétent ne garantit en rien que la situation juridique qu'il a constituée pourra s'exporter dans l'Etat où elle a principalement vocation à déployer ses effets.

D'une part, il n'est pas évident que l'ordre juridique désigné initialement par la règle de conflit du for coïncide avec celui où les parties se prévaudront, à titre principal, de la situation juridique constituée par la décision française. En effet, même s'il a pour but de sélectionner l'ordre juridique qui entretient les liens les plus étroits avec le rapport juridique, le choix d'un critère de rattachement correspond à une logique abstraite de localisation qui peut très bien

¹⁰⁵² L. RAAPE, « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes en droit international privé », *RCADI* 1934, IV, t. 50, p. 401, spéc. p. 413.

¹⁰⁵³ En faveur du renvoi sélectif, voir B. AUDIT, *Droit international privé*, précité, n° 221 et s.

déboucher sur la désignation du droit d'un Etat qui n'a finalement que de très faibles attaches avec la situation individuelle en cause.

D'autre part, même si l'ordre juridique étranger désigné par la règle de conflit du for s'avère effectivement être celui où le rapport individuel a principalement vocation à se développer, le fait qu'il existe, par le biais du renvoi, une communauté de vue quant à l'identité de la loi matérielle compétente ne représente qu'un facteur assez faible d'universalisation de la situation juridique créée dans le for. En effet, par hypothèse cette situation est déduite d'une décision émanant d'un organe du for¹⁰⁵⁴. La question qui se pose est donc celle de la reconnaissance à l'étranger de cette décision. Or, chacun sait que, lorsqu'il a été maintenu, le critère de la compétence législative n'est qu'un critère parmi d'autres de la régularité internationale des jugements étrangers. Ainsi, malgré le respect de cette condition par le truchement du renvoi, le juge étranger pourra être amené à rejeter la décision du for sur un autre fondement comme par exemple l'incompétence du juge d'origine. Dans ce cas de figure, le juge étranger devra, si les parties le lui demandent, se prononcer sur le fond du litige au cours d'une nouvelle instance directe. Il est alors loin d'être évident que la décision qu'il rendra sera similaire à celle rendue antérieurement par le for. En effet, si la loi appliquée sera éventuellement la même du fait de la mise en œuvre du renvoi par le juge français, le juge étranger statuera selon des règles procédurales, une conception de l'ordre public et des lois de police qui lui sont propres.

563. Il n'est guère besoin d'aller plus loin dans l'analyse du mécanisme du renvoi pour se rendre compte que la mise en œuvre de ce procédé ne permet pas d'assurer l'exportation, et par conséquent l'universalisation, des situations juridiques constituées dans l'ordre juridique du for. Il convient à présent de montrer que pour des raisons similaires une telle conclusion peut également être retenue à l'égard du mécanisme du double renvoi.

2°- Le mécanisme du double renvoi

564. Le mécanisme du double renvoi, encore appelé *total renvoi*, repose sur l'idée que la référence faite par la règle de conflit du for à l'ordre juridique étranger doit être entendue comme portant sur l'ensemble des dispositions étrangères ayant pour objet de sélectionner la

¹⁰⁵⁴ Voir *supra* n° 554.

loi matérielle applicable à la relation en cause. En d'autres termes, lorsque sa règle de conflit désigne une loi étrangère, le for doit, afin d'identifier *in fine* le droit matériel compétent, consulter non seulement les règles de conflit de lois de l'ordre juridique étranger mais également ses solutions relatives au conflit de systèmes. La référence est ainsi conçue de manière plus large que dans la figure classique du renvoi. Elle a également pour objet la position de l'ordre juridique étranger relative au mécanisme du renvoi. Ainsi, pour reprendre l'exemple donné par M. DROZ en matière de statut personnel, « si le for désigne la loi nationale danoise, on consultera le système danois pour savoir d'abord s'il renvoie à la loi du domicile, ensuite, dans l'affirmative, si ce domicile est situé en Autriche, s'il accepte ou non le renvoi effectué par la loi autrichienne à la loi danoise »¹⁰⁵⁵.

Ce mécanisme qui, on le verra, ne se confond pas exactement avec celui de la *foreign court theory*¹⁰⁵⁶, n'a pour l'heure d'écho qu'en jurisprudence anglaise¹⁰⁵⁷. Pour autant, cela ne saurait nous dispenser de nous interroger sur l'opportunité de sa mise en œuvre par les juridictions françaises. L'ordre juridique français n'aurait-il pas intérêt à avoir recours à ce mécanisme particulier de référence à l'ordre juridique étranger afin d'exporter les situations constituées en son sein et de favoriser leur universalisation ?

565. Le double renvoi encourt globalement les mêmes reproches que son homologue continental. C'est d'ailleurs ce qui explique que ce mécanisme fasse aujourd'hui l'objet de critiques au sein même du pays qui l'a vu naître¹⁰⁵⁸.

Tout d'abord, le double renvoi ne peut plus permettre de concordance dans la désignation du droit compétent dès lors qu'il vient à être généralisé. Il existe en effet un risque certain de *circulus inextricabilis* si chaque ordre juridique s'en remet aux procédés de sélection de la loi compétente de l'autre.

Ensuite, quand bien même le double renvoi conduirait à une convergence des points de vue sur la question de l'identité de la loi matérielle applicable, l'exportation à l'étranger de la

¹⁰⁵⁵ G. A. L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1991, IV, t. 229, p. 9, spéc. n° 381.

¹⁰⁵⁶ Voir notamment dans ce sens G. A. L. DROZ, *op. cit.*, *loc. cit.* et *infra* n° 568.

¹⁰⁵⁷ Voir notamment l'arrêt fondateur *Re Amnesley* de 1926, *JDI* 1927, p. 460, dans lequel le juge anglais a appliqué, à propos de la validité d'un testament, la loi française du domicile du *de cuius* en raison du renvoi opéré par le droit anglais au droit français qui était initialement désigné et qui acceptait l'offre de compétence qui lui était ainsi retournée. Comp. G. A. L. DROZ, *op. cit.*, *loc. cit.*, qui estime que cette jurisprudence relève davantage de la *foreign court theory* que du mécanisme du double renvoi.

¹⁰⁵⁸ Voir notamment A. DICEY, J. MORRIS et L. COLLINS, *The Conflicts of Laws*, Vol I, 14ème éd., Londres, 2006, p. 79, cité par P. MAYER, « Le phénomène de coordination des ordres juridiques », précité, n° 324.

situation juridique constituée dans l'ordre du for demeurerait très aléatoire. En effet, comme on l'a vu à propos du mécanisme classique du renvoi, le critère de la compétence législative n'est qu'un critère parmi d'autres de la régularité internationale des jugements étrangers de sorte que le juge étranger pourrait très bien être amené à rejeter la décision du for sur un autre fondement¹⁰⁵⁹.

566. En définitive, dès lors que la référence opérée par la règle de conflit de lois du for est comprise comme ne portant que sur les procédés abstraits de sélection du droit matériel applicable de l'ordre juridique étranger, l'exportation de la situation juridique constituée dans le for ne peut pas être garantie. Il en résulte que le renvoi comme le double renvoi ne peuvent être considérés comme des facteurs d'universalisation des situations juridiques individuelles. En va-t-il de même lorsque cette référence a pour objet le raisonnement du juge étranger ?

B- La référence au raisonnement du juge étranger

567. Au moment où l'organe du for statue pour constituer une situation juridique, le juge appartenant à l'ordre juridique où celle-ci a principalement vocation à déployer ses effets n'a encore rien décidé. Il n'en demeure pas moins qu'en consultant le droit étranger le for a la possibilité de prévoir par avance le raisonnement, encore virtuel, que le juge adopterait s'il était saisi directement du fond du litige ou s'il avait à se prononcer sur la régularité internationale de la décision du for.

Dans la première hypothèse la référence porte sur le raisonnement que le juge étranger aurait s'il devait déterminer le contenu de la situation juridique (1°), dans la seconde elle a pour objet celui qu'il retiendrait s'il lui était demandé de reconnaître la décision du for dans son ordre juridique (2°). Dans un cas comme dans l'autre, la référence à l'ordre juridique étranger demeure partielle et ne garantit qu'imparfaitement l'exportation, et donc l'universalisation, de la situation juridique constituée dans le for.

¹⁰⁵⁹ Voir *supra* n° 562.

1°- La référence au raisonnement du juge étranger à propos du contenu de la situation juridique individuelle

568. La référence à l'ordre juridique étranger dont il est ici question porte sur le résultat concret auquel parviendrait le juge étranger s'il était saisi directement du fond du litige. En d'autres termes, ce procédé, s'apparentant au mécanisme anglais de la *foreign court theory*, consiste à dissocier le for de jugement et le for de raisonnement¹⁰⁶⁰. En pratique, cela signifie que le for devra, au moment de constituer une situation juridique, se mettre à la place du juge étranger pour finalement retenir la même solution concrète que l'ordre juridique initialement désigné.

Ce procédé ne se confond pas avec celui du double renvoi dans la mesure où, dès lors qu'il le met en oeuvre, c'est au point de vue concret virtuel de l'ordre juridique étranger jugé prépondérant que le for doit s'en remettre et non à l'ensemble de ses mécanismes abstraits de désignation du droit compétent.

En outre, selon les promoteurs de cette méthode de coordination¹⁰⁶¹, la dissociation entre le for de jugement et le for de raisonnement ne doit pas être opérée à chaque fois que la règle de conflit de lois du for offre la compétence à une loi étrangère. Contrairement au double renvoi, « la référence faite par le for à l'ordre juridique étranger n'est pas due à un mécanisme abstrait déclenché par le rattachement à la loi applicable mais se justifie par une priorité qui découle non pas de la règle de conflit de lois mais de la règle de conflit de juridictions et donc d'une localisation concrète du rapport juridique »¹⁰⁶². En d'autres termes, la référence au raisonnement du juge étranger ne doit pas être perçue comme une conséquence logique et systématique de la désignation d'un droit étranger par la règle de conflit de lois du for. Elle n'a lieu d'être que dans le cas particulier où le critère servant à désigner la loi étrangère est également pertinent sur le plan de la compétence judiciaire¹⁰⁶³. Ce mécanisme permet ainsi seulement au juge français de se reconnaître, dans certains cas particuliers, compétent sur la base de critères exorbitants tout en étant assuré que la solution qu'il donnera au litige sera

¹⁰⁶⁰ Voir G.A.L. DROZ, cours précité, n° 380 et s.

¹⁰⁶¹ Voir notamment G. AL. DROZ, *op. cit.*, *loc. cit.* et A. BUCHER, « Le for de raisonnement », in *Liber amicorum Georges A. L. DROZ*, précité, p. 41.

¹⁰⁶² G.A.L. DROZ, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁶³ Voir Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, p. 107.

conforme à celle que l'ordre juridique étranger serait de toute façon en mesure d'imposer dans les faits.

Un tel système peut être intéressant pour le juge français qui a parfois besoin d'étendre son champ naturel de compétence pour protéger les intérêts des défendeurs français et surtout pour pouvoir statuer à l'égard de biens situés à l'étranger mais compris, comme en matière de successions, dans une universalité.

On s'aperçoit ainsi que, n'ayant pas vocation à être généralisé, le mécanisme décrit ne saurait se voir opposer l'argument du cercle vicieux. Le risque est en effet extrêmement faible que l'ordre juridique étranger, qui a été consulté par le for en raison de son évidente prépondérance, s'en remette à son tour au raisonnement qu'adopterait le juge du for.

Il n'en demeure pas moins que dans les rares occasions où il a vocation à jouer ce procédé, qui ne connaît pour l'heure que des illustrations dans le droit positif étranger¹⁰⁶⁴, ne constitue qu'une garantie très fragile de l'exportation des situations juridiques créées dans le for.

D'une part, il est assez difficile pour le juge du for d'identifier correctement le point de vue concret étranger qu'il devra prendre en compte¹⁰⁶⁵.

D'autre part, le fait de calquer sa solution sur celle du juge appartenant à l'ordre juridique étranger estimé prépondérant n'assure pas au for que la situation qu'il a constituée pourra y produire ses effets. En effet, la décision du for énonçant le contenu de la situation juridique pourra tout de même ne pas être reconnue à l'étranger. Il en ira notamment ainsi si le juge étranger se reconnaît, en la matière, une compétence exclusive et dénie par conséquent celle du juge français au cours de l'instance indirecte. Cette hypothèse est d'ailleurs des plus probables puisque la *foreign court theory*, qui repose sur une hiérarchisation des chefs de compétence, a justement lieu de jouer lorsque le for se reconnaît compétent sur la base de critères exorbitants voire abusifs.

C'est certainement ce qui a conduit une partie de la doctrine et certains Etats étrangers à imaginer un mécanisme conduisant le juge à se référer, au moment de constituer la situation

¹⁰⁶⁴ Voir notamment l'interprétation généralement faite de l'article 91, alinéa 1, de la loi suisse de droit international privé en vertu duquel : « La succession d'une personne qui a eu son dernier domicile à l'étranger est régie par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'Etat dans lequel le défunt est domicilié ».

¹⁰⁶⁵ Voir P. MAYER, cours précité, n° 351 : « C'est toutefois un inconvénient à ne pas négliger dans une appréciation globale des mérites du système, car bien faire fonctionner les mécanismes étrangers de la qualification, du renvoi, du conflit mobile, de la preuve de la loi étrangère, de l'ordre public international, etc... est un exploit que l'on n'est pas sûr d'accomplir à tout coup ».

juridique, au raisonnement que le juge étranger adopterait s'il lui était demandé de se prononcer sur la régularité internationale de la décision du for.

2°- La référence au raisonnement du juge étranger à propos de la régularité internationale de la décision rendue dans le for.

569. Avec un tel mécanisme, il s'agit pour le juge du for de prendre en compte la position, encore virtuelle, de l'ordre juridique étranger en ce qui concerne la reconnaissance de la décision qu'il s'apprête à rendre. Autrement dit, en mettant en oeuvre un tel procédé, le for a égard, au moment de constituer la situation juridique, aux règles de compétence indirecte de l'ordre juridique étranger. En pratique cela peut se traduire de différentes manières.

570. Tout d'abord, la possibilité de reconnaissance dans l'ordre juridique étranger de la décision du for peut conditionner la compétence internationale des organes publics qui souhaitent l'élaborer¹⁰⁶⁶. Le juge du for devra ainsi se déclarer incompétent dès lors qu'il lui apparaîtra, au moment où il s'apprête à créer une situation juridique nouvelle, que sa décision ne sera pas susceptible de reconnaissance dans un ordre juridique donné. C'est implicitement ce que prévoit l'article 88, alinéa 2 de la loi suisse de droit international privé en matière de successions lorsqu'il énonce qu'« est réservée la compétence exclusive revendiquée par l'Etat du lieu de situation des immeubles »¹⁰⁶⁷.

Un tel procédé ne peut évidemment pas être généralisé. En effet, le for se doit de faire usage de sa souveraineté pour déterminer lui-même les hypothèses dans lesquelles ses tribunaux doivent statuer. Il ne saurait s'en remettre complètement aux points de vues des ordres juridiques étrangers. Un tel mécanisme n'a lieu de jouer que lorsque le critère conférant compétence au juge du for est faible et qu'il apparaît clairement que l'ordre juridique étranger sera, en toute hypothèse, en mesure d'imposer dans les faits la solution qu'il préconise. Le mécanisme décrit sert donc de correctif au manque de pertinence de certains chefs de compétence. Il n'en demeure pas moins qu'une meilleure solution

¹⁰⁶⁶ Voir P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent », précité, n° 12.

¹⁰⁶⁷ Voir pour une telle interprétation P. MAYER, cours précité, n° 278.

consisterait à renoncer à se reconnaître compétent sur la base de critères exorbitants voire abusifs et de tendre ainsi vers une universalisation des règles de compétence directe¹⁰⁶⁸.

Il n'y a en réalité guère qu'en matière de successions ou de régimes matrimoniaux que le mécanisme peut s'avérer utile¹⁰⁶⁹. En effet, bien que potentiellement situés à l'étranger, les biens sont, dans de telles hypothèses, compris dans une universalité de sorte qu'il peut être opportun que le for se reconnaisse compétent à leur égard à condition toutefois que la décision qu'il rendra soit susceptible de reconnaissance dans l'Etat du lieu de situation.

571. Ensuite, la possibilité de reconnaissance dans l'ordre juridique étranger de la décision du for peut être « une condition matérielle de la validité de la situation »¹⁰⁷⁰. Il en va notamment ainsi de l'article 30 d'une loi norvégienne du 13 juin 1980 selon lequel : « Si l'adoption d'enfants de moins de dix-huit ans est demandée, il faut, pour la décision, prendre en considération si l'adoption sera tenue pour valide dans un Etat étranger auquel l'adoptant ou l'enfant se rattachent par le domicile, par la nationalité ou de toute autre manière si fortement qu'il s'ensuivrait des difficultés significatives si l'adoption n'y était pas reconnue ». Ici, la perspective d'absence de reconnaissance de la décision du for à l'étranger n'entraîne pas l'incompétence de ses tribunaux mais le refus d'admettre la validité de l'adoption¹⁰⁷¹.

Tout comme précédemment, le mécanisme envisagé n'est pas susceptible de généralisation ; il ne peut qu'exceptionnellement être mis en œuvre par le juge du for. En effet, le for ne peut subordonner, de manière générale, la création de situations juridiques par ses organes à la condition que la décision sera reconnue dans un ou plusieurs ordres juridiques étrangers. Dans la majorité des cas, il imposera ses vues et ne tiendra absolument pas compte de cette circonstance.

Il n'en demeure pas moins qu'en matière d'adoption le législateur français pourrait avoir intérêt à faire usage de ce procédé de référence aux règles étrangères de compétence indirecte. Il ressort en effet de l'article 370-1 du code civil, en vertu duquel l'adoption ne peut être prononcée si la loi nationale de l'adoptant ou de l'adopté la prohibe, que le droit français entend prendre en compte le point de vue des ordres juridiques étrangers concernés. La référence au droit matériel étranger peut cependant apparaître trop rigoureuse car elle empêche bon nombre d'adoptions (notamment celles concernant des enfants originaires de

¹⁰⁶⁸ *Ibid.* n° 280 : « Ce correctif, toutefois, ne serait qu'un pis-aller, la meilleure solution consistant, pour les raisons déjà indiquées, à renoncer purement et simplement à de tels critères ».

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ P. PICONE, cours précité, n° 12.

¹⁰⁷¹ Voir P. MAYER, cours précité, n° 280.

pays musulmans) d'être prononcées¹⁰⁷² alors même qu'elles seraient, du fait de l'effet atténué de l'ordre public étranger, susceptibles de reconnaissance dans l'ordre juridique de la nationalité de l'adopté ou de l'adoptant. Le but étant de ne pas heurter les conceptions fondamentales étrangères et non de se conformer strictement au droit matériel étranger, il serait ainsi peut-être préférable, afin de satisfaire les différents intérêts en jeu et notamment celui des enfants, de conditionner le prononcé d'une adoption en France à la possibilité de reconnaissance de la décision dans l'ordre juridique étranger concerné.

572. Toujours est-il que pour l'heure aucune disposition du droit français ne consacre en droit positif ce procédé de référence aux règles étrangères relatives à l'effet des jugements. Le for n'aurait-il pas intérêt, lorsque les circonstances le justifient, à mettre en œuvre un tel mécanisme afin de garantir l'exportation à l'étranger des situations juridiques qu'il a constituées ?

Si dans certains cas particuliers, la référence aux règles étrangères de compétence indirecte peut s'avérer utile pour améliorer la qualité de la réglementation, elle ne représente pas une garantie de l'exportation à l'étranger des situations juridiques constituées dans l'ordre du for. En effet, dans les deux hypothèses décrites, le procédé se traduit par une abstention de la part de l'ordre juridique français. Dans un cas les tribunaux français se déclarent incompétents, dans l'autre ils refusent de constituer la situation. Ainsi, le but est davantage d'éviter que la situation juridique constituée dans le for soit remise en cause à l'étranger que de garantir son exportation et donc son universalisation. En d'autres termes, si l'abstention peut être considérée comme une forme de coordination, elle ne peut en revanche pas être perçue comme un facteur d'exportation des situations juridiques¹⁰⁷³, celles-ci n'étant par hypothèse pas constituées dans l'ordre du for.

Il convient également de remarquer que le procédé de référence à l'ordre juridique étranger décrit peut s'avérer problématique au regard de l'objectif de prévisibilité. En effet, dès lors que la décision du for ne sera pas susceptible de reconnaissance dans l'ordre juridique étranger principalement concerné, c'est généralement à celui-ci qu'il incombera de proclamer le contenu exact de la situation juridique. Or, il se peut que celui-ci ne retienne pas une solution identique à celle que le for aurait donnée au litige si la reconnaissance de la décision

¹⁰⁷² Voir par exemple Cass. civ 1^{ère} 10 oct. 2006 (2 esp.), *D.* 2007, jurisp. p. 816, obs. H. FULCHIRON.

¹⁰⁷³ Voir P. MAYER, cours précité, n° 262.

à l'étranger avait été possible¹⁰⁷⁴. Ainsi, afin de prévoir l'issue probable du litige et d'adapter leurs comportements en conséquence, les parties devront, chose souvent peu évidente, tenir compte du sort probable de la décision du for dans le lieu nécessaire de l'exécution pour déterminer sur la base de quel ordre juridique il conviendra finalement de raisonner.

573. On peut ainsi en conclure que lorsque la référence à l'ordre juridique étranger n'est que partielle, l'exportation, et donc l'universalisation, des situations juridiques dans le for n'est pas garantie. Cela est vrai que le procédé de coordination indique à l'organe du for de tenir compte, au moment d'élaborer la décision à la base de la situation individuelle, des règles abstraites étrangères servant à sélectionner le droit matériel compétent ou qu'il l'engage à prendre en considération le raisonnement, encore virtuel, du juge étranger. Il reste maintenant à savoir si une référence globale à l'ordre juridique étranger permettrait d'obtenir le résultat souhaité.

§2- L'efficacité limitée d'une référence globale à l'ordre juridique étranger

574. Après avoir décrit la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent (A), il conviendra d'en percevoir les limites (B) en tant que procédé destiné à garantir l'exportation et, par voie de conséquence, l'universalisation des situations juridiques constituées dans l'ordre du for.

A - Présentation de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent

575. La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent est un procédé de coordination systématisé par M. PICONE¹⁰⁷⁵ à partir de dispositions éparses contenues dans les différentes législations européennes de droit international privé. Selon l'auteur, cette

¹⁰⁷⁴ Rappelons en effet que la référence à l'ordre juridique étranger porte ici uniquement sur les règles de compétence indirecte et non sur l'ensemble des procédés étrangers de résolution des litiges.

¹⁰⁷⁵ Voir en français : P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent », précité ; « Cours général de droit international privé », précité et en italien P. PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, CEDAM, Padoue, 1986.

méthode, si elle était amenée à se développer, pourrait venir en renfort de la méthode classique afin de prévenir avec plus d'efficacité le risque d'apparition de situations boiteuses¹⁰⁷⁶.

576. La principale différence avec la méthode traditionnelle tient au fait que dans le cadre de la méthode préconisée, « la référence de la part du for aux valeurs d'autres ordres juridiques n'est pas (...) une référence à une *loi* étrangère considérée dans l'abstrait, seulement en fonction de certaines de ses dispositions, mais une référence à un *ordre juridique* étranger considéré dans son ensemble, comme un tout unitaire »¹⁰⁷⁷. En d'autres termes, cela signifie qu'afin de se coordonner avec un ou plusieurs ordres juridiques étrangers¹⁰⁷⁸, le for tient compte de « l'ensemble des normes et d'organes susceptibles d'émettre, sur chaque situation juridique individuelle, un point de vue concret »¹⁰⁷⁹. L'ordre juridique étranger auquel le for se réfère doit être appréhendé dans son fonctionnement global¹⁰⁸⁰, c'est-à-dire comme un ensemble de normes – « qu'il faut considérer *unitairement* et *simultanément*, et non *distinctement* et *isolément* »¹⁰⁸¹ – gouvernant à la fois la compétence des tribunaux, le choix de la loi applicable mais aussi la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangère. Ainsi, ce n'est plus des conflits entre les lois matérielles des différents Etats, entre leurs points de vue abstraits, qu'il s'agit de résoudre mais ceux qui existent entre les ordres juridiques considérés en bloc, entre les points de vue concrets qu'ils sont respectivement susceptibles d'émettre à propos d'une situation juridique donnée¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁶ Voir B. ANCEL, « Compte rendu de P. PICONE, « La méthode de l'ordre juridique de référence » », *Rev. crit. DIP* 1988, p. 187.

¹⁰⁷⁷ P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent », précité, n° 10, p. 269 (l'italique est dans l'original).

¹⁰⁷⁸ Comme l'indique P. MAYER, « Le phénomène de coordination des ordres juridiques », précité, n° 243 : « Sur cette alternative entre le singulier et le pluriel l'auteur ne s'explique guère. Le singulier paraît mieux convenir à l'appellation même de sa méthode (« référence à l'ordre juridique compétent »), ainsi qu'au fait que l'ordre juridique compétent est le plus souvent censé, (...), être désigné par la règle du for qui assure également la fonction de résoudre le conflit de lois ».

¹⁰⁷⁹ P. MAYER, *op. cit.*, n° 248.

¹⁰⁸⁰ L'expression de « référence au fonctionnement global de l'ordre juridique étranger », d'ailleurs parfois utilisée par le promoteur de cette méthode, nous paraît mieux adaptée que celle de « référence globale à l'ordre juridique étranger ». La raison en est qu'une référence globale à l'ordre juridique étranger est impossible dès lors que les règles de conflit de lois de celui-ci donne compétence à une autre loi matérielle que la sienne. En effet, dans une telle configuration, la référence ne peut, sans contradiction, à la fois porter sur les règles matérielles de l'ordre juridique de référence et sur ses dispositions conflictuelles. Voir sur ce point P. MAYER, *op. cit.*, n° 116 et 117.

¹⁰⁸¹ P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent », précité, n° 11, p. 270 (l'italique est dans l'original).

¹⁰⁸² *Ibid.* n° 11, p. 271.

Selon le promoteur de la méthode de la référence à l'ordre juridique, celle-ci n'a pas vocation à être généralisée. Elle a seulement lieu de jouer lorsque le rapport social présente peu d'attaches avec le for et qu'il est par conséquent principalement destiné à se développer dans le cadre de l'ordre juridique étranger reconnu comme compétent¹⁰⁸³. La référence à l'ordre juridique étranger, compris comme un tout unitaire, est alors censée permettre une certaine continuité des situations juridiques par-delà les frontières¹⁰⁸⁴ ; en d'autres termes, elle tend à parfaire l'universalisation des situations juridiques individuelles.

577. Du point de vue du for, cet objectif peut être atteint de deux manières différentes selon que la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent est « utilisée en vue de la *constitution* dans le for de situations juridiques déterminées, ou bien en vue de la *reconnaissance* dans le for de situations juridiques existantes ou acquises à l'étranger »¹⁰⁸⁵.

Dans le premier cas, le procédé de coordination imaginé par M. PICONE conduira le for, afin de s'assurer que la situation qu'il s'agit de créer soit susceptible de reconnaissance dans l'ordre juridique étranger jugé compétent, à tenir compte de « toutes les techniques de droit international privé utilisées par cet ordre juridique, et surtout aux procédés de reconnaissance des jugements étrangers, et non pas seulement (comme il arrive avec le mécanisme du renvoi) aux règles de conflit étrangères »¹⁰⁸⁶.

Dans le second cas, la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent amènera le for à reconnaître et à rendre efficaces les situations juridiques constituées à l'étranger à la seule condition qu'elles « soient valables et efficaces à l'intérieur de l'ordre étranger en question »¹⁰⁸⁷.

Dans la mesure où l'objet de ces développements est d'analyser les procédés permettant d'exporter à l'étranger les situations juridiques constituées dans l'ordre du for, seule la première utilisation de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent retiendra ici notre attention.

¹⁰⁸³ *Ibid.* n° 24 et s. spéc. n° 25, p. 325 : « Les règles de référence à l'ordre juridique compétent servent en principe à l'appréciation de situations juridiques que le for considère comme « localisées » ou aptes à « se dérouler » à titre principal dans le cadre d'un ordre juridique étranger (...) » et *infra* n° 581 et s.

¹⁰⁸⁴ P. PICONE, « Cours général de droit international privé », précité, n° 36, p. 123 : « La coordination poursuivie vise donc à éviter (au stade de la constitution ou de la reconnaissance) les situations « boiteuses », c'est-à-dire les situations qui, eu égard à un « cercle » d'ordres juridiques composé toujours du for et d'un ou plusieurs ordres étrangers, soient admises à produire leurs effets dans l'ordre du for et pas dans les autres, ou vice versa ».

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, n° 37, p. 124.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.* n° 37, p. 124.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.* n° 40, p. 131.

578. Pour l'heure, il existe assez peu de dispositions de droit positif qui, dans l'hypothèse où la situation juridique doit être matériellement constituée pour la première fois dans le for, reprennent à leur compte la méthode préconisée par M. PICONE. La plupart du temps, on constate en effet que les différents Etats se contentent de déterminer la loi matérielle applicable et ne se réfèrent guère, afin de définir le contenu exact de la situation juridique, aux autres valeurs juridiques qui composent l'ordre étranger désigné par la règle de conflit de lois.

On notera d'ailleurs que l'exemple sur lequel l'auteur se base à titre principal est contenu dans des dispositions aujourd'hui abrogées et qui ne peuvent illustrer la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent qu'au prix d'une interprétation peu évidente des textes. Cette disposition qui retient tout particulièrement l'attention de M. PICONE est l'ancien article 606 b, n° 1, du ZPO allemand qui, en matière matrimoniale, prévoyait que : «Lorsque aucun des époux ne possède la nationalité allemande, un tribunal allemand ne pourra décider que : 1) si le lieu de résidence habituelle du mari ou de la femme se trouve en Allemagne et 2) si la décision rendue par le tribunal allemand est reconnue selon le droit national du mari ». A première vue, cette disposition semble simplement subordonner la compétence des tribunaux allemands à la condition que la décision puisse être reconnue dans l'ordre juridique national du mari. La référence paraît ainsi seulement porter sur les règles étrangères de compétence indirecte¹⁰⁸⁸ et non sur l'ordre juridique compétent entendu comme un tout unitaire. Cependant, selon M. PICONE, cette disposition ne se contente pas de régler une question de compétence directe. Elle doit être mise en relation avec la règle de conflit de lois de l'époque qui donnait, en la matière, compétence à la loi nationale du mari. Pour l'auteur, « les dispositions sur la compétence internationale conditionnée et celles sur la loi applicable doivent (...) être reliées et considérées ensemble, en tant que fragments isolés d'une règle unitaire de renvoi à l'ordre compétent (...) »¹⁰⁸⁹. Ainsi, cette règle unique, résultant à la base de deux dispositions sans rapport apparent, indiquerait aux tribunaux allemands amenés à prononcer le divorce de deux étrangers de tenir compte non seulement de la loi nationale du mari mais également des règles relatives à l'effet des jugements étrangers de l'ordre juridique dont celui-ci relève.

¹⁰⁸⁸ Sur ce type de référence partielle à l'ordre juridique étranger voir *supra* n° 559 à 573.

¹⁰⁸⁹ « Cours général de droit international privé », précité, n° 38, p. 128.

579. Le fait que la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent n'ait qu'un faible écho en droit positif ne saurait pour autant nous dispenser de nous interroger sur ses perspectives futures d'utilisation¹⁰⁹⁰.

L'ordre juridique français n'aurait-il pas intérêt à y avoir recours afin de permettre une meilleure exportation des situations constituées en son sein ? L'universalisation des situations juridiques réalisée serait-elle alors en mesure de suppléer celle des règles générales et de satisfaire à elle seule l'ensemble des intérêts en jeu ?

580. C'est à ces questions qu'il convient à présent de répondre en étudiant les limites de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent.

B- Limites de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent

581. Si la méthode de coordination de M. PICONE mérite une attention particulière, c'est parce qu'elle échappe, dans l'ensemble, aux critiques que l'on a précédemment pu formuler à l'encontre des mécanismes qui enjoignent le for à ne se référer que de manière partielle à l'ordre juridique étranger au moment de constituer le rapport de droit. De ce fait, elle constitue potentiellement un procédé efficace d'exportation, et donc d'universalisation, des situations juridiques individuelles créées dans le for.

Tout d'abord, contrairement au mécanisme du renvoi ou à celui du double renvoi, la référence ne porte pas uniquement sur les mécanismes abstraits de désignation du droit compétent de l'ordre juridique étranger jugé prépondérant. Dans le cadre de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent, le for doit également prendre en considération, au moment de constituer une situation juridique, les mécanismes étrangers « de garantie et de mise en œuvre du droit »¹⁰⁹¹. En d'autres termes, c'est au point de vue concret de l'ordre juridique étranger jugé compétent que le for se réfère. Le caractère général de la référence a

¹⁰⁹⁰ M. PICONE prévoit plusieurs hypothèses d'utilisation potentielle de la méthode lorsqu'il s'agit de créer des situations dans le for : *Ibid.* n° 43, p. 139 : « La méthode peut en effet s'imposer, avec son approche fonctionnelle, soit à cause des caractéristiques particulières, du point de vue matériel et conflictuel, des situations considérées (par exemple, adoptions internationales) ; soit à cause des modalités plus formelles de constitution des situations juridiques en objet (surtout quand celles-ci découlent de l'acte constitutif d'un organe public du for) ; soit, enfin, pour des raisons liées à la nécessaire exécution à l'étranger des jugements prononcés dans le for (jugements concernant des litiges relatifs aux droits réels sur des biens immobiliers situés à l'étranger, ou en matière successorale) ». Sur cette dernière perspective d'utilisation voir également L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006.

¹⁰⁹¹ P. PICONE, « Cours général de droit international privé », précité, n° 35, p. 121.

en effet pour but de garantir que le for adopte la même solution concrète que l'ordre juridique désigné. Il ne s'agit plus de rendre applicable le droit matériel auquel l'ordre juridique étranger donne compétence. Au moment où le for constitue la situation juridique, ce point de vue concret, bien que virtuel, est la plupart du temps identifiable en observant la façon dont le droit est généralement mis en œuvre à l'étranger¹⁰⁹². Dès lors qu'une telle identification sera possible, le for pourra alors aligner son appréciation concrète de la situation sur celle qu'aurait effectuée l'ordre juridique de référence. Ainsi, la convergence des points de vue n'est pas, comme avec le mécanisme du renvoi¹⁰⁹³, due au hasard. Elle est garantie par le caractère général de la référence adressée à l'ordre juridique étranger.

Ensuite, la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent semble réellement apte à assurer l'exportation des situations juridiques. En effet, la référence étant globale, le for doit également, au moment de constituer le rapport de droit, consulter les règles de compétence indirecte de l'ordre juridique où la situation a principalement vocation à déployer ses effets. Elle n'encourt ainsi pas la critique principale que l'on a pu adresser au procédé de dissociation du for de jugement et du for de raisonnement.

Enfin, contrairement au mécanisme consistant à se référer aux seules règles de compétence indirecte de l'ordre juridique étranger¹⁰⁹⁴, la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent offre aux parties une base de prévision importante leur permettant d'adapter leurs comportements en conséquence. En effet, qu'en considération du sort qui sera réservée à sa décision à l'étranger le for accepte ou non de créer la situation juridique, l'ordre juridique de référence constituera toujours le cadre unique à partir duquel les parties devront raisonner afin de prévoir, avant tout contentieux, la teneur exacte de leurs droits et de leurs obligations. La référence étant globale, la solution ne différera en principe pas selon que la décision du for sera susceptible ou non de reconnaissance dans l'ordre juridique de référence. Dans la première hypothèse, le for acceptera de créer la situation et se référera pour ce faire au point de vue concret de l'ordre juridique désigné. Dans la seconde, c'est généralement aux tribunaux de l'ordre juridique compétent qu'il incombera de statuer selon leurs propres vues. Ainsi, les parties pourront prévoir l'issue probable du litige avant tout contentieux et sans

¹⁰⁹² Voir P. MAYER, cours précité, n° 247 : « En l'absence de décision, le point de vue concret d'un ordre juridique est une pure virtualité : il est ce que déciderait, par la mise en œuvre de son système de conflit de lois, un juge de cet ordre juridique s'il était saisi ou, plus exactement, s'il était saisi directement du fond du litige. N'étant inscrit dans aucune norme, ce point de vue n'est pas l'expression de l'ordre juridique, ne lui appartient pas. Il ne s'agit de rien de plus qu'une prédiction, accessible à tout observateur, de ce que l'ordre juridique déciderait (...) ».

¹⁰⁹³ Voir *supra* n° 561.

¹⁰⁹⁴ Sur lequel voir *supra* n° 559 à 573.

nécessairement connaître à l'avance l'identité du tribunal qui sera appelé à statuer. Le cadre de réalisation du droit devant être pris comme référent sera en effet toujours fourni par l'ordre juridique jugé compétent¹⁰⁹⁵. Il convient de rappeler que ce paramètre est essentiel pour juger de l'opportunité du procédé décrit étant donné que l'amélioration de la prévisibilité constitue l'un des objectifs justifiant l'universalisation des situations juridiques individuelles.

582. Ainsi, à première vue, la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent semble être un procédé adéquat d'exportation des situations juridiques individuelles constituées dans le for. Pour autant, le rôle que ce mécanisme peut potentiellement jouer au sein du processus global d'universalisation du droit ne saurait être exagéré. L'utilisation de ce mécanisme est en effet nécessairement limitée et ne peut être envisagée sans une universalisation préalable de certaines règles générales. Il en résulte que la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent ne peut donner lieu qu'à une forme d'universalisation complémentaire. En aucun cas elle ne peut permettre, à elle seule, de réaliser l'ensemble des objectifs qui confèrent à l'universalisation du droit sa raison d'être.

583. En premier lieu, le champ d'application de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent est nécessairement limité. Comme le reconnaît M. PICONE lui-même, « ces règles (de référence à l'ordre juridique compétent), en prenant comme critère d'appréciation de la validité des situations juridiques en droit international privé le point de vue d'un ordre juridique étranger, ne peuvent *en aucun cas* édifier un système *complet* de règles de conflit, c'est-à-dire un système qui se base exclusivement sur la mise en œuvre de règles de ce type »¹⁰⁹⁶. La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent n'est ainsi susceptible d'être utilisée que dans les hypothèses où la situation présente une prépondérance évidente d'éléments d'extranéité par rapport au for¹⁰⁹⁷.

Si elle venait à être généralisée, la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent faciliterait certes l'exportation des situations juridiques constituées dans le for, mais l'universalisation qui en résulterait ne permettrait pas de réaliser les objectifs recherchés et

¹⁰⁹⁵ Voir L. D'AVOUT, thèse précitée, 303.

¹⁰⁹⁶ P. PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent », précité, n° 24, p. 321 (l'italique est dans l'original) et plus loin : « cela n'a aucun sens qu'un ordre juridique procède à l'appréciation de la validité en droit international privé de *toutes* les catégories de rapports juridiques « interindividuels » en suivant, dans *chaque* cas, le point de vue d'un ordre juridique étranger quelconque, afin de garantir, (...), que les situations juridiques en question soient valables et efficaces dans l'ordre juridique à chaque fois choisi comme référence ».

¹⁰⁹⁷ P. MAYER, cours précité, n° 243.

perdrait par conséquent toute raison d'être. Cela conduirait en effet le for à renoncer systématiquement à sa conception de la justice des relations interindividuelles pour s'aligner, en vue de constituer une situation individuelle, sur le point de vue d'un ordre juridique étranger. Or, la protection de l'idée que le for se fait de l'intérêt général constitue précisément l'un des objectifs qui justifie l'universalisation du droit. Il en résulte que la méthode de la référence à l'ordre juridique doit être cantonnée aux hypothèses, finalement assez rares, où les concessions effectuées par le for quant à sa conception de l'intérêt général sont compensées, du fait de son éloignement avec la situation, par les avantages procurés aux parties en termes de prévisibilité du droit.

584. En second lieu, même lorsqu'elle est, au regard de ce qui précède, susceptible d'être mise en œuvre, la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent ne peut pas fonctionner correctement sans une universalisation préalable des règles générales.

Si la règle de référence à l'ordre juridique n'est pas universelle, la méthode de M. PICONE risque de se heurter à l'objection du cercle vicieux¹⁰⁹⁸. En effet, dès lors que l'ordre juridique étranger désigné par le for n'accepte pas la compétence globale qu'il lui est offerte et renvoie celle-ci à un ordre juridique tiers, ce procédé de coordination se trouve dans l'impossibilité absolue de fonctionner. Chacun conférant à l'autre la charge de déterminer le point de vue concret devant prévaloir, aucune solution ne peut finalement s'imposer dans les faits. Pour que le système soit viable et l'exportation de la situation juridique constituée dans le for garantie, il faut donc que l'ordre juridique désigné par le for – et un ou plusieurs autres Etats – se reconnaisse lui-même comme étant l'ordre juridique de référence et accepte de statuer selon ses propres vues. Un consensus doit donc exister quant à l'identité du point de vue concret devant être respecté. Autrement dit, la règle de conflit particulière de référence à l'ordre juridique compétent doit être universalisée.

585. En définitive, la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent ne peut constituer un procédé viable et opportun d'exportation, et donc d'universalisation, des situations juridiques constituées dans le for qu'à la double condition que la situation lui soit suffisamment extérieure et que la règle de désignation de l'ordre de référence soit au moins commune au for et à l'Etat étranger jugé globalement compétent.

¹⁰⁹⁸ P. MAYER, *op. cit.*, n° 255.

A ce titre, le champ d'application que M. PICONE préconise pour la méthode qu'il décrit peut paraître quelque peu démesuré. En effet, c'est parfois de manière abusive qu'il déduit du simple rattachement retenu par la règle de conflit de lois du for le caractère extérieur de la situation. Ainsi, en matière de statut personnel, le fait que la règle de conflit du for désigne la loi nationale ne saurait signifier que le point de vue concret de l'ordre juridique de la nationalité doit s'imposer dans sa globalité et que la situation juridique n'ait vocation, dans le futur, à ne déployer ses effets qu'à l'étranger.

De manière générale, on peut estimer que M. PICONE donne trop d'importance aux règles de conflit de lois dans la détermination de l'ordre juridique compétent. Cette désignation ne peut se faire qu'au moyen de règles de conflit spécifiques qui répondent à une logique propre¹⁰⁹⁹. Eu égard à ses caractéristiques et à ses objectifs particuliers, le mécanisme de la référence à l'ordre juridique compétent ne saurait se greffer sur les règles de conflits de lois bilatérales déjà existantes.

Il est également possible de reprocher à M. PICONE de vouloir faire jouer sa méthode dans des matières, comme celle notamment du statut personnel, pour lesquelles il n'existe aucun consensus quant à l'identité de l'ordre juridique dont le point de vue concret doit nécessairement prévaloir. Or, on a pu constater que ce procédé de coordination ne pouvait pas correctement fonctionner sans une universalisation préalable de la règle générale de référence à l'ordre juridique compétent.

586. Il n'y a finalement guère qu'en matière de droit des biens que les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent peuvent être réunies. En effet, dès lors que les biens objet du litige sont situés à l'étranger, la situation juridique qui les concerne et que le for est susceptible de créer peut être considérée comme suffisamment extérieure. De plus, il existe incontestablement un consensus pour estimer que l'ordre juridique de situation est celui qui doit, pour des raisons de souveraineté et de prééminence relativement aux mesures d'exécution, être considéré comme l'ordre de référence. C'est pourquoi, plutôt que de cantonner la compétence des tribunaux du for et de conférer à la *lex rei sitae* un champ d'application général, M. D'AVOUT préconise d'utiliser, dans cette configuration particulière, la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent. Selon l'auteur il serait plus conforme aux finalités du droit positif de considérer que « dans toutes les hypothèses où le droit subjectif litigieux se réalisera nécessairement sur le territoire

¹⁰⁹⁹ Voir P. MAYER, cours précité, n° 253 et 259.

d'un Etat étranger, le juge saisi doit, sauf volonté de contournement, en référer aux conceptions immédiatement efficaces de cet ordre juridique : si cet ordre juridique s'estime exclusivement compétent au cas concret, alors le juge saisi se déclarera incompétent ; si tel n'est pas le cas, le juge pourra se déclarer compétent, mais il devra continuer d'en référer aux conceptions de l'ordre juridique de situation de sorte que son jugement puisse ultérieurement y produire ses effets »¹¹⁰⁰. Par rapport à la solution classique, ce procédé de coordination présenterait l'avantage non négligeable de permettre au for de se reconnaître compétent à l'égard de biens situés à l'étranger mais compris dans une universalité tout en respectant la prééminence internationale de l'ordre juridique de situation et en garantissant l'exportation et l'efficacité de la situation juridique à l'étranger¹¹⁰¹.

Il n'en demeure pas moins que la méthode de la référence à l'ordre juridique n'est susceptible d'être utilisée que dans des secteurs particuliers et à condition que les règles générales de référence soient préalablement universalisées.

587. En résumé, les mécanismes indiquant au for de consulter, au moment de créer la situation juridique, l'ordre juridique étranger jugé prépondérant ne permettent de garantir l'exportation de celle-ci que lorsque la référence envisagée est une référence globale. Cependant, même dans cette hypothèse, l'universalisation des situations juridiques constituées dans le for – qui de toute façon est insuffisante à atteindre à elle seule l'ensemble des objectifs recherchés de manière générale à travers la mise en œuvre du processus d'universalisation du droit¹¹⁰² – ne peut être réalisée que dans un nombre très restreint de cas et à condition qu'une unification des règles générales existe préalablement. Il en résulte que la méthode de la référence à l'ordre juridique étranger ne peut constituer qu'un procédé d'universalisation du droit complémentaire, un mécanisme d'appoint inapte à transcender à lui seul les impasses générées par le particularisme.

¹¹⁰⁰ L. D'AVOUT, thèse précitée, n° 210 et également n° 214 : « Dans le cas précis des litiges patrimoniaux qui nécessairement se résoudront sur une chose matérielle déterminée, tout juge extraterritorial saisi devrait en référer concrètement à l'ordre juridique de situation physique de l'objet, dont les normes relatives à la réalisation forcée des droits réels sont en fait dotées de prééminence internationale ».

¹¹⁰¹ Selon l'auteur, *op. cit.*, n° 16, l'instauration de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé des biens permettrait également « de cantonner unilatéralement le champ d'application de la loi de situation, en fonction de particularités propres à chaque Etat, qui n'exigent pas de manière nécessaire et inéluctable une application uniforme de la loi locale au régime des biens locaux (...) et (...) de consacrer, dans l'espace ainsi unilatéralement laissé libre par l'ordre juridique de situation, des principes généraux de rattachements subsidiaires, notamment celui des droits réels d'origine conventionnelle à la loi d'autonomie ».

¹¹⁰² Voir *supra* n° 360 et s.

En va-t-il de même lorsque le procédé destiné à garantir l'exportation des situations juridiques individuelles ne consiste plus, pour le for, à se référer à l'ordre juridique jugé prépondérant mais à tenter de lui imposer son point de vue ?

Section 2. Les tentatives du for visant à imposer son point de vue à l'étranger

588. Dans le cas de figure précédent, pour garantir le respect de la situation juridique constituée en son sein, le for veillait à ce que celle-ci puisse être reconnue à l'étranger en se référant aux éléments constitutifs de l'ordre juridique considéré comme prééminent. On a vu qu'un tel procédé n'avait – relativement à l'objectif d'exportation des situations juridiques constituées dans le for – qu'une efficacité limitée et qu'il ne pouvait être mis en œuvre que dans des circonstances bien particulières. En effet, étant donnée la seule valeur fonctionnelle que nous avons attribuée à l'universalisation du droit, il n'est pas envisageable que l'ordre juridique français adopte systématiquement le point de vue étranger et qu'il renonce de manière générale à ses conceptions de la justice dans les relations individuelles. Dans la plupart des cas, le for devra donc affirmer son point de vue même si sa décision et par conséquent la situation juridique individuelle qui en résulte risquent de pas être reconnues à l'étranger.

Comment alors éviter la remise en cause de la situation juridique constituée dans le for et garantir son universalisation ?

De toute évidence, le for se trouve dans l'incapacité de contraindre les ordres juridiques étrangers à reconnaître la situation juridique constituée en son sein et éventuellement à collaborer à sa réalisation concrète. Les principes élémentaires du droit international public découlant de la souveraineté des Etats indiquent en effet que chaque ordre juridique dispose d'une compétence territoriale exclusive pour les opérations de contrainte matérielle et qu'il ne peut se voir contraint d'obéir à un ordre adressé par l'un de ses pairs¹¹⁰³.

Il existe cependant des moyens de pression indirects par lesquels le for pourra tenter de contourner la difficulté tenant au risque de non-reconnaissance de sa décision à l'étranger. Il ne s'agira alors plus de rechercher la collaboration de l'ordre juridique étranger dans lequel la

¹¹⁰³ Voir *infra* n° 603 à 607.

situation constituée dans le for a principalement vocation à produire ses effets mais, au contraire, de se passer de cette collaboration. Autrement dit, par des « moyens de contournement »¹¹⁰⁴, le for fera en sorte que sa décision soit susceptible de rayonner au-delà des frontières de son territoire sans qu'il faille pour cela qu'elle soit reconnue ou rendue exécutoire à l'étranger. Dans une telle hypothèse, la situation constituée dans le for n'est pas à proprement parler exportée puisque les ordres juridiques étrangers ne la reconnaissent pas. Ceux-ci ne peuvent cependant que difficilement la remettre en cause de telle sorte qu'elle s'impose, d'une certaine manière, à eux. En somme, en mettant en œuvre de tels procédés, le for tend à conférer à la situation juridique constituée en son sein un champ d'application universel.

589. Après avoir envisagé les différents procédés permettant au for d'imposer indirectement son point de vue aux ordres juridiques étrangers (§1), il conviendra de démontrer que leur mise en œuvre ne saurait être généralisée (§2).

§1- Les procédés envisageables

590. Deux procédés sont envisageables pour contourner le risque de non-reconnaissance des situations juridiques créées dans le for et s'assurer qu'elles ne seront pas remises en cause à l'étranger. Il s'agit des injonctions *in personam* à portée extraterritoriale (A) et de la réalisation par équivalent (B)¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁴ L'expression est empruntée à L. D'AVOUT, thèse précitée, n° 424 et s.

¹¹⁰⁵ Voir L. D'AVOUT, *ibid.*, qui envisage également ces deux techniques comme des « procédés de contournement » permettant, en matière de droits réels, de passer outre les contraintes relatives à la nécessité d'une reconnaissance des décisions à l'étranger.

A- Les injonctions in personam à portée extraterritoriale

591. Au cours du XX^e siècle, la conception de la fonction juridictionnelle a considérablement évolué¹¹⁰⁶. Initialement, les auteurs se sont surtout efforcés de la distinguer des deux autres pouvoirs étatiques que sont le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Il existait alors un large consensus pour reconnaître que la spécificité de cette fonction tenait à la notion de *jurisdictio* ; c'est-à-dire à la mission qui consiste à dire le droit, « à découvrir (généralement à la suite d'une contestation, d'un litige, d'un procès) quelle est, parmi les règles de droit préexistantes, celle dont les dispositions abstraites recouvrent le cas (de l'espèce), de déclarer ainsi la règle de droit applicable et d'en faire application »¹¹⁰⁷.

Peu à peu, il est apparu que cette notion de *jurisdictio* s'avérait trop restrictive pour décrire l'ensemble de l'activité du juge¹¹⁰⁸. En effet, à côté de la *jurisdictio*, le juge dispose d'un certain nombre de pouvoirs lui octroyant le droit d'ordonner aux plaideurs certains actes afin d'assurer le bon déroulement du procès et de garantir l'exécution des décisions de justice. Les auteurs modernes ont ainsi réintégré dans la conception de la fonction juridictionnelle ce pouvoir d'injonction mis en œuvre par le juge pour accomplir dans de meilleures conditions sa mission principale de dire le droit dans des cas particuliers.

On ne peut qu'approuver cette conception élargie de la fonction juridictionnelle dans la mesure où, en réponse aux besoins exprimés par la pratique, le législateur comme la jurisprudence n'ont eu de cesse d'étendre ce pouvoir d'injonction¹¹⁰⁹. En effet, conscients que le juge ne pouvait se contenter de rendre un jugement sans se soucier de son efficacité future¹¹¹⁰, le législateur, et parfois le juge lui-même, ont doté les tribunaux de moyens de pression étendus leur permettant de garantir, par des injonctions adressées aux plaideurs, l'effectivité de leurs décisions.

¹¹⁰⁶ Voir sur cette question M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 1987, p. 5.

¹¹⁰⁷ J. CARBONNIER, *Introduction*, PUF, 24^{ème} éd., 1996, p. 29.

¹¹⁰⁸ Voir notamment P. HEBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », *Rec. de l'Académie de Législ. De Toulouse*, t. XIX, 1949, p. 141.

¹¹⁰⁹ Voir sur cette évolution S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse dactyl., Paris I, 1999, n° 15 et s.

¹¹¹⁰ Voir P. DRAI, « L'exécution des décisions de judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal », *RID comp.* 1986, p. 511.

592. Le juge français n'a cependant pas perçu que ce pouvoir d'injonction, considérablement renforcé au cours de la seconde moitié du siècle dernier, pouvait être utilisé dans les relations internationales entre personnes privées afin d'imposer unilatéralement son point de vue nonobstant l'impossibilité absolue de procéder à des actes de contrainte en territoire étranger ou d'adresser, en contravention au principe d'autonomie des ordres juridiques étatiques consacrés par le droit international public, des ordres au service public étranger de la justice. Il n'est qu'une seule hypothèse dans laquelle le juge français a accepté de prononcer une injonction *in personam* ayant vocation à s'exécuter en territoire étranger pour conférer une portée extraterritoriale à sa décision tout en contournant les obstacles liés au phénomène de la frontière et au principe de souveraineté des Etats. Il s'agit d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 19 novembre 2002 rendu en matière de faillite¹¹¹¹.

En la matière, les droits anglo-saxons se sont montrés beaucoup plus imaginatifs. En effet, très tôt le juge anglais a compris qu'en adressant des injonctions à la personne même du plaideur – injonctions ayant certes vocation à s'exécuter à l'étranger mais dont la sanction s'exerce sur le seul territoire du for – il devenait possible de conférer à sa décision une portée extraterritoriale sans que la reconnaissance de celle-ci soit forcément nécessaire. C'est ainsi que l'on découvre dans les pays de *common law* un nombre important de mesures permettant aux juges d'enjoindre aux acteurs du procès d'effectuer certains actes en territoire étranger¹¹¹².

593. Parmi celles-ci, une pratique relativement courante dans les pays anglo-saxons permet tout particulièrement au juge d'imposer son point de vue relativement au litige qui lui est soumis. Il s'agit de la mesure consistant à interdire à l'une des parties d'initier ou de poursuivre une procédure judiciaire à l'étranger. Cette mesure, dite *anti-suit injunction*, présente l'avantage de permettre au for de protéger sa compétence et d'éviter que la saisine abusive d'une juridiction étrangère – susceptible de ne pas tenir compte de la situation de litispendance et de rendre une décision incompatible avec la sienne – ne l'empêche, dans les faits, d'imposer son point de vue relativement au litige qui lui est soumis.

¹¹¹¹ Cass. civ. 1^{ère} 19 nov. 2002, *Epoux Brachot*, JCP 2002, II, 10201, conclusions de l'avocat général G. SAINTE-ROSE, note S. CHAILLE DE NERE, D. 2003, jurisp. p. 797, note G. KHAIRALLAH ; *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2003, p. 29, obs. M.-L. NIBOYET ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 631, note H. MUIR WATT et sur lequel voir *infra* n° 593.

¹¹¹² Sur l'ensemble de ces mesures voir notamment S. CLAVEL, thèse précitée, n° 142 et s. ; H. MUIR WATT, « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (à propos de la l'arrêt de la *Court of Appeal, Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*) », *Rev. crit. DIP* 1998, p. 27 ; G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, t. 341, 2000 et en langue anglaise A. DICEY, J. MORRIS et L. COLLINS, *The Conflicts of Laws*, précité, n° 12-057 et s. et n° 8-002 et s.

Il en va notamment ainsi lorsque la décision que le for s'apprête à rendre sur le fond concerne des biens situés à l'étranger. Dans une telle situation, le prononcé d'une injonction *anti-suit* garantit au for de pouvoir statuer en prenant en considération l'ensemble des biens, qu'ils soient situés sur son territoire ou à l'étranger, sans subir la concurrence d'une juridiction étrangère qui pourrait, *de facto*, réduire considérablement la portée et l'effectivité de sa décision à venir. Si un tel mécanisme est en soi envisageable c'est parce qu'à première vue¹¹¹³ il ne contrevient pas aux principes élémentaires de droit international public.

En effet, d'une part l'injonction n'est pas adressée au juge étranger mais au plaideur et n'a pas pour objet d'appréhender des biens situés à l'étranger mais de contraindre un particulier à une certaine action. Ainsi, l'immunité d'exécution dont jouit l'ensemble des Etats souverains n'est pas enfreinte.

D'autre part, la sanction de cette injonction s'exerce sur le seul territoire du for et ne constitue par conséquent pas une violation du principe absolu de territorialité de la contrainte. Cette sanction, dite du *contempt of court*¹¹¹⁴, consiste en effet à condamner pénalement dans l'Etat d'origine le plaideur qui ne se serait pas conformé à l'injonction qui lui a été adressée et aurait ainsi porté outrage au tribunal.

S'il est vrai qu'une telle sanction n'existe pas en droit français, le mécanisme de l'astreinte pourrait cependant remplir les mêmes fonctions. En condamnant le destinataire de l'injonction à payer une certaine somme en cas de non-respect de celle-ci, le juge français pourrait en effet tout aussi bien assurer le respect de mesures à caractère extraterritorial sans pour autant contrevenir aux principes élémentaires du droit international public¹¹¹⁵.

C'est d'ailleurs ce que fit la Cour de cassation dans un arrêt du 19 novembre 2002¹¹¹⁶ en ordonnant sous astreinte à un créancier de renoncer à toute action en justice et à toute voie d'exécution relative à un immeuble du débiteur situé en Espagne. Le but était ici de permettre au juge français, préalablement saisi d'une procédure collective à l'encontre du débiteur, de

¹¹¹³ Voir cependant la réserve émise *infra* n° 606

¹¹¹⁴ Voir sur cette notion G. CUNIBERTI, thèse précitée, n° 87 et s. et en langue anglaise C.J. MILLER, *Contempt of court*, Clarendon Press, Oxford, 2^{ème} éd., 1989, p. 407 et s.

¹¹¹⁵ On remarquera par ailleurs que la sanction pécuniaire pratiquée sur le seul territoire du for ne représente pas l'unique moyen permettant de persuader le destinataire de ne pas poursuivre son action devant des juridictions étrangères. Le simple prononcé de l'injonction constitue en effet un avertissement adressé à son destinataire que la décision obtenue à l'étranger ne sera pas reconnue dans le ressort du for. Voir E. CORNUT, « *Forum shopping* et abus de choix de for en droit international privé », *JDI* 2007, p. 27, spéc. n° 57 : « A défaut d'un effet direct, cette injonction peut avoir un effet dissuasif. L'injonction prononcée par le for naturel et avant que le for choisi ne soit saisi ou avant qu'il ne rende sa décision, peut en effet constituer un avertissement adressé à son destinataire que la décision qu'il obtiendra de l'autorité qu'il saisira ou qu'il a saisie, ne sera pas reconnue dans le ressort du for non choisi ».

¹¹¹⁶ Jurisprudence précitée à la note n° 1110.

faire respecter l'universalité de la faillite et d'éviter que son futur jugement pâtit par avance d'inefficacité en raison d'actions des créanciers en Espagne, lieu de situation de certains biens du débiteur et pays où le débiteur était toujours considéré *in bonis*. En d'autres termes, il s'agissait de mettre le juge français dans des conditions adéquates pour que son jugement relatif à la faillite puisse s'imposer, et donc dans une certaine mesure s'exporter, à l'étranger et qu'il ne soit pas par avance destiné à être remis en cause.

594. Ainsi, l'*anti-suit injunction* présente de nombreux avantages. Elle permet au for d'éviter qu'une juridiction étrangère, susceptible de ruiner par avance l'effectivité de sa décision, ne se saisisse du litige. Pour autant, son efficacité ne doit pas être surestimée. Ce moyen de pression indirect ne permet en aucun cas au for d'imposer catégoriquement son point de vue à l'étranger. Une fois la décision rendue et le contenu de la situation proclamé, la collaboration de l'ordre juridique étranger du lieu de situation des biens demeure tout de même nécessaire. Pour que la décision, et donc la situation juridique qui en résulte, puisse produire ses effets à l'étranger, il faut en effet que l'ordre juridique étranger accepte de la reconnaître et éventuellement de la pourvoir de la force exécutoire.

Pour reprendre l'exemple précédent, l'injonction aura certes permis au juge français de contrecarrer toute concurrence des juridictions étrangères dans le règlement de la faillite et d'ainsi statuer à propos de l'ensemble des biens composant le patrimoine du débiteur. Cependant, le for n'ayant aucune emprise matérielle sur les biens situés à l'étranger, il faudra, pour que son point de vue puisse s'imposer dans les faits, que les ordres juridiques étrangers concernés acceptent *in fine* de donner effet à sa décision¹¹¹⁷.

En d'autres termes, l'*anti-suit injunction* constitue seulement une mesure préparatoire à l'exportation des situations juridiques constituées dans le for. En la mettant en œuvre, il s'agit seulement d'éviter que la décision élaborée dans le for soit dépourvue de toute effectivité à l'étranger avant même qu'elle ne soit rendue. En raison de la prééminence absolue de l'ordre juridique de situation, lieu d'exécution nécessaire du jugement, la décision ne sera finalement susceptible de s'imposer au-delà des frontières du for que si l'Etat étranger y consent.

¹¹¹⁷ Voir CA Versailles 20 mars 2008 : « Considérant qu'il résulte du principe de l'universalité de la faillite que la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire prononcée en France produit ses effets partout où le débiteur a des biens, sous réserve des traités internationaux ou d'actes communautaires, et dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers (...) », *D.* 2008, jurispr. p. 1660, note J.-L. VALLENS.

Ainsi, si elle favorise indéniablement l'exportation des situations juridiques constituées dans le for, l'injonction *anti-suit* ne permet en aucun cas d'imposer catégoriquement le respect de celles-ci à l'étranger. Elle n'a de ce point de vue qu'une efficacité limitée.

Ceci est d'ailleurs également vrai de l'injonction *Mareva*¹¹¹⁸, rebaptisée *freezing order* par le *Civil Procedure act* de 1998, qui consiste à interdire au débiteur de disposer de ses actifs situés à l'étranger. En effet, en gelant internationalement les actifs d'un débiteur récalcitrant, le for évite seulement que celui-ci organise son insolvabilité et que sa décision à venir (qui par hypothèse a vocation à appréhender des biens situés à l'étranger) soit de ce fait vouée à n'être qu'une décision platonique dépourvue de tout effet à l'étranger. Une fois la décision rendue, le point de vue du for ne pourra en revanche pas s'imposer, tout au moins dans sa partie qui concerne les actifs situés à l'étranger, sans le concours des ordres juridiques du lieu de situation.

595. En définitive, les injonctions *in personam* à caractère extraterritorial ne permettent pas au for d'imposer le respect absolu des situations juridiques constituées en son sein. Elles ont seulement pour effet d'aménager un contexte propice à leur exportation future et d'éviter qu'elles soient, avant même leur constitution définitive, impropres à produire le moindre effet à l'étranger. Mais, finalement, les décisions du for ne pourront pas produire d'effets à l'étranger sans une collaboration des ordres juridiques étrangers qui jouissent, au regard de la configuration internationale de la situation en cause, d'une position de prééminence¹¹¹⁹.

Le mécanisme de la réalisation par équivalent est de ce point de vue d'une efficacité bien supérieure. Avec ce procédé, qu'il convient maintenant de présenter, le for dispose en effet de la possibilité d'imposer son point de vue sans qu'aucune collaboration de la part des ordres juridiques étrangers ne soit véritablement nécessaire.

¹¹¹⁸ Cette mesure fût créée en 1975 par la *Hight Court* de Londres sous la présidence de Lord DENNING dans les arrêts *Nippon Yusen Kaisha v. Kara Georgis* et *Mareva Compagniera SA v. International Bulk Carriers Ltd.*

¹¹¹⁹ Voir S. CLAVEL, thèse précitée, n° 11 : « Lorsque l'injonction est destinée à produire des effets sur le territoire d'un Etat étranger, son effectivité dépend au moins partiellement de l'accueil que cet Etat est prêt à lui réserver. Il est vrai que l'injonction (...) se joue largement des mécanismes d'accueil des décisions adoptés par les Etats étrangers ; parce qu'elle est le plus souvent assortie d'une sanction suffisamment contraignante pour inciter son destinataire à s'exécuter volontairement, même à l'étranger, son efficacité ne dépend pas directement du concours de l'Etat sur le territoire duquel ses effets vont se déployer. Il n'en reste pas moins souhaitable que l'Etat étranger ne s'oppose pas formellement à l'exécution sur son territoire des actes impliqués par l'injonction, car une telle opposition serait naturellement de nature à compromettre l'effectivité de celle-ci ».

B- Le mécanisme de la réalisation par équivalent

596. La technique de la réalisation par équivalent est un mécanisme destiné à jouer lorsque la situation juridique constituée dans le for porte sur des biens situés à l'étranger.

Normalement, du fait du monopole étatique territorial de contrainte matérielle, le for ne peut être assuré qu'une telle situation pourra produire ses effets à l'étranger que si l'ordre juridique du lieu de situation du bien accepte de collaborer. Le for n'ayant aucune emprise physique sur le bien, il faut nécessairement que l'ordre juridique étranger consente à reconnaître sa décision et prête éventuellement main-forte à son exécution en mettant à disposition ses moyens de contrainte matérielle.

Pour contourner cette difficulté et éviter de se heurter à une éventuelle résistance de la part de l'ordre juridique de situation des biens, le for peut alors assurer l'effectivité des droits réels consacrés par sa décision en les réalisant, par équivalent, sur les actifs du débiteur situés sur son territoire. De la sorte, le créancier, du fait du prélèvement compensatoire effectué sur les biens du débiteur situés sur le territoire du for, ne pourra plus être privé des droits réels qui lui ont été conférés par la décision des juridictions du for. Du point de vue du for, cela signifie que la situation juridique constituée en son sein aura, malgré son caractère international et en dépit du fait qu'elle concerne des biens sur lesquels il est impossible d'exercer une emprise matérielle, une portée extraterritoriale. Ainsi, sa décision, et par conséquent la situation juridique individuelle qui en résulte, s'imposera *de facto* à l'étranger sans pour autant que son efficacité soit conditionnée par une coopération, toujours aléatoire, de la part de l'ordre juridique du lieu de situation.

Une telle pratique n'est pas étrangère au droit français. En effet, comme le note M. D'AVOUT¹¹²⁰, l'institution, toujours en vigueur en matière successorale¹¹²¹, du droit de prélèvement provenant d'une loi du 14 juillet 1989¹¹²² procède indéniablement de cette logique. Il permet en effet aux juridictions françaises « de protéger le français en lui octroyant, sur les actifs physiquement situés en France, une portion égale à la valeur dont il a été privé sur le partage, mobilier ou immobilier, effectué à l'étranger »¹¹²³. En d'autres

¹¹²⁰ Thèse précitée, n° 205 et 427.

¹¹²¹ Voir Cass. civ. 1^{ère} 7 déc. 2005, *D.* 2006, jurisp. p. 1217, note J.-G. MAHINGA.

¹¹²² Selon l'article 2 de cette loi, « dans le cas de partage d'une même succession entre cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et des coutumes locales ».

¹¹²³ L. D'AVOUT, *op. cit.*, n° 205.

termes, il s'agit pour le for d'imposer son point de vue quant à la dévolution successorale nonobstant la localisation à l'étranger de biens compris dans la masse successorale. En effet, en procédant de la sorte, les juridictions françaises anticipent le fait que les ordres juridiques étrangers, placés dans une position de prééminence à l'égard de certains biens, seront certainement peu enclins à prêter main-forte à une décision française visant à protéger, au détriment des cohéritiers étrangers, la réserve héréditaire des successibles français telle qu'elle résulte de leur loi nationale¹¹²⁴.

La technique de la réalisation par équivalent n'a cependant pas vocation à être utilisée dans le seul domaine du droit des successions. Elle peut être mise en œuvre par le for – soucieux d'imposer ses vues sans attendre une collaboration, toujours aléatoire, de la part de l'ordre étranger du lieu de situation – dès que de la situation juridique résultant de sa décision découlent des droits réels portant sur des biens situés à l'étranger pouvant se réaliser de manière équivalente sur des actifs localisés en France. Dans un souci d'efficacité, le mécanisme de la réalisation par équivalent peut d'ailleurs être combiné avec celui de l'injonction *in personam* à portée extraterritoriale. En effet, dans le sillage de la *Mareva injunction*, le juge anglais a donné naissance à une injonction d'un genre nouveau qui consiste à contraindre le débiteur à rapatrier certains biens situés dans un endroit donné¹¹²⁵. Il en résulte une augmentation de la valeur globale des actifs du débiteur situés sur le territoire du for et donc de plus amples possibilités pour le juge de réaliser, par équivalent, les droits réels octroyés au créancier bien que portant sur des biens localisés à l'étranger.

597. Il existe ainsi un certain nombre de procédés, plus ou moins efficaces, permettant au for d'imposer le respect des situations juridiques constituées en son sein (ou à tout le moins d'éviter qu'elles ne soient remises en cause à l'étranger) sans pour autant solliciter la collaboration des ordres juridiques concernés. Si elles ne garantissent pas à proprement parler l'exportation des situations juridiques créées dans le for, de telles mesures leur confèrent indéniablement une portée extraterritoriale. Ne pouvant ainsi que difficilement être remises en

¹¹²⁴ La légitimité d'une telle mesure est d'ailleurs loin d'être évidente car comme l'indique L. D'AVOUT, *op. cit.*, *loc. cit.*, « elle ne vise pas, en droit positif, à compenser au profit du Français ce dont il a été privé par la loi successorale désignée par la règle française de solution du conflit de lois (...), mais à octroyer au Français ce qu'il aurait obtenu en vertu de la loi interne des successions. Cette règle va donc au-delà d'un contournement assurant l'efficacité du droit international privé français. Il n'y a pas « prélèvement compensatoire », mais véritable « prélèvement nationaliste » (...) ».

¹¹²⁵ Sur cette mesure particulière voir S. CLAVEL, thèse précitée, n° 142 et G. CUNIBERTI, thèse précitée, n° 167 et s.

cause à l'étranger, les décisions du for et les situations juridiques qui en découlent sont d'une certaine manière universalisées.

Pour autant, cette forme particulière d'universalisation des situations juridiques, mise en œuvre unilatéralement par l'ordre juridique du for, n'est guère susceptible de généralisation.

Tout d'abord, les techniques sur lesquelles elle repose ne peuvent jouer que dans des circonstances particulières et exclusivement en matière patrimoniale.

Ensuite, leur mise œuvre doit demeurer exceptionnelle au risque, dans le cas contraire, de contrevenir aux objectifs qui confèrent justement au processus d'universalisation sa seule raison d'être.

§2- Le caractère exceptionnel des procédés envisagés

598. La mise en œuvre des procédés envisagés ne peut être qu'exceptionnelle car elle se heurte à des contraintes d'ordre matériel (A) et juridique (B) que le for ne peut méconnaître sans risquer de contrevenir aux objectifs qui justifient l'universalisation du droit (C).

A- Les contraintes d'ordre matériel

599. Pour que les techniques offrant au for la possibilité d'imposer indirectement aux ordres juridiques étrangers le respect des situations juridiques constituées en son sein puissent pleinement jouer leur rôle, il est nécessaire que certaines conditions soient réunies. Il faut notamment que le débiteur ou le destinataire de l'injonction dispose de suffisamment d'actifs sur le territoire du for.

600. Ceci est évident en ce qui concerne la technique de la réalisation par équivalent. En effet, dès lors qu'il n'existera, dans le patrimoine du débiteur, aucun actif situé sur son territoire, le for se trouvera dans l'incapacité de réaliser par équivalent le droit qu'il aura reconnu au créancier à propos de biens localisés à l'étranger. Il ne sera ainsi pas en mesure, dans l'optique de conférer à sa décision et à la situation juridique qui en résulte une portée

extraterritoriale, de contrecarrer de manière unilatérale les vues potentiellement divergentes de l'ordre juridique étranger du lieu de situation des biens. Il ne lui restera qu'à attendre que l'Etat placé dans une position de prééminence absolue veuille bien coopérer en acceptant de donner effet à la situation juridique constituée en son sein et éventuellement en prêtant main-forte à sa réalisation.

L'existence d'un *quantum* suffisant de biens sur le territoire du for n'est cependant pas la seule condition requise pour la mise en œuvre de la technique de la réalisation par équivalent. En effet, comme le note M. D'AVOUT, il est également nécessaire que l'on se trouve dans une « hypothèse d'interchangeabilité des objets de réalisation des droits »¹¹²⁶. Autrement dit, cela signifie qu'il faut que le droit portant sur des biens situés à l'étranger soit susceptible d'être réalisé de manière équivalente sur un bien localisé dans les frontières du for. Pour cela, l'objet du droit doit être une chose fongible, considérée non pour elle-même mais pour sa valeur, comme par exemple une quote-part d'une universalité. Dès lors que le bien situé à l'étranger constituant l'objet du droit consacré par le for présentera des particularités telles qu'il ne saurait trouver d'équivalent au sein des actifs français du débiteur, la technique envisagée s'avérera difficilement praticable¹¹²⁷.

601. L'existence d'un *quantum* suffisant d'actifs sur le territoire du for est également une condition nécessaire à la mise en œuvre des injonctions *in personam* à portée extraterritoriale. En effet, si l'on veut que ce procédé ne s'apparente pas à un simple coup d'épée dans l'eau et qu'il conserve sa fonction dissuasive, il faut que le destinataire de l'injonction soit sanctionné s'il ne respecte pas l'ordre qui lui est adressé. En France, cette sanction prend la forme d'une astreinte prononcée à l'encontre de la personne que le for a enjoint d'accomplir ou, au contraire, de ne pas accomplir un acte en territoire étranger. Le juge français n'ayant aucune emprise sur les biens du destinataire de l'injonction situés à l'étranger, il ne pourra, si celui-ci se montre récalcitrant pour liquider l'astreinte, procéder à des mesures d'exécution forcée qu'à l'égard des biens situés à l'intérieur des frontières du for. Pour que les injonctions *in personam* soient dotées d'une véritable efficacité et puissent convenablement être mises en œuvre, il est ainsi indispensable que leurs destinataires possèdent un nombre d'actifs suffisant dans le territoire du for¹¹²⁸.

¹¹²⁶ Thèse précitée, n° 205.

¹¹²⁷ *Ibid.*, n° 204.

¹¹²⁸ Bien qu'elle puisse apparaître quelque peu disproportionnée, la sanction du *Contempt of court*, susceptible de se traduire par une peine d'emprisonnement, est de ce point de vue dotée d'une efficacité

602. Il est donc nécessaire, pour que la technique de la réalisation par équivalent et celle des injonctions *in personam* à portée extraterritoriale puissent être mises en œuvre, que l'on se trouve dans la sphère patrimoniale et qu'un certain nombre de conditions, comme notamment l'existence de biens sur le territoire du for, soient remplies. De ce fait, les possibilités d'utilisation de ces procédés offrant au for la possibilité d'imposer indirectement aux ordres juridiques étrangers le respect de ses décisions sont finalement assez réduites. Cela est d'autant plus vrai qu'à côté de ces contraintes d'ordre matériel figurent des contraintes d'ordre juridique.

B- Les contraintes d'ordre juridique

603. Bien que résultant d'une volonté unilatérale des ordres juridiques nationaux, la mise en œuvre des mécanismes visant à contourner l'obstacle que constitue le principe de la territorialité de la contrainte ne doit par contrevenir à la légalité internationale. Or, il se trouve que de telles pratiques se révèlent parfois incompatibles avec des dispositions ou des principes supranationaux qui empêchent, du fait de leur rang hiérarchique supérieur, les Etats d'y avoir recours comme bon leur semble.

604. Dans un arrêt du 27 avril 2004¹¹²⁹, la Cour de justice des communautés européennes a ainsi fermement condamné, entre les Etats signataires de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, l'usage de l'injonction par laquelle le juge fait interdiction à une partie de poursuivre ou d'engager une procédure devant une autre juridiction (injonction *anti-suit*).

En l'espèce, suite à sa démission, un salarié anglais effectuant son travail à Madrid avait intenté à Londres une action contre son employeur, une société britannique, qui, selon lui, avait procédé à un licenciement abusif en ayant tenté de l'impliquer dans des agissements illicites. Parallèlement, l'employeur saisit les juridictions espagnoles afin d'obtenir réparation du préjudice causé par le comportement professionnel de son employé. Celui-ci riposta en demandant à la *Hight Court of Justice* qu'elle prononce à l'encontre de la société une

supérieure. Dès lors que le destinataire de l'injonction se trouve sur le territoire du for et même s'il n'y possède pas de biens, l'injonction conserve en effet toute sa force dissuasive.

¹¹²⁹ CJCE 27 avril 2004 (ass. plèn), *Turner*, aff. C-159/02, *Rec.* 2004, p. I-3565 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note H. MUIR WATT ; *D.* 2004, jurisp. p. 1919, note R. CARRIER. De toute évidence une telle interdiction vaut également dans le cadre de l'application des règlements « Bruxelles I » et « Bruxelles II bis ».

injonction lui ordonnant de ne pas poursuivre la procédure introduite en Espagne. Débouté en première instance, le salarié obtint gain de cause devant la *Court of Appeal*. Après avoir obéi à l'ordre qui leur avait été adressé et s'être retirés de la procédure espagnole, les destinataires de l'*anti-suit injunction* firent valoir, devant la *House of Lords*, que les juridictions anglaises n'avaient pas le pouvoir de prononcer des injonctions empêchant la poursuite d'actions devant des juridictions étrangères auxquelles s'applique la Convention de Bruxelles. La juridiction londonienne décida alors de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle aux termes de laquelle elle demandait, en substance, si la Convention s'opposait au prononcé d'une injonction *anti-suit* même lorsqu'il était manifeste que l'intéressé avait agi de mauvaise foi et dans le seul but d'entraver la procédure déjà pendante. Dans un arrêt dépourvu de toute ambiguïté la Cour de Luxembourg estima une telle mesure contrevenant, en toute hypothèse, au principe communautaire de confiance mutuelle¹¹³⁰ et qu'elle constituait « une ingérence dans la compétence de la juridiction étrangère, incompatible, en tant que telle avec le système de la Convention »¹¹³¹.

Peu de temps après cet arrêt, la Cour de cassation s'est d'ailleurs prononcée dans le même sens, revenant sur sa jurisprudence antérieure¹¹³² et scellant de manière définitive le sort des injonctions *anti-suit* au sein de l'espace judiciaire commun¹¹³³.

¹¹³⁰ Arrêt précité point n° 28 : « En effet, dès lors que le comportement reproché au défendeur consiste à se prévaloir de la compétence d'une juridiction d'un autre Etat membre, le jugement porté sur le caractère abusif de ce comportement implique une appréciation du caractère pertinent de l'introduction d'une action devant une juridiction d'un autre Etat membre. Or, une telle appréciation est contraire au principe de confiance mutuelle qui, (...), est à la base de la Convention et qui interdit au juge (...) de contrôler la compétence d'un juge d'un autre Etat contractant ».

¹¹³¹ Arrêt précité point n° 27. Selon la Cour (point n° 29) cette incompatibilité vient du fait que l'injonction *anti-suit* a pour effet de limiter l'application des règles prévues par la Convention et qu'elle est susceptible d'interférer avec les mécanismes prévus en cas de litispendance ou de connexité.

¹¹³² Jurisprudence précitée note n° 1104.

¹¹³³ Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 2004, *JDI* 2005, p. 112 note G. CUNIBERTI ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note H. MUIR WATT ; *RTD civ.* 2004, p. 548, obs. Ph. THERY ; *JCP* 2004, II, 10198, et l'avis de M. l'avocat général SAINTE-ROSE ; *D.* 2004, jurisp. p. 2743, note N. BOUCHE ; *Gaz. Pal.* 15 janv. 2005, p. 30, note M.-L. NIBOYET ; *LPA* 2 fév. 2006, p. 14, note L. FRANCOIS. Dans cet arrêt, il était demandé à la Cour de cassation de se prononcer sur la possibilité d'exequatur d'une injonction *Mareva* (*freezing order*). Elle profita de cette occasion pour condamner, dans le cadre de l'application de la Convention de Bruxelles, l'utilisation de l'injonction *anti-suit*. En revanche, elle estima que les injonctions ayant pour objet d'interdire à la personne du débiteur de disposer en tout lieu de ses biens n'étaient pas contraires à l'ordre public international et étaient compatibles avec la Convention de Bruxelles dès lors qu'elles ne portaient pas atteinte aux droits de la défense : « cette interdiction faite à la personne du débiteur de disposer en tout lieu de ses biens, dans la mesure où il s'agit de préserver les droits légitimes du créancier, ne saurait porter atteinte à un droit fondamental du débiteur, ni même indirectement, à une prérogative de souveraineté étrangère et, notamment, n'affecte pas, à la différence des injonctions dites « *anti-suit* », la compétence juridictionnelle de l'Etat requis ; (...) n'étant donc pas contraire à l'ordre public international, elle peut être reçue dans l'ordre juridique français, (...) dès lors que sont réunies les autres conditions de la reconnaissance et de l'exécution ». Cette tolérance vis-à-vis des injonctions dites *Mareva* s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes qui, d'une manière générale, admet l'extraterritorialité des mesures conservatoires : CJCE 21 mai 1980, *Denilauer*, aff. 125/79, *Rec.* 1980, p. 1553 ; *Rev. crit. DIP* 1980, p. 801, note E. MEZGER ; *JDI* 1980, p.

605. Les injonctions *anti-suit* peuvent-elles en revanche toujours être mises en œuvre lorsqu'elles concernent les juridictions de pays tiers ? Bien qu'il n'existe, au sein du droit communautaire, aucune disposition ou jurisprudence condamnant explicitement leur mise en œuvre, les autres procédés de contournement envisagés sont-ils prohibés par le droit international général ?

606. La règle principale posée par droit international public est, en la matière, celle qui découle de l'arrêt du *Lotus* de la Cour permanente de justice internationale¹¹³⁴ selon lequel : « la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat ». La doctrine est aujourd'hui unanime pour reconnaître que cette décision interdit uniquement à l'Etat d'effectuer des actes matériels de coercition physique en territoire étranger. Ainsi, seule la compétence d'exécution (*jurisdiction to enforce*) est strictement territoriale ; la compétence normative (*jurisdiction to prescribe*) est quant à elle susceptible d'être exercée à l'égard de faits localisés hors du territoire de l'Etat¹¹³⁵.

En d'autres termes, cela signifie que « la notion de souveraineté est impuissante à tracer des limites à l'activité normative des Etats dans l'espace, ou en tous cas n'est pas investie de cette mission »¹¹³⁶.

Or, précisément, en mettant en œuvre les procédés de contournement envisagés, c'est de sa compétence normative que le for fait usage de manière extraterritoriale. Le prononcé d'une injonction ou d'une décision réalisant par équivalent un droit portant sur un bien localisé à l'étranger constitue en effet une norme individuelle¹¹³⁷ adressée aux parties ou à l'une d'entre elle.

939, note A. HUET et CJCE 17 nov. 1998, *Van Uden*, aff. C-391/95, *Rec.* 1998, p. I-7091 ; *JDI* 1999, p. 613, note A. HUET ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 340, note J. NORMAND ; *D.* 2000, jurispr. p. 378, note G. CUNIBERTI.

¹¹³⁴ CPJI 7 sept. 1927, *Publications de la CPIJ*, série A, n° 10 ; *Rev. crit. DIP* 1928, p. 377, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

¹¹³⁵ Voir de manière générale J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, précité, p. 359 et s. et plus particulièrement au regard du droit international privé P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 1 ; F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », précité, n° 73 et s. ; P. de VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé – droit international privé et droit international public*, LGDJ, t. 257, 1997 ; S. CLAVEL, thèse précitée, n° 6 et s. et n° 283 et s.

¹¹³⁶ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, précité, n° 61.

¹¹³⁷ Voir S. CLAVEL, thèse précitée, n° 293 et s.

Ainsi, tant que les mesures de contrainte destinée à assurer leur exécution sont exercées sur le seul territoire du for, de telles normes individuelles peuvent très bien se voir conférer une portée extraterritoriale sans pour autant heurter les principes du droit international public. Seule l'injonction *anti-suit* – parce qu'elle agit d'une certaine manière sur le fonctionnement du service public étranger de la justice et contrevient de ce fait indirectement au principe d'autonomie et d'indépendance des ordres juridiques – peut à la limite être considérée comme contraire aux principes du droit international public découlant de la notion de souveraineté¹¹³⁸.

607. Il n'en demeure pas moins que si, *de jure*, rien ne s'oppose à la mise en œuvre des pratiques envisagées, *de facto*, elles représentent tout de même une atteinte à la souveraineté des Etats étrangers dont la compétence ou le monopole territorial de contrainte matérielle a été indirectement éludé. C'est la raison pour laquelle les auteurs recommandent généralement de n'utiliser ces techniques de contournement que lorsque certaines conditions sont remplies. Il a ainsi été préconisé de ne faire usage des injonctions *in personam* à portée extraterritoriale que lorsqu'il existe un lien réel entre le for injonctif et le litige et à condition que la mesure injonctive n'impose pas à son destinataire d'effectuer un acte illicite au regard de l'ordre juridique local¹¹³⁹.

De la même manière, l'Institut de droit international a émis quelques réserves quant à l'utilisation de l'injonction *anti-suit* en énonçant que les juges devraient se montrer respectueux des exigences de la *Comity* et ne l'accorder que lorsqu'elle vise à sanctionner un comportement manifestement déraisonnable et oppressif d'un demandeur comme, par exemple, celui qui consiste à violer délibérément une clause attributive de juridiction¹¹⁴⁰.

¹¹³⁸ Voir dans ce sens S. CLAVEL, thèse précitée, n° 391 et s. et *contra* L. D'AVOUT, thèse précitée, n° 426, note n° 4 : « le droit international public prohiberait radicalement l'édiction de telles normes, parce qu'il consacrerait une « compétence exclusive des Etats pour s'autoorganiser », exclusive de toute concurrence des compétences normatives étatiques. L'affirmation d'une telle compétence normative exclusive n'est pas positivement prouvée en l'état du droit international général et ne paraît nullement nécessaire pour le maintien de la souveraineté et de l'indépendance des Etats, laquelle est suffisamment sauvegardée par les règles traditionnelles : 1. de compétence territoriale exclusive pour les opérations de contrainte matérielle, 2. d'autonomie des ordres juridiques étatiques (concurrence des compétences normatives et absence de devoir de collaboration interétatique) et 3. d'immunité souveraine des Etats » et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1998-2000, p. 49, spéc. p. 64 : « l'injonction de ne pas procéder ne s'adresse pas au juge étranger, mais au plaideur ; l'atteinte à la compétence étrangère n'est donc qu'indirecte et n'est *a priori* pas plus choquante que celle que notre droit permet en réglementant la compétence indirecte des tribunaux étrangers ».

¹¹³⁹ Voir notamment H. MUIR WATT, « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* », précité, n° 16 et 23.

¹¹⁴⁰ Résolution du 2 septembre 2003 de la session de Bruges et dans le même sens M.-L. NIBOYET, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI* 2006, p. 937, spéc. n° 31.

Contrairement à ce qui est parfois prétendu¹¹⁴¹, il est difficile d'assimiler ces recommandations à de véritables prescriptions du droit international public¹¹⁴². Toutefois, la question de la positivité de ces règles n'est pas ici fondamentale. En effet, quand bien même appartiendraient-elles au droit positif, les règles ci-dessus exposées seraient difficilement assorties de sanctions susceptibles de contraindre les Etats à les respecter.

C'est donc davantage la question de l'opportunité de telles pratiques que celle de leur légalité qui importe ici¹¹⁴³. Quelles seraient les conséquences d'une mise en œuvre inconditionnelle des techniques visant à contourner les principes de territorialité de la contrainte et d'autonomie des ordres juridiques ? Le non-respect des règles et des principes énoncés ci-dessus n'est-il pas susceptible de se retourner contre le for ou d'être préjudiciable à l'intérêt des justiciables ?

608. En tentant de répondre à ces questions, on s'aperçoit que la technique de la réalisation par équivalent comme celle des injonctions *in personam* à portée extraterritoriale ne peuvent rationnellement être mises en œuvre que de manière exceptionnelle. En effet, dans le cas contraire, non seulement l'universalisation des situations juridiques, but initialement recherché, risquerait d'être compromise mais en plus les objectifs qui la justifient seraient susceptibles d'être transgressés.

C- Le risque de transgression des objectifs justifiant l'universalisation du droit

609. La technique de la réalisation par équivalent et celle des injonctions *in personam* à portée extraterritoriale permettent au for d'imposer, avec plus ou moins d'efficacité, le respect des situations juridiques constituées en son sein sans pour autant solliciter la collaboration des

¹¹⁴¹ Voir H. MUIR WATT, article précité.

¹¹⁴² Voir S. CLAVEL, thèse précitée, n° 331 et s. en ce qui concerne la prétendue exigence d'un lien raisonnable entre le for d'injonction et le litige et n° 444 et s. en ce qui concerne la prétendue prohibition des injonctions en contradiction avec le droit de l'Etat où elles produisent leurs effets.

¹¹⁴³ *Ibid.*, n° 473 et s. et L. D'AVOUT, thèse précitée, n° 427, note n° 3 : « Ces prétendues règles prescriptives du droit international général sont floues et dépourvues de sanction internationalement centralisée, si bien qu'on peine en réalité à y voir des normes internationalement obligatoires pour les Etats. Elles constituent plutôt des directives informelles et non contraignantes, expressions d'un idéal de justice qui devraient être prises en compte de manière unilatérale par chaque Etat en restreignant sa propre compétence. On peut vraiment regretter cet état de fait, mais c'est alors à une plus grande affirmation du droit international général, substantielle et institutionnelle, qu'il faut travailler, tâche qui excède évidemment nos compétences. Plutôt, que d'affirmer vainement l'existence d'hypothétiques règles internationales, mieux vaut, pour le privatiste en tous cas, mettre en lumière les conséquences gravement préjudiciables de leur inapplication ».

ordres juridiques concernés. Ces procédés contribuent donc d'une certaine manière à universaliser les décisions du for et les situations juridiques qui en résultent. Cependant, dès lors qu'il en fait un usage trop fréquent et en contradiction avec les exigences du droit international général et de la *Comity*, l'universalisation de la situation juridique devient hypothétique et la réalisation des objectifs qui la justifie compromise.

610. Tout d'abord, un usage intempestif de la technique de la réalisation par équivalent ou de celle des injonctions *in personam* à portée extraterritoriale risque de nuire à l'intérêt des personnes privées impliquées dans des relations internationales. En effet, dès lors qu'elles sont utilisées dans le seul but de contourner l'obstacle que constitue le principe de territorialité de la contrainte, de telles pratiques sont susceptibles d'être ressenties par l'ordre juridique étranger concerné comme des atteintes directes à sa souveraineté. Le danger est alors que celui-ci riposte en édictant des mesures de même nature que celles prononcées par le for. Les particuliers, soumis à des mesures ou des injonctions contradictoires, se retrouveront alors dans une situation inextricable peu compatible avec l'objectif de prévisibilité.

Par exemple, le prononcé par le juge français d'une injonction *anti-suit* risque de se traduire par l'édition à l'étranger d'une autre injonction *anti-suit* (*anti-anti-suit injunction*) ordonnant au plaideur de se désister de la procédure française¹¹⁴⁴. Celui-ci se verra ainsi adresser deux ordres contradictoires et ne pourra se conformer à l'un sans encourir la sanction prévue en cas de non-respect de l'autre. *In fine*, ce sera donc lui qui pâtira du conflit existant entre le for et l'ordre juridique étranger.

De la même manière, comme l'indique M. D'AVOUT : « Si (...) le juge français tentait de compenser en France ce dont un français a été privé dans une succession immobilière ouverte aux Etats-Unis (ou ailleurs), il y a fort à parier que les autorités du lieu de situation entreprendraient une contre-compensation sur les actifs locaux du français (...). La paralysie des situations juridiques internationales est déjà patente. Car comment les personnes privées peuvent-elles dans ces conditions obtenir un règlement définitif de leur différend d'ordre privé, si chaque Etat impliqué tente d'imposer ses vues au détriment des autres Etats concernés et suscite ainsi un belliqueux jeu de miroir international, consistant à faire ici l'inverse de ce qu'on fait là-bas ? »¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁴ Voir, pour une telle hypothèse de conflit entre les juridictions anglaises et américaines, l'affaire *Laker* de 1986 résumée par S. CLAVEL, thèse précitée, n° 392 et s.

¹¹⁴⁵ Thèse précitée, n° 432.

Ainsi, une utilisation déraisonnable des procédés évoqués risque non seulement de réduire considérablement les chances d'universalisation de la situation juridique créée dans le for mais également de porter gravement préjudice aux intérêts des particuliers.

611. Ensuite, une utilisation inappropriée de la technique de la réalisation par équivalent ou de celle des injonctions *in personam* à portée extraterritoriale risque, en plus de rendre de tels procédés inefficaces, de nuire à la conception de l'intérêt général que le for entend promouvoir.

D'une part, un usage abusif des procédés unilatéraux de contournement risque, comme on l'a vu, de susciter une riposte de la part de l'ordre juridique jouissant *de facto* d'une position de prééminence. Une telle riposte rendra alors inefficace les tentatives du for visant à imposer son point de vue à l'étranger. En d'autres termes, il ne sera plus en mesure de faire prévaloir sa conception de la justice des relations entre personnes privées.

D'autre part, une utilisation trop fréquente des mécanismes évoqués risque de nuire aux tentatives futures de coopération entre le for et les ordres juridiques tiers en générant un climat conflictuel dans leurs relations réciproques¹¹⁴⁶. C'est alors l'universalisation des règles générales, essentielle pour transcender les impasses générées par le particularisme, qui sera susceptible d'en pâtir vu qu'elle repose principalement sur la volonté de coopération des différents Etats.

612. Ainsi si l'on veut que l'universalisation de situations juridiques puisse effectivement être réalisée et qu'elle conserve sa raison d'être, les procédés décrits ne doivent qu'exceptionnellement être mis en œuvre par le for.

*

* *

613. En définitive, il existe un certain nombre de procédés unilatéraux que le for peut utiliser afin d'exporter à l'étranger les décisions élaborées par ses organes et les situations juridiques qui en résultent. Cette universalisation peut être réalisée de deux manières différentes. Le for peut tout d'abord s'assurer que la situation qu'il s'apprête à constituer sera reconnue à l'étranger en se référant aux valeurs juridiques constitutives de l'ordre juridique où

¹¹⁴⁶ M. D'AVOUT, *ibid.*, n° 429 évoque ainsi un risque de « repolitisation des solutions du conflit de lois ».

elle a principalement vocation à se développer. Il peut ensuite tenter d'imposer indirectement son point de vue aux ordres juridiques étrangers en adressant des injonctions à portée extraterritoriale aux particuliers ou en réalisant, par équivalent, les droits qu'il leur a reconnus.

De tels procédés, mis en œuvre de manière unilatérale par le for, ne sont cependant susceptibles de jouer que dans des circonstances très particulières au risque, sinon, de contrevenir aux objectifs qui confèrent à l'universalisation du droit sa seule raison d'être. Il ne peut s'agir, de ce fait, que de mécanismes d'appoint insusceptibles de généralisation. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'inscrit le droit positif français. On constate en effet qu'ils ne sont que très rarement mis en œuvre par nos tribunaux.

Il en résulte que l'universalisation des situations juridiques individuelles réalisée par l'exportation de celles-ci à l'étranger ne peut, à elle seule, permettre de réaliser de manière satisfaisante l'ensemble des objectifs poursuivis par le processus global d'universalisation du droit. Elle ne peut ainsi que compléter ou suppléer provisoirement l'universalisation des règles générales.

*

* *

614. De manière générale, on constate que l'ordre juridique français utilise finalement les procédés techniques permettant de réaliser l'universalisation des situations juridiques individuelles en proportion de leurs capacités respectives à transcender les impasses générées par le particularisme ; c'est-à-dire en fonction de leur aptitude à améliorer la prévisibilité du droit et à renforcer l'autorité des lois dans l'ordre international sans pour autant exiger du for de trop importantes concessions par rapport à sa conception de l'intérêt général.

La reconnaissance des décisions étrangères apparaît ainsi comme le principal procédé d'universalisation des situations juridiques individuelles. Cela vient du fait que l'universalisation à laquelle elle donne lieu n'a pas seulement, par rapport à l'universalisation des règles générales, une fonction subsidiaire ; elle a également une fonction complémentaire¹¹⁴⁷. En effet, les décisions étrangères, parce qu'elles constituent des normes individuelles directement adressées aux individus qui, sur leur base, fondent un certain

¹¹⁴⁷ Voir *supra* n° 381 à 384.

nombre d'attentes, apparaissent comme spécialement dignes de respect en vue de réaliser l'objectif de sécurité juridique.

Au contraire, la reconnaissance directe des situations juridiques individuelles et les procédés unilatéraux destinés à assurer le respect des décisions du for à l'étranger ne contribuent que ponctuellement à l'universalisation des situations juridiques individuelles. Ce n'est que dans des circonstances particulières que ces mécanismes permettent d'améliorer, au regard des objectifs de prévisibilité du droit et d'autorité des lois dans l'ordre international, la qualité globale de la réglementation des relations internationales entre personnes privées. Employés plus largement, loin de remédier aux inconvénients du particularisme, ils nuiraient au contraire à la mission de l'ordre juridique consistant à protéger, dans l'ordre international, sa conception de l'intérêt général et perdraient alors, dans une approche fonctionnelle, toute utilité.

Conclusion de la deuxième partie :

615. En définitive, le bilan de l'universalisation du droit que nous avons tenté de dresser, en prenant le point de vue de l'ordre juridique français, confirme d'une certaine manière la réalité des aspects fonctionnels de ce processus. Même si l'on a pu émettre quelques réserves sur la manière dont l'universalisation était réalisée et quelques craintes quant à l'évolution possible du droit positif, on a pu constater que chacune de ses formes était généralement mise en œuvre dans la mesure de sa capacité, analysée dans la première partie de cette étude, à améliorer la qualité globale de réglementation des relations internationales entre personnes privées.

Ainsi, il est tout d'abord apparu que parmi les règles générales c'était effectivement les règles de conflit qui faisait l'objet de l'universalisation la plus aboutie, celle du droit matériel demeurant encore assez anecdotique. Cela confirme d'une certaine manière la supériorité fonctionnelle de cette forme d'universalisation du droit mise en évidence à travers l'étude des enjeux du processus général d'universalisation du droit.

De la même manière, on a ensuite pu constater que l'universalisation des situations juridiques était principalement réalisée par la reconnaissance dans le for des décisions étrangères. Cela atteste encore une fois de l'importance de la dimension fonctionnelle de l'universalisation du droit dans la mesure où, comme on l'a vu, celle opérée par la reconnaissance indirecte des situations juridiques étrangères n'a pas seulement, par rapport à l'universalisation des règles générales, une fonction subsidiaire mais s'avère être un complément nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis.

616. Mais, cette réflexion consacrée aux méthodes du processus d'universalisation du droit n'a pas seulement permis de confirmer que sa dimension fonctionnelle revêtait une importance cruciale aux yeux des ordres juridiques nationaux et plus particulièrement à ceux de l'ordre juridique français. Elle a également été l'occasion d'expliquer et de comprendre, sous un angle nouveau, certaines mutations actuelles du droit des relations internationales entre personnes privées.

617. D'une part, on a pu constater que la communautarisation du droit et l'infléchissement subséquent de l'universalisation à l'échelon mondial étaient des conséquences logiques de

cette attention toute particulière que portent les ordres juridiques nationaux aux aspects fonctionnels du processus d'universalisation du droit.

En effet, parce qu'elle exige des Etats peu de concessions par rapport aux avantages qu'elle procure en termes de prévisibilité du droit et d'autorité des lois, l'universalisation du droit réalisée au niveau communautaire présente généralement un bilan global positif.

Cependant, pour préserver cette universalisation régionale et maintenir son caractère fonctionnel, les Etats membres se trouvent souvent dans l'obligation de reléguer à un second plan celle réalisée au niveau mondial.

Ainsi, d'une certaine manière, la communautarisation du droit apparaît davantage comme un rempart contre la mondialisation du droit que comme l'antichambre de celle-ci.

618. D'autre part, cette réflexion consacrée à la mise en œuvre du processus d'universalisation nous a permis de remarquer que la dimension fonctionnelle de celui-ci constituait une clef pour comprendre les raisons et la portée du renouvellement méthodologique auquel on assiste actuellement en droit international privé.

Tout d'abord, on a pu voir que c'était souvent dans le but de progresser dans la voie de l'universalisation du droit que l'ordre juridique français imaginait de nouveaux procédés techniques comme les injonctions *in personam* à portée extraterritoriale ou la reconnaissance directe des situations juridiques individuelles étrangères simplement constituées *ex lege*.

Ensuite, on a eu l'occasion de remarquer que ces mécanismes nouveaux de coordination des ordres juridiques étaient la plupart du temps mis en œuvre dans la mesure de leur utilité fonctionnelle. C'est ce qui explique qu'il n'en soit généralement fait usage que dans des circonstances bien particulières.

CONCLUSION GENERALE

619. L'origine de notre étude résidait dans l'intuition selon laquelle c'était davantage la considération des aspects fonctionnels de l'universalisation du droit que l'existence de principes supérieurs qui incitaient les différents ordres juridiques nationaux à se départir de leurs solutions particulières. Nous nous proposons donc tout naturellement de vérifier l'exactitude de cette intuition. L'analyse a fait apparaître que la dimension fonctionnelle du processus d'universalisation était fondamentale aux yeux des ordres juridiques nationaux, confirmant ainsi la justesse de notre pressentiment.

620. En premier lieu, l'étude des enjeux de l'universalisation du droit a permis de démontrer, dans une perspective abstraite, que ce processus comportait bien des aspects fonctionnels dans la mesure où il pouvait permettre d'améliorer la qualité globale de la réglementation des relations internationales entre personnes privées.

621. Tout d'abord, il est apparu que le particularisme et le manque de concordance entre les droits matériels et les législations de droit international privé des différents ordres juridiques nuisaient autant à la satisfaction des intérêts particuliers qu'à celle de l'intérêt général.

En effet, d'une part cette situation engendre une insécurité juridique spécifique aux rapports internationaux et potentiellement préjudiciable pour les individus engagés dans de telles relations.

D'autre part, elle affaiblit, dans l'ordre international, l'autorité et l'efficacité des lois, empêchant ainsi chaque ordre juridique de protéger et promouvoir convenablement sa conception de l'intérêt général.

622. Ensuite, l'analyse des procédés mis en œuvre unilatéralement par les Etats pour obvier à ces inconvénients a mis en évidence les limites de leur efficacité.

Pas plus la prise en compte des attentes des parties dans l'élaboration des règles de conflit que l'instauration de clauses permettant exceptionnellement de déroger à la loi normalement

applicable en vertu du droit international privé du for ne garantissent une prévisibilité suffisante pour les particuliers.

De même, le mécanisme de l'exception d'ordre public ou de fraude à la loi, la technique des lois de police et la méthode des règles matérielles de conflit s'avèrent insuffisants pour rétablir convenablement l'autorité et l'efficacité des lois dans l'ordre international.

Nous en sommes ainsi arrivé à la conclusion que les efforts déployés unilatéralement par les Etats pour satisfaire, dans l'ordre international, les intérêts particuliers et l'intérêt général étaient finalement vains et que le particularisme menait, de ce fait, nécessairement à une impasse.

623. Enfin, la mise en évidence des aspects fonctionnels de l'universalisation du droit a été possible grâce à l'examen détaillé des perspectives offertes par ce processus. Ce faisant, nous avons pu constater que l'universalisation constituait, pour les Etats, un moyen efficace d'améliorer la qualité globale de la réglementation des relations internationales entre personnes privées. Ce processus permet en effet de rendre le droit applicable plus prévisible et de rétablir l'autorité et l'efficacité des lois dans l'ordre international. Il est toutefois apparu que les perspectives offertes par l'universalisation du droit n'étaient pas absolues ; elles n'existent que lorsque les concessions exigées se trouvent compensées par les avantages procurés. C'est ainsi que nous avons pu constater que toutes les formes d'universalisation du droit ne présentaient pas la même utilité.

C'est indéniablement l'universalisation des règles de conflit de lois qui est dotée de la plus grande efficacité pour améliorer la sécurité juridique des particuliers tout en préservant les conceptions nationales de l'intérêt général. En effet, non seulement elle exige peu de concessions de la part des ordres juridiques nationaux, mais en plus, elle permet, à elle seule, d'atteindre ou au moins de tendre vers les objectifs poursuivis. Ceci justifie que l'on ait vu dans ce type de règles générales le support principal du processus d'universalisation du droit.

D'un point de vue fonctionnel, les autres formes d'universalisation du droit ont une utilité moindre. La raison en est qu'elles exigent de trop nombreux sacrifices des ordres juridiques par rapport à leurs conceptions de l'intérêt général ou/et qu'elles ne permettent pas, à elles seules, une amélioration suffisante de la qualité globale de la réglementation des relations internationales entre personnes privées au regard des objectifs poursuivis. On en a ainsi conclu que le droit substantiel, les règles de compétence directe et les situations juridiques

individuelles ne pouvaient constituer que le support accessoire ou complémentaire du processus d'universalisation du droit.

624. En second lieu, l'analyse des méthodes et des procédés concrets mis en œuvre par les ordres juridiques nationaux, et plus particulièrement par l'ordre juridique français, a permis de confirmer l'importance de la dimension fonctionnelle de ce processus. En portant un regard sur le droit positif de la réglementation des relations internationales entre personnes privées, on a en effet pu constater que la portée et les modalités de l'universalisation du droit coïncidaient, dans une assez large mesure, avec les aspects fonctionnels de ce processus mis en évidence dans la première partie de cette étude.

625. Il est tout d'abord apparu que l'unification des règles de conflit de lois était bien la manifestation la plus visible du processus d'universalisation du droit. En ce qui concerne la France, ceci est d'ailleurs vrai au niveau communautaire comme à l'échelon mondial.

On a en effet pu remarquer que si les compétences attribuées à la Communauté par les Etats membres dans le Traité CE ne lui permettaient pas d'opérer l'unification globale du droit matériel, elles l'autorisaient, en revanche, à procéder à une universalisation régionale des règles de conflit. L'action de la Communauté va d'ailleurs nettement dans ce sens avec l'adoption de règlements, toujours plus nombreux, visant à unifier le droit international privé au sein de l'espace européen.

De la même manière, alors que l'unification du droit matériel demeure anecdotique au niveau mondial, celle des règles de conflit de lois s'est considérablement développée, notamment par le biais de la Conférence de La Haye de droit international privé.

On a toutefois constaté que les progrès constants de l'intégration juridique au niveau communautaire augurait souvent un infléchissement de l'universalisation du droit à l'échelle mondiale. Ce phénomène, évident en ce qui concerne le droit international privé, a également pu, dans une certaine mesure, être vérifié à propos de l'universalisation des situations juridiques. Il s'explique, selon nous, en partie par l'importance de la dimension fonctionnelle de ce processus. En effet, eu égard à la communauté de droit et de culture qui existe en Europe, la recherche de solutions communes s'avère souvent plus aisée au sein de la Communauté, où, de ce fait, l'universalisation du droit présente la plupart du temps un bilan positif. C'est pour préserver le caractère fonctionnel de cette universalisation régionale, facilement réalisable, que les Etats membres se voient souvent contraints de reléguer à un

second plan celle opérée au niveau mondial. Il nous semble maintenant acquis que, contrairement aux pressentiments d'une partie de la doctrine¹¹⁴⁸, la communautarisation du droit ne constitue pas le signe annonciateur d'une universalisation à l'échelon mondial. Cette étude a en effet permis de montrer que la Communauté européenne représentait, en réalité, un rempart contre la mondialisation du droit.

Pourtant, l'amélioration de la sécurité juridique et le rétablissement de l'autorité des lois sont des objectifs en direction desquels il convient de tendre en présence de relations, toujours plus nombreuses, qui dépassent le strict cadre de l'Europe communautaire.

Ce repli sur elle-même de l'Europe communautaire, bien que compréhensible au regard de l'importance de la dimension fonctionnelle du processus d'universalisation du droit, soulève des questions qui ne peuvent aujourd'hui plus être éludées et qui mériteront à l'avenir une réflexion approfondie. Doit-on continuer dans cette voie en reléguant l'universalisation du droit à l'échelle mondiale à un second plan pour garantir la marche en avant de l'unification du droit au niveau européen ou faut-il, au contraire, repenser le rôle et la place de la Communauté dans l'ordre international ?

626. L'importance de la dimension fonctionnelle du processus d'universalisation du droit nous a ensuite été confirmée par l'analyse de la place respective de chacune des méthodes de coordination au sein de la réglementation globale des relations internationales entre personnes privées. Il s'est en effet avéré qu'elles étaient le plus souvent utilisées dans la mesure de l'utilité de la forme d'universalisation du droit qu'elles permettaient de réaliser. C'est ainsi que l'on a pu expliquer la vitalité de la méthode conflictuelle classique et, à l'inverse, le cantonnement de procédés, relativement nouveaux, tels que les injonctions *in personam* à portée extraterritoriale, la reconnaissance directe des situations juridiques individuelles ou la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent.

627. Finalement, tous ces éléments tendent à nous convaincre que, si elle n'était pas la seule approche possible, l'étude des aspects fonctionnels de l'universalisation du droit était au moins l'une de celles qui permettaient de comprendre ce processus inachevé, bien qu'entamé il y a déjà plusieurs années. En effet, bon nombre des mutations actuelles du droit des

¹¹⁴⁸ M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, chron. p. 43 : « L'Europe représente un véritable laboratoire où l'on expérimente les fondements et les effets de l'internationalisation du droit ».

relations internationales entre personnes privées peuvent être expliquées à travers le prisme des aspects fonctionnels de l'universalisation du droit. Pour autant, cette étude n'épuise en rien le sujet. Si nous nous sommes contenté, pour notre part, de prendre acte de la diversité des conceptions fondamentales qui sous-tendent les différentes législations afin de demeurer sur le terrain du droit positif, la question de l'existence de principes et de valeurs aspirant à l'universalité du fait de leur supériorité axiologique reste ouverte. Il est même fondamental de continuer à se la poser, la réflexion quant aux finalités du droit – qui ne peut être réduit à un système ordonné de normes désincarnées – constituant le seul moyen de tendre vers l'idéal de justice.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I – OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

AGOSTINI E., Droit comparé, PUF, 1ère éd., 1988.

AGOSTINI E., Cours de droit international privé, Mon Livre, Bordeaux, 2007-2008.

ANCEL B. et **LEQUETTE Y.**, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006.

ARMINJON P., Traité de droit international privé, t. I, Dalloz, 2^{ème} éd., 1934.

AUBERT J.-L., Introduction au droit et thèmes fondamentaux, Sirey, 11^{ème} éd., 2006.

AUDIT B., Droit international privé, Economica, 4^{ème} éd., 2006.

BARTIN E., Etudes de droit international privé, Paris, 1899.

BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, rééd. Dalloz, 2002.

BATIFFOL H et **LAGARDE P.**, *Droit international privé*, t. I, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993.

BATIFFOL H., *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1^{ère} éd., 1979.

BOULOUIS J. et **CHEVALLIER R.-M.**, *Les grands arrêts de la Cour de justice des communautés européennes*, t. I, *Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1994.

BUREAU D. et **MUIR WATT H.**, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, 1^{ère} éd., 2007.

CARBONNIER J., *Introduction*, PUF, 24^{ème} éd., 1996, p. 29.

CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ., 10^{ème} éd., 2001.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. I, Domat-Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001.

COMBACAU J. et **SUR S.**, *Droit international public*, Domat-Montchrestien, 7^{ème} éd., 2006.

CORNU G. et **MALINVAUD Ph.**, *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 8^{ème} éd., 2007.

CURRIE B., *Selected essays on the conflicts of law*, Duke University Press, 1963.

DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit français*, 1911, éd. La mémoire du droit, 2001.

DICEY A., MORRIS J. et COLLINS L., *The Conflicts of Laws*, 14^{ème} éd., Londres, 2006.

DUGUIT L., *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, rééd. Dalloz, 2003.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Boccard, 1927.

EWALD F., *La Naissance du Code civil. La raison du législateur*, Flammarion, 1989.

GARDEIL H.-D. et PUTALLAZ F.-X., *Initiation à la philosophie de saint THOMAS D'AQUIN*, Les Ed. du Cerf, 2007.

GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2002.

GENY F., *Science et technique en droit positif*, t. II, Sirey, 1915.

GHESTIN J., GOUBEAUX G. avec le concours de **FABRE-MAGNAN M.**, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994.

GRAULICH P., *Principes de droit international privé ; conflits de lois, conflits de juridictions*, Dalloz, 1961.

HALPERIN J.-L., *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1999.

HOLLEAUX D., FOYER J. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, Masson, 1987.

JACQUET J.-M., CORNELOUP S., DELEBECQUE PH., *Droit du commerce international*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2007.

KANT E., *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolite*, in *Œuvres philosophiques*, t. II, trad. L. FERRY, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1985.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. A. PHILONENKO, Dalloz, 1962.

Le Grand Larousse universel, Larousse, 1997.

Le petit Robert, (dir. A. RAY), Le Robert, 1996.

LEREBOURS-PIGEONNIERE P., *Précis de droit international privé*, Dalloz, 6^{ème} éd., 1954.

LOUSSOUARN Y., BOUREL P. et DE VAREILLES-SOMMIERES P., *Droit international privé*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2007.

MANCINI P. S., *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, rééd Giappichelli, Turin, 2000.

- MAYER P.** et **HEUZE V.**, *Droit international privé*, Domat-Montchrestien, 9^{ème} éd., 2007.
- NIBOYET M.-L.** et **DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G.**, *Droit international privé*, LGDJ, 2007.
- NIORT J.-F.** et **VANNIER G.**, *Michel VILLEY et le droit naturel*, L'Harmattan, 1994.
- PILLET A.**, *Traité pratique de droit international privé*, Sirey, 1923.
- QUADRI R.**, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples, 3^{ème} éd., 1961.
- ROMANO S.**, *L'ordre juridique*, rééd. Dalloz, Coll. « Philosophie du droit », 2002.
- ROUBIER P.**, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.
- SAVIGNY F. C.**, *Traité de droit romain*, t. VIII, 1849, trad. GUENOUX, rééd. Panthéon-Assas, 2002.
- TERRE F.**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006.
- TRIGEAUD J.-M.**, *Introduction à la philosophie du droit*, Bière, 2^{ème} éd., 1993.
- VILLEY M.**, *Philosophie du droit*, t. I, *Définitions et fins du droit*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1986.
- VON BAR L.**, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, 1989, trad. J. HATT, Paris, 1914.

II – OUVRAGES SPECIALISES, THESES ET COURS

- AGO R.**, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI* 1936, IV, t. 58, p. 243
- AGOSTINI E.**, *L'applicabilité des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse dactyl., Bordeaux, 1975.
- AUDIT B.**, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI* 1984, III, t. 186, p. 219.
- AUDIT B.**, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974.
- BATIFFOL H.**, *Les conflits de lois en matière de contrat*, Sirey, 1938.
- BATIFFOL H.**, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1973, II, t. 139, p. 75.
- BATIFFOL H.**, « Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI* 1948, I, t. 72, p. 1.
- BLERY C.**, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, t. 328, 2000.

BODENES-CONSTANTIN A., *La codification du droit international privé français*, Defrénois, 2005.

BOLLEE S., *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004.

BORRAS A., « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI* 2005, V, t. 317, p. 313.

BUCHER A., « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, II, t. 239, p. 9.

CALLE P., *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004.

CARILLO SALCEDO J.-A., « Le renouveau du particularisme en droit international privé », *RCADI* 1978, III, t. 160, p. 181.

CHAILLE DE NERE S., *Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé*, PUAM, 2003.

CHALAS Ch., *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, 2001.

CHEN C.-W., *Apparence et représentation en droit positif français*, LGDJ, t. 340, 2000.

CLAVEL S., *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse dactyl., Paris I, 1999.

CONTE Ph., *L'apparence en matière pénale*, thèse, Grenoble, 1984.

CORNUT E., *Théorie critique de la fraude à la loi, étude de droit international privé*, Defrénois, 2006.

CUNIBERTI G., *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, t. 341, 2000.

CURTI-GULIANO A., « L'autonomie de la volonté en droit international privé », *RCADI* 1972, III, t. 137, p. 743.

DAVID R., *Les avatars d'un comparatiste*, Economica, 1982.

D'AVOUT L., *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006.

DE LAMBERTERIE I, ROUHETTE G. et TALLON D., *Les principes du droit européen des contrats – L'exécution, l'inexécution et les suites*, La Documentation française, 1997.

DE VAREILLES-SOMMIERES P., *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé – droit international privé et droit international public*, LGDJ, t. 257, 1997.

DEBY-GERARD F., *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, 1973.

DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, t. 333, 2000.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit*, tome I, *Le Relatif et l'Universel*, Seuil, 2004.

DEUMIER P., *Le droit spontané*, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2002.

DROZ G. A. L., « Conférence de La Haye de droit international privé, évolution et perspectives », *RCADI* 1980, III, t. 168, p. 123.

DROZ G. A. L., « Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé », *RCADI* 1991, IV, t. 229, p. 9.

DUBLER C. E., *Les clauses d'exception en droit international privé*, thèse, Genève, 1983.

ELKORDY G.-M., *Les règles matérielles en droit international privé. Etude du particularisme et de l'universalisme d'une nouvelle méthode*, thèse dactyl., Toulouse, 1993.

EVREGENIS D., « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI* 1966, II, t. 118, p. 313.

FALLON M., « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *RCADI* 1995, III, tome 253, p. 9.

FAUVARQUE-COSSON B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, t. 272, 1996.

FOHRER E., *La prise en considération des normes étrangères*, thèse dactyl., Paris II, 2004.

FRANDESCAKIS Ph., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958.

GANNAGE L., *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, t. 353, 2000.

GAUDEMET-TALLON H., « Cours général de droit international privé, Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI* 2005, I, t. 312, p. 9.

GONZALES CAMPOS J., « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI* 2000, VI, t. 287, p. 9.

GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse dactyl., Dijon, 1912.

GOURDET G., *L'effectivité en droit international privé*, thèse dactyl., Nice, 1978.

GUERCHOUN F., *Les conflits de conventions et d'actes communautaires en droit international privé*, thèse dactyl., Paris I, 2002.

GUTZWILER M., « Le développement historique du droit international privé », *RCADI* 1929, IV, t. 29, p. 287.

HAY P., « *Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law* », *RCADI* 1991, I, t. 226, p. 282.

HEUZE V., *La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes*, GLN Joly éditions, 1990.

HEUZE V., *La vente internationale de marchandises – Droit uniforme*, GLN Joly, 1992.

HOLLEAUX D., *Compétence du juge étranger et effets des jugements*, Dalloz, 1970.

HOUIN R., *Les situations de fait*, *Trav. Assoc. H. CAPITANT*, t. IX, 1957.

JOBARD-BACHELIER M.-N., *L'apparence en droit international privé (Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé)*, LGDJ, t. 178, 1984.

KASSIS A., *Théorie générale des usages du commerce – droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, LGDJ, 1984.

KEGEL G., « *The Crisis of the conflict of laws* », *RCADI* 1964, II, t. 112, p. 1.

KERCKHOVE E., *Particularisme et universalisme dans les conflits de lois*, thèse dactyl., Lille, 1988.

KESSLER G., *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, LGDJ, t. 431, 2004.

KHAIRALLAH G., *Les sûretés mobilières en droit international privé*, *Economica*, 1984.

LABORDE J.-P., *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, thèse dactyl., Bordeaux, 1981.

LAGARDE P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, t. 15, 1959.

LAGARDE P., « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI* 1986, I, t. 196, p. 9.

LEQUETTE Y., « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales », *RCADI* 1994, II, t. 246, p. 9.

LEVENEUR L., *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, t. 212, 1990.

MALAURIE Ph., *L'ordre public et le contrat*, thèse, Paris, 1953.

MALINTOPPI A., « Les rapports entre droit uniforme et droit international privé », *RCADI* 1965, III, t. 116, p. 1.

MARCHADIER F., *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007.

MARMISSE A., *La liberté de circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000.

MATHIEU M.-E., *L'electio juris en droit international privé*, thèse dactyl., Paris II, 1998.

MAURY J., « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1936, III, t. 57, p. 325.

MAURY J., *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.

MAYER P., *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Dalloz, 1973.

MAYER P., « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques. Cours général de droit international privé », *RCADI* 2007, II, t. 327, p. 9.

MILLER C. J., *Contempt of court*, Clarendon Press, Oxford, 2^{ème} éd., 1989.

MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, 1948, rééd. Dalloz, 2002.

NIBOYET J.-P., « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927, I, t. 16, p. 1.

NUYTS A., *L'exception de forum non conveniens*, Bruylant, LGDJ, 2003.

OPPETIT B., « Le droit international privé : droit savant », *RCADI* 1992, III, t. 234, p. 331.

PAMBOUKIS Ch., *L'acte public étranger en droit international privé*, LGDJ, t. 219, 1993.

PARROT K., *L'interprétation des conventions en droit international privé*, Dalloz, 2006.

PATAUT E., *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ, t. 298, 1999.

PATOCCHI P.-M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, thèse, Genève, 1985.

PEROZ H., *la réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, t. 430, 2005.

PICONE P., « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent », *RCADI* 1986, II, t. 197, p. 229.

PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, CEDAM, Padoue, 1986.

PICONE P., « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1999, I, t. 276, p. 9.

RAAPE L. et EACUTE O., « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux en droit international privé », *RCADI* 1934, IV, t. 50, p. 401.

RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

REMY-CORLAY P., *Etude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois*, thèse dactyl., Poitiers, 1997.

RIGAUX F., « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : Cours général de droit international privé », *RCADI* 1989, I, t. 213, p. 9.

RONGEAT-LOUDIN F., *L'efficacité internationale des sûretés mobilières et l'unification du droit privé*, ANRT, 2002.

SANTULLI C., *Le statut international de l'ordre juridique étatique : étude du traitement du droit interne par le droit international*, Pédone, 2001.

SIMON-DEPITRE M., *La méthode universaliste en droit international privé d'après LEVY-ULLMANN*, in *L'œuvre juridique de LEVY-ULLMANN*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, t. XII, 1955.

SOIRAT F., *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, thèse dactyl., Paris I, 1995.

SOULEAU-BERTRAND M., *Le conflit mobile*, Dalloz, 2005.

THERY Ph., *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse dactyl., Paris II, 1981.

TOUSCOZ J., *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ, t. 26, 1964.

VIANGALLI F., *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, PUAM, 2004.

WEISZBERG G., *Le «raisonnable» en droit du commerce international*, thèse dactyl., Paris II, 2003.

III – ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

AGOSTINI E., « L'exequatur, capilotade ou peau de chagrin », *D.* 2008, p. 1110.

AGO R., « Droit positif et droit international », *AFDI* 1957, p. 14.

ANCEL B. et **MUIR WATT H.**, note sous Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 2007, *Cornelissen*, *Rev. crit DIP* 2007, p. 420.

ANCEL B., « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1986-1987, p. 25.

ANCEL B., « Compte rendu de P. PICONE, «La méthode de l'ordre juridique de référence» », *Rev. crit. DIP* 1988, p. 187.

ANCEL B., note sous Cass. civ. 1^{ère} 21 mars 2000, *Ballestrero*, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 399.

ANCEL B., note sous Cass. civ. 1^{ère} 20 juin 2006, *Rev. crit DIP* 2007, p. 383.

AUDIT B., « Fraude à la loi », *J-Cl dr. inter.*, Fasc. 535.

AUDIT B., « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à lettre de l'article 15 du Code civil », *D.* 2006, chron. p. 1846.

AUDIT M., « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, p. 790.

BALLARINO P. et **ROMANO G. P.**, « Le principe de proximité chez P. LAGARDE », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 37.

BARTIN E., « Le jugement étranger considéré comme un fait », *JDI* 1924, p. 857.

BASEDOW J., « *Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt : favor offentis* », *Rabels Z.* 1995, p. 1.

BASEDOW J., « *Rechtskultur- zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal* », *ZEuP* 1996, p. 379.

BATIFFOL H., « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international des contrats », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, Dalloz et Sirey, t. I, 1960, p. 39.

BEGUIN J., **CANIVET G.** et **MOLFESSIS N.**, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir », *JCP E* 2004, 2041.

BEN MERZOUK E., « La fausse consécration du « principe de sécurité juridique » », note sous Cass. civ. 2^{ème} 30 janv. 2003, *D.* 2003, jurisp. p. 2722.

BERAUDO J., « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP* 1995, I, 3842.

BERNARDEAU L., « Droit communautaire et lois de police », *JCP* 2001, I, 328.

BOLARD G., « Universalisme ou nationalisme : l'hésitation française », *Annuaire suisse de droit international* 1977, p. 83.

BOLLEE S., « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *Rev. crit DIP* 2007, p. 307.

BONELL M.-J., « Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : vers une nouvelle approche de la *lex mercatoria* », *RDAI* 1997, p. 145.

BONOMI A., « Le droit international privé entre régionalisme et universalisme – quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les Etats tiers », *Revue suisse de droit international et européen* 2006, p. 295.

BOUDOT M., *Rép. civ. Dalloz, V° Apparence.*

BOULANGER F., note sous Cass. civ. 1^{ère} 21 mars 2000, *Ballestrero*, *D.* 2000, jurisp. p. 539.

BOULOUIS J., « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Mélanges PECASTORE*, Nomos Verlag, 1987, p. 53.

BOULOUIS J., *Rép. comm. Dalloz*, V° *Principes*.

BUCHER A., « Le for de raisonnement », in *Liber amicorum G. A. L. DROZ*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 41.

BUREAU D., « La codification du droit international privé », in *La codification* (dir. B. BEIGNER), coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 1996, p. 119.

BUREAU D., « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *Mélanges en l'honneur de F. TERRE*, Dalloz, PUF, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 285.

CABRILLAC R., « La reconnaissance en France des sûretés mobilières sans dépossession constituées à l'étranger », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 487.

CALLE P., note sous Cass. civ. 1^{ère} 4 oct. 2005, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 422.

CALLE P., note sous Cass. civ. 1^{ère} 23 mai 2006, *Prieur, JCP* 2006, II, 10134.

CARLIER J.-Y., « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 11.

CARRIER R., note sous CJCE 27 avril 2004 (ass. plèn), *Turner, D.* 2004, jurisp. p. 1919.

CAVERS D., « *A critique of the choice of law problem* », *Harvard Law Review* 1933, p. 173.

CHAILLE DE NERE S., note sous Cass. civ. 1^{ère} 19 nov. 2002, *Epoux Brachot, JCP* 2002, II, 10201 et les conclusions de l'avocat J. SAINTE-ROSE.

CHALAS C., note sous Cass. civ. 1^{ère} 23 mai 2006, *Prieur, JDI* 2006, p. 1377.

CHARBIT N., « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. A propos de la communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats », *JCP* 2002, I, 100.

CHAUVIN P., note sous Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 2007, *Cornelissen, D.* 2007, jurisp. p. 892.

COLLET G., « La sécurité juridique devant le Conseil constitutionnel », *Rev. jur. Ouest* 2002, p. 93.

COMBACAU J., « Ouverture : de la régularité à la règle », *Droits* 1986, p. 3.

CORNU G., « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, chron. p. 351.

COURBE P., note sous Cass. civ. 1^{ère} 17 juillet 1980, *JCP* 1982, II, 19917.

COURBE P., note sous Cass. civ. 1^{ère} 20 juin 2006, *D.* 2007, jurisp. p. 1710.

COURBE P., note sous Cass. civ. 1^{ère} 23 mai 2006, *Prieur, LPA* 22 sept. 2006, n° 190.

COURBE P., note Cass. civ. 1^{ère} 17 fév. 2004 (4 esp.), *D.* 2004, chron. p. 815.

CRISTAU A., « l'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, chron. p. 2814.

CUNIBERTI G., note sous Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 2004, *JDI* 2005, p. 112.

CUNIBERTI G., note sous Cass. com. 4 oct. 2005, *JDI* 2006, p. 601.

D'AVOUT L. et **BOLLEE S.**, note sous Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 2007, *Cornelissen, D.* 2007, jurisp. p. 1115.

D'AVOUT L., « La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 1.

D'AVOUT L., note sous CEDH 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, *JDI* 2008, p. 184.

DAVI. A., « L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne », in *Les successions internationales dans l'UE*, Dnotl, 2004, p. 389.

DE GEOUFFRE LA PRADELLE G., « La fraude à la loi », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1973, p. 119.

DE NOVA R., « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges offerts à J. MAURY*, Dalloz et Sirey, t. I, 1960, p. 377.

DE VAREILLES-SOMMIERES P., « La compétence internationale de l'espace judiciaire européen », in *Mélanges en l'honneur de H. GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 397.

DE VAREILLES-SOMMIERES P., « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1998-2000, p. 49.

DE VAREILLES-SOMMIERES P., « Un droit international privé européen ? », in *Le droit privé européen*, (dir. P. DE VAREILLES-SOMMIERES), *Economica*, 1998, p. 136.

DE VAREILLES-SOMMIERES P., *Rép. inter. Dalloz*, V^o *Fraude à la loi*.

DEBOVE F., « L'overdose législative », *Dr. pén.* 2004, chron. p. 6.

DELMAS-MARTY M., « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, chron. p. 47.

DERAINS Y., « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973, p. 122.

DESCHEEMAEKER E., « Un droit européen des contrats ? », *McGill Law Journal* 2002, p. 791.

DOUMBIA I., « Esquisse d'une théorie de la situation juridique », *RRJ* 2004-3, p. 1647.

DRAI P., « L'exécution des décisions de judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal », *RID comp.* 1986, p. 511.

DROZ G. A. L., « Les réserves et les facultés dans les Conventions de la Haye de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1969, p. 381.

DROZ G. A. L., « Variations Pordéa, à propos de l'arrêt Cass. 1^{ère} civ. 16 mars 1999 », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481.

DUBOUCHET P., « Défense de la théorie normative du droit chez Commons et Hayek : droit spontané, institution et économie », *RRJ* 2003-1, p. 1029.

DUINTJER TEBBENS H., « Les règles de conflit contenues dans les instruments de droit dérivé », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), Dalloz, 2004, p. 101.

DUTHEIL DE LA ROCHERE J., « L'ère des compétences partagées à propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne », *Rev. marché commun de l'Union européenne* 1995, p. 461.

FALLON M., « Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à F. RIGAUX*, Bruylant, 1993, p. 187.

FALLON M., note sous CJCE 23 novembre 1999, *Arblade*, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 710.

FALLON M., « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), Dalloz, 2004, p. 31.

FALLON M., « L'applicabilité du règlement « Bruxelles I » aux situations externes après l'avis 1/03 », in *Mélanges en l'honneur de H. GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 245.

FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463.

FERRAND F., « Le titre exécutoire européen ou les possibles tensions entre jugement sans frontières et procédure équitable », in *Mélanges en l'honneur de M. REVILLARD*, Defrénois, 2007, p. 183.

FERRARI F., « Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale », *RID comp.* 1996, p. 813.

FERRARI F., « Les rapports entre les conventions de droit matériel uniforme en matière contractuelle et la nécessité d'une interprétation interconventionnelle », *JDI* 2003, p. 791.

FERRARI F., « *Forum shopping* et droit matériel uniforme », *JDI* 2002, p. 383.

FLAUSS J.-F., obs. sous CEDH 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, *D.* 2007, jurisp. p. 1920.

FORHER-DEDEURWAERDER E., note sous Cass. civ. 1^{ère} 11 juill. 2006, *JDI* 2007, p. 554.

FOUCHARD Ph., « L'Etat face aux usages du commerce international », *Trav. com. fr. dr. inter. privé*, 1973-1975, p. 71.

FOUCHARD Ph., « Les usages, l'arbitre et le juge – A propos de quelques arrêts récents français », in *Le droit des relations économiques : études offertes à B. GOLDMAN*, Litec, 1982, p. 67.

FOYER J., « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 169.

FRANDESCAKIS Ph., note sous CA Rabat 24 oct. 1950, *Machet, Rev. crit. DIP* 1952, p. 89.

FRANDESCAKIS Ph., note sous CA Paris 7 juill. 1954, *Patino, Rev. crit. DIP* 1954, p. 553.

FRANDESCAKIS Ph., « Droit naturel et Droit international privé », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, Dalloz et Sirey, t. I, 1960, p. 114.

FRANDESCAKIS Ph., « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1.

FRANDESCAKIS Ph., « Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la « Compagnie des Wagons-lits » », *Rev. crit. DIP* 1973, p. 273.

FROMOND M., « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* 1996, p. 151.

FULCHIRON H., « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI* 2000, p. 889.

GANDOLFI G., « Pour un code européen des contrats », *RTD civ.* 1992, p. 707.

GANNAGE L., « Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen », *RID comp.* 2006, p. 116.

GANNAGE L., « A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux », in *Mélanges en l'honneur de H. GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 265

GANNAGE P., « L'application du principe de proximité dans les systèmes interpersonnels, L'exemple des droits proche-orientaux », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 257.

GAST-MEYER M., « La simplification du droit », *RRJ* 2005, p. 1183.

GAUDEMET-TALLON H. et **TALLON D.**, « L'incompétence internationale discrétionnaire du juge anglais et ses limites. L'arrêt de la Chambre des Lords du 10 avril 1973 », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 607.

GAUDEMET-TALLON H., « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, p. 531.

GAUDEMET-TALLON H., « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1988, p. 171.

GAUDEMET-TALLON H., note sous CJCE 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 497.

GAUDEMET-TALLON H., note sous Cass. civ. 1^{ère} 23 mai 2006, *Prieur*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870.

GAUDEMET-TALLON H., *Rép. inter. Dalloz*, V^o *Compétence civile et commerciale*.

GAUTIER P.-Y., « Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 327.

GEGOUT Y.-L., « La simplification future de notre législation : mythe ou réalité ? », *Vie jud.* 1996, p. 2.

GHESTIN J., « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 1.

GIARDINA A., « Les Principes d'Unidroit sur les contrats internationaux », *JDI* 1995, p. 547.

GLAUDET Ph., « Le Code civil européen : une utopie ? », *Droit et patrimoine* 2004, p. 35.

GOLDMAN B., note sous CA Rabat 24 oct. 1950, *Machet*, *JDI* 1951, p. 898.

GOLDMAN B., note sous Cass. civ. 1^{ère} 22 octobre 1991, *JDI* 1992, p. 177.

GONZALES CAMPOS J., « Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique », in *Liber amicorum G. A. L. DROZ*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 105.

GORE M., « « De la mode »... Dans les successions internationales : contre les prétentions de la *professio juris* », in *Mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 193.

GOTHOT P., « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1971, p. 209 et p. 415.

GOTHOT P., « Compte-rendu de P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé* », *Rev. crit. DIP* 1975, p. 179.

GRASS E., « L'inflation législative a-t-elle un sens », *Dr. pén.* 2003, p. 141.

GUZMAN ZAPATER M., « *Competencia de la Union euopra para concluir tratados internacionales en materia de derecho internacional privado (a proposito del dictamen des TJCE 1/03, de 7 febrero 2006)*, *Revista electronica de estudios internacionales* 2007, p. 1.

HAMMJE P., « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP* 1997, p. 1.

HEBRAUD P., « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », *Rec. de l'Académie de Législ. De Toulouse*, t. XIX, 1949, p. 141.

HERZOG P., « La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain : un aperçu », *Rev. crit. DIP* 1976, p. 1.

HESS B., « Les compétences externes de la Communauté européenne dans le cadre de l'article 65 CE », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), Dalloz, 2004 p. 81.

HEUZE V., « La volonté en droit international privé », *Droits* 1999, p. 113.

HEUZE V., « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002, I, 152.

HEUZE V., « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 393.

HEUZE V., « D'Amsterdam à Lisbonne, l'Etat de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP* 2008, I, 166.

HUET A., « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français, Clauses attributives de juridiction », *J. -Cl. dr. inter.*, Fasc. 581-41.

HUET A., note sous Cass. civ. 1^{ère} 16 mars 1999, *Pordéa*, *JDI* 1999, p. 773.

HUET A., obs. sous CJCE 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, *JDI* 2000, p. 696.

HUET A., note sous CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, *JDI* 2001, p. 690.

HUET A., *Rép. inter. Dalloz*, V^o *Titre exécutoire européen*.

HUET J., « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.* 2002, Point de vue p. 261.

IDOT L., note sous CJCE 9 nov. 2000, *Ingmar*, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 107.

IDOT L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *LPA* 12 déc. 2002, p. 27.

IDOT L., « Marché européen des services : directive « Bolkestein » ou « Frankestein » ? Le mythe de la loi d'origine... », *Europe* mars 2005, p. 3.

JACQUET J.-M., « L'incorporation de la loi au contrat », *Trav. com. fr. dr. inter. privé*, 1993-1994, p.23.

JACQUET J.-M., note sous CJCE 9 nov. 2000, *Ingmar*, *JDI* 2001, p. 511.

JARROSSON Ch., « Réflexions sur l'*imperium* », in *Etudes offertes à P. BELLET*, Litec, 1991, p. 245.

JAYME E. et KOHLER C., « L'interaction des règles de conflit de lois dans le droit dérivé des Communautés européennes et des conventions de Bruxelles et de Rome », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 1.

JAZOTTES G., « L'incidence du droit international privé communautaire sur l'ordre communautaire », *LPA* 12 déc. 2002, p. 38.

JOBARD-BACHELIER M.-N. et GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., « Ordre public international », *J.-Cl. dr. inter.*, Fasc. 534-1.

JOBARD-BACHELIER M.-N., « Ordre public international », *J.-Cl. dr. inter.*, Fasc. 534-2.

JOBARD-BACHELLIER M.-N., « La portée du test de comptabilité communautaire en droit international privé contractuel », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 475.

KAYSER P., « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *RRJ* 1998-2, p. 387.

KDHIR M., « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *RA* 1993, p. 538.

KENFACK H., « La limitation des textes de la C.N.U.D.C.I. aux relations internationales », *LPA* 18 déc. 2003, p. 75.

KESSEDJAN C., « Un exercice de rénovation des sources des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'Unidroit », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 641.

KESSEDJAN C., « Les dangers liés à un mauvais choix de la loi applicable », *RID comp.* 1995, p. 373.

KESSEDJIAN C., « Le passé et l'avenir du droit international privé européen dans le cadre de l'intégration européenne », *Rev. aff. eur.* 2002, p. 411.

KESSEDJIAN C., « Le principe de proximité vingt après », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 507.

KHAIRALLAH G., « Les « partenariats organisés » en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 317.

KHAIRALLAH G., note sous Cass. civ. 1^{ère} 19 nov. 2002, *Epoux Brachot*, *D.* 2003, jurisp. p. 797.

KINSCH P., « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 403.

KINSCH P., note sous CEDH 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 807.

KOHLER C., « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 1.

KREUZER K., « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 465.

KREUZER K., « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, (dir. L. VOGEL), coll. Droit global, Panthéon-Assas, 2001, p. 101.

LABAYLE H., « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTD eur.* 1997, p. 813.

LAGARDE P., « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1964, p. 235.

LAGARDE P., « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques : études offertes à B. GOLDMAN*, Litec, 1982, p. 125.

LAGARDE P., note sous CJCE 5 nov. 2002, *Uberseering*, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 508.

LAGARDE P., « Rapport de synthèse », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), Dalloz, 2004, p. 283.

LAGARDE P., « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelZ.* 2004, p. 225.

LAGARDE P., « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicables aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 331.

LAGARDE P., « La reconnaissance mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur de H. GAUDEMET-TALLON, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 479.

LAGARDE P., *Rép. inter. Dalloz*, V° *Ordre public*.

LANDO O., « Principes de droit européen des contrats, une première étape vers un code civil européen ? », *RDAl* 1997, p. 189.

LARROUMET Ch., « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP* 1997, I, 4011.

LEBOULANGER Ph., « L'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Rev. arb.*, 1999, p. 541.

LECUYER H., « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en l'honneur de F. TERRE*, Dalloz, PUF, Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 267.

LEGRAND P., « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RID comp.* 1996, p. 779.

LEQUETTE Y., note sous Cass. civ. 1^{ère} 20 mars 1985, *Caron, Rev. crit. DIP* 1986, p. 66.

LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. VON BAR », *D.* 2002, chron. p. 2202.

LIBCHABER R., « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 65.

LIPSTEIN K., « Les normes fixant leur propre domaine d'application : les expériences anglaises et américaines », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1977-1979, p. 188.

LOON J. H. A., « Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye », in *liber Memorialis FRANCOIS LAURENT*, Story-Scientia, p. 1133.

LOQUIN E., « L'application des règles nationales dans l'arbitrage international », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Séminaire des 7 et 8 avril 1988, p. 67.

LOQUIN E., « La réalité des usages du commerce international », *Rev. int. dr. éco.* 1989, p. 163.

LOUIS-LUCAS P., « Vue simplifiée du renvoi », *Rev. crit. DIP* 1964, p. 1.

LOUSSOUARN Y., « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Trav. com. fr. dr. inter. privé*, 1980-1981, p. 43.

MALAURIE Ph., « Loi uniforme et conflits de lois », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1967, p. 83.

MALAURIE Ph., « Le code civil européen des obligations et des contrats, une initiative toujours ouverte », *JCP* 2002, I, 110.

MALINTOPPI A., « Mesures tendant à prévenir les divergences dans l'interprétation des règles de droit uniforme », in *Le droit uniforme international dans la pratique, Actes du 3^{ème} Congrès de droit privé organisé par Unidroit, 7-10 septembre 1987*, éd. Unidroit, 1988, p. 249.

MANCINI P. S., « De l'utilité de rendre obligatoires les règles générales du droit international privé », *JDI* 1874, p. 228.

MARCHADIER F., note sous CEDH 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, *D.* 2007, jurisp. p. 2700.

MARKOVIC B.-S., « De la dualité du droit positif », *RID comp.* 1995-I, p. 138.

MARTY R., « Conflit d'application entre les Principes d'Unidroit et la loi française applicable au contrat. A propos d'un dualisme juridique », *D. Aff.* 1997, p. 100.

MATHIEU B., « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges P. GELARD*, Montchrestien, 1999, p. 30.

MAYER P., « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la compétence », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 1 et p. 537.

MAYER P., « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 547.

MAYER P., *Rép. inter. Dalloz, V° Lois de police.*

MAZEAUD D., « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission LANDO », in *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz, Litec, 1999, p. 205.

MBONGOT P., « De « l'inflation législative » comme discours doctrinal », *D.* 2005, chron. p. 1300.

MECARELLI G., « A propos du caractère inévitable du *forum shopping* dans la vente internationale de marchandises », *RDAI* 2003, p. 935.

MEIJERS, « La question du renvoi », *Bull. Inst. Jurid. Internat.* 1938, p. 191.

MENJUCQ M., note sous CJCE 9 mars 1999, *Centros*, *D. aff.* 1999, p. 550.

MENJUCQ M., note sous Cass. civ. 1^{ère} 19 nov. 2002, *Epoux Brachot*, *JCP E* 2003, 1675.

MORRIS C., « *The proper law of the tort* », *Harvard Law Review* 1951, p. 881.

MORVAN P., « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, chron. p. 247.

MOULY Ch., « le revirement pour l'avenir », *JCP* 1994, I, 3776.

MUIR WATT H., « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (à propos de la l'arrêt de la *Court of Appel, Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*) », *Rev. crit. DIP* 1998, p. 27.

MUIR WATT H., obs. sous CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481.

MUIR WATT H., note sous Cass. civ. 1^{ère} 19 nov. 2002, *Epoux Brachot*, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 631.

MUIR WATT H., note sous Cass. civ. 1^{ère} 28 janv. 2003, *Epoux Levy-Guedj*, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 398.

MUIR WATT H., note sous CJCE 27 avril 2004 (ass. plèn), *Turner*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654.

MUIR WATT H., note sous Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 2004, *Rev crit DIP* 2004, p. 815.

MUIR WATT H., note sous Cass. civ. 1^{ère} 21 sept. 2005, *Kenny*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 100.

MUIR WATT H., note sous Cass. com. 4 oct. 2005, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 407.

NIBOYET J.-P., « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? », *Rev. crit. DIP* 1950, p. 509.

NIBOYET M.-L., note sous Cass. civ. 1^{ère} 20 mars 1985, *Caron, JDI* 1987, p. 87.

NIBOYET M.-L., obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 19 nov. 2002, *Epoux Brachot, Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2003, p. 29.

NIBOYET M.-L., note sous Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 2004, *Gaz. Pal.* 15 janv. 2005, p. 30.

NIBOYET M.-L., « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *JDI* 2006, p. 937.

NIBOYET M.-L., « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte : le « grand arrêt » *Cornelissen* du 20 février 2007 », *Gaz. Pal.* 29 avril – 3 mai 2007, chron. p. 2.

NOIREL J., « Le droit civil contemporain et les situations de fait », *RTD civ.* 1956, p. 456.

NOURISSAT C., « Les successions : à propos du livre vert de la commission du 1^{er} mars 2005 », *AJ fam.* 2005, p. 393.

NOURISSAT C., « Sur l'élaboration d'une source perturbatrice : à propos du droit international privé communautaire », *D.* 2007, chron. p. 1098.

OPPETIT B., « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. Philo. Droit* 1982, t. 27, p. 43.

OPPETIT B., « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. Philo. Droit* 1983, t. 27, p. 43.

OPPETIT B., « L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême », *D.* 1990, chron. p. 73.

OPPETIT B., « Droit européen et droit commun », in *Mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 311.

PACTEAU B., « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 151.

PATAUT E., note sous CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni, Rev. crit DIP* 2001, p. 495.

PATAUT E., « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), Dalloz, 2004, p. 117.

PAULSSON J., « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », *Rev. arb.* 1990, p. 55.

PEDAMON M., « Y-a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTD com.* 1959, p. 335.

PELISSIER G., « Développements récents de l'impératif de sécurité juridique », *LPA* 20 févr. 1998, p. 6.

PEROZ H., « Le Règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées », *JDI* 2005, p. 637.

PLANTEY A., « Définition et principes de l'ordre public », in *L'ordre public*, PUF, 1995, p. 27.

POCAR F., « La codification européenne du droit international privé : vers l'adoption de règles rigides ou flexibles vers les Etats tiers ? », in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 697.

POILLOT-PERUZZETTO S. « L'ordre public international et le droit communautaire – A propos de l'arrêt de la Cour de justice des communautés du 1^{er} juin 1999 (affaire *Eco Swiss China Time Ltd*) », *JDI* 2000, p. 299.

POILLOT-PERRUZZETTO S., « Ordre public et lois de police en droit communautaire », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 2002-2004, p. 65.

POLIN R., « L'ordre public », in *L'ordre public*, PUF, 1995, p. 8.

POLLAUD-DULIAN F., « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 46.

PRIETO C., « Liberté d'établissement et de prestation de services », *RTD eur.* 2005, p. 867.

PUICHOSSET J.-P., « Vous avez dit confiance légitime ? », in *L'Etat de droit : mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, Dalloz, 1996, p. 581.

PUTMAN E., « Réflexions sur la question de la codification du droit international privé », in *La codification du droit international privé, actes du colloque d'Aix en Provence*, Pédone, 1999, p. 111.

PUTZEYS J., « Le droit uniforme « désuniformisé » », in *Le droit uniforme international dans la pratique, Actes du 3^{ème} Congrès de droit privé organisé par Unidroit, 7-10 septembre 1987*, éd. Unidroit, 1988, p. 440.

QINONES ESCAMEZ A., « Proposition pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couples », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 357.

QUEGUINER J.-S., « Le principe du pays d'origine appliqué à la matière contractuelle : Phénix du droit international communautaire », *Lamy droit des affaires* 2007, p. 107.

RADE Ch., « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, chron. p. 988.

RADICATI DI BROZOLO L. G., « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Rev. crit. DIP* 1993, p. 401.

REMY-CORLAY P., « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 37.

RENUCCI J.-F., « Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, LGDJ, 1998, p. 131.

ROMANO G. P., « La bilatéralité éclipsée par l'autorité – Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 457.

SAGAUT J.-F. et **CAGNIART M.**, « La légitimité du droit communautaire en droit international de la famille », *Droit et Patrimoine* 2005, p. 22.

SAGOT-DUVAUROUX J., note sous Cass. com. 4 oct. 2005, *D.* 2006, jurisp. p. 2449.

SALEILLES R., « Ecole historique du droit naturel », *RTD civ.* 1902, p. 81.

SAUER W., « Sécurité juridique et justice », in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil en l'honneur d'Edouard LAMBERT, cinquième partie : Le droit comparé comme science sociale*, LGDJ, 1973, p. 34.

SAVATIER R., « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chron. p. 43.

SCHOETTL J.-E., note sous Cons. const. 7 nov. 1997, déc. 97-391 DC, *AJDA* 1997, p. 969.

SIMON-DEPITRE M., « Les règles matérielles dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 591.

SORIEUL R., « Le mandat de la C.N.U.D.C.I. : une lecture évolutive », *LPA* 18 déc. 2003, p. 5.

SOULAS DE RUSSEL J.-M. et **RAIMBAULT Ph.**, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RID comp.* 2003, p. 85.

STEENHOFF G. J. W., « ASSER et la fondation de la Conférence de La Haye de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1994, p. 297.

STRUYCKEN A.V.M., « Le droit international privé d'origine communautaire et les Etats tiers », *Rev. aff. eur.* 2001-2002, p. 335.

SYNVET H., *Rép. inter. Dalloz*, V° *Société*.

TALLON D., « Vers un droit européen du contrat ? », in *Mélanges offerts à A. COLOMER*, Litec, 1993, p. 485.

TERRE F., « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1996, p. 3.

THIRLVAY H., « La recherche de la solution équitable en droit international privé », *Trav. com. fr. dr. inter. privé* 1982, p. 79.

TROPER M., « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 1987, p. 5.

TULKENS F., « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *RIEJ* 1990, p. 25.

VALLENS J.-L., note sous CA Versailles 20 mars 2008, *D.* 2008, jurisp. p. 1660.

VAN HECKE G., « Universalisme et particularisme des règles de conflit au XX^e siècle », in *Mélanges en l'honneur de J. DABIN*, t. I, Sirey, 1963, p. 939.

VAN LOON J. H. A., « Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye », in *Liber Memorialis FRANÇOIS LAURENT*, Story-Scientia, 1989, p. 1133

VIANGALLI F., « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », *RRJ* 2000-3, p. 1147.

VILLEY M., « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'OCCAM », *Arch. Philo. Droit.* 1964, p. 97.

VILLEY M., « Préface historique, l'utile et le juste », *Arch. Philo. Droit* 1981, p. 2.

VON BAR C., « Vers un code civil européen », *Annonces de la Seine* du 3 juin 2002, n° 33, p. 3.

VON OVERBECK A. E., « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. RIGAUX*, Bruylant, 1993, p. 619.

WENGLER W., note sous CA Ontario, 4 nov. 1963, *Schwebel v. Ungar*, *Rev. crit. DIP* 1954, p. 552.

WENGLER W., L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 657.

WILDERSPIN M. et LEWIS X., « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 1.

WILDERSPIN M. et ROUCHAUD-JOET A.-M., « La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2004, p. 1.

WILDERSPIN M., « Les perspectives d'une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), Dalloz, 2004, p. 173.

WITZ C., « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2000, chron. p. 79.

WITZ C., « C.V.I.M. : Interprétation et questions non couvertes », *RDAl* 2001, p. 253.

WITZ C., « La quête de l'universalisme dans l'interprétation », *LPA* 18 déc. 2003, p. 252.

WITZ C., « Les vingt-cinq ans de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Bilan et perspectives », *JDI* 2005, p. 5.

WITZ C., « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises. Panorama 2007 », *D.* 2007, p. 530,

ZARCA J.-C., « A propos de l'inflation législative », *D.* 2005, chron. p. 660.

TABLE CHRONOLOGIQUE DE JURISPRUDENCE

I – Juridictions nationales

A - Juridictions judiciaires

1) *Cour de cassation*

Cass. req. 16 janv. 1861, *Lizardi*, *Grands arrêts* n° 5.

Cass. civ. 24 juin 1878 et Cass. req. 22 fév. 1882, *Forgo*, *Grands arrêts* n° 7 et 8.

Cass. civ. 9 mai 1900, *De Wrède*, *S.* 1901, I, p. 185, note E. AUDINET ; *JDI* 1900, p. 613 ; *D.* 1905, p. 101, note L. SURVILLE ; *Grands arrêts* n° 20.

Cass. civ. 17 mai 1927, *D. P.* 1928, I, p. 25, note H. CAPITANT, concl. P. MATTER.

Cass. civ. 7 mars 1938, *de Marchi*, *Grands arrêts* n° 16.

Cass. civ. 25 mai 1948, *Lautour*, *Grands arrêts* n° 19.

Cass. civ. 1^{ère} 22 janv. 1951, *Veiller*, *Grands arrêts* n° 24

Cass. ass. plén. 13 déc. 1962, *D.* 1963, p. 277 note J. CALAIS-AULOIS.

Cass. civ. 1^{ère} 15 mai 1963, *Patiño*, *Grands arrêts* n° 37 et 38.

Cass. civ. 1^{ère} 7 janv. 1964, *Munzer*, *JDI* 1964, p. 302, note B. GOLDMAN ; *Rev. crit DIP* 1964, p. 344, note H. BATIFFOL ; *JCP* 1964, II, 13590, note B. ANCEL ; *Grands arrêts* n° 41.

Cass. civ. 1^{ère} 4 oct. 1967, *Bachir*, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 98, note P. LAGARDE ; *JDI* 1969, p. 302, note B. GOLDMAN ; *D.* 1968, p. 95, note E. MEZGER ; *JCP* 1968, II, 15634, note J.-B. SIALLELI ; *Grands arrêts* n° 45.

Cass. civ. 1^{ère} 9 déc. 1974, *Locautra*, *Rev. crit DIP* 1975, p. 504, note E. MEZGER ; *JDI* 1975, p. 534, note A. PONSARD.

Cass. civ. 1^{ère} 17 juill. 1980, *JCP* 1982, II, 19917, note P. COURBE.

Cass. civ. 1^{ère} 19 janv. 1983, *Conlon*, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 492, note P. MAYER ; *JDI* 1984, p. 899, note G. WIEDERKHER.

Cass. civ. 1^{ère} 6 févr. 1985, *Simitch*, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 243, chron. Ph. FRANCESKAKIS ; *JDI* 1985, p. 460, note A. HUET ; *D.* 1985, jurisp. p. 469, note J. MASSIP ; *Grands arrêts* n° 70.

Cass. civ. 1^{ère} 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note Y. LEQUETTE ; *JDI* 1987, p. 87, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

Cass. civ. 1^{ère} 17 déc. 1985, *Cie de signaux et entreprises électriques*, *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.* 1986, p. 265, note B. AUDIT, *Grands arrêts* n° 72.

Cass. civ. 1^{ère} 22 avr. 1986, *Djenangi*, *JDI* 1986, p. 1025, note A. SINAY-CYTERMANN ; *JCP* 1987, II, 20878, note E. AGOSTINI ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 302, note, J.-M. BISCOFF.

Cass. civ. 1^{ère} 26 juin 1990 (2^{ème} esp.), *Rev. crit. DIP* 1991, p. 593, note P. COURBE.

Cass. civ. 1^{ère} 12 janv. 1994, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 371.

Cass. civ. 1^{ère} 16 fév. 1999, *JCP* 1999, II, 10162, note B. FILLON-DUFOULEUR.

Cass. civ. 1^{ère} 16 mars 1999, *Pordéa*, *JDI* 1999, p. 773, obs. A. HUET.

Cass. civ. 1^{ère} 17 nov. 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 52, note B. ANCEL.

Cass. civ. 1^{ère} 8 fév. 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 42.

Cass. civ. 1^{ère} 21 mars 2000, *Ballestrero*, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 399, note B. ANCEL ; *D.* 2000, jurisp. p. 539, note F. BOULANGER ; *JCP* 2000 II, 10443, note T. VIGNAL ; *JDI* 2001, p. 505, note M. REVILLARD.

Cass. civ. 1^{ère} 19 nov. 2002, *Epoux Brachot*, *JCP* 2002, II, 10201, conclusions de l'avocat général G. SAINTE-ROSE et note S. CHAILLE DE NERE ; *D.* 2003, jurisp. p. 797, note G. KHAIRALLAH ; *Gaz. Pal.* 25 et 26 juin 2003, p. 29, obs. M.-L. NIBOYET ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 631, note H. MUIR WATT ; *JCP E* 2003, 1675, note M. MENJUCQ.

Cass. civ. 1^{ère} 28 janv. 2003, *Epoux Levy-Guedj*, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 398, note H. MUIR WATT.

Cass. civ. 2^{ème} 30 janv. 2003, *D.* 2003, jurisp. p. 2722, note E. BEN MERZOUK.

Cass. civ. 1^{ère} 17 fév. 2004 (4 esp.), *Rev. crit. DIP* 2004, p. 424, note P. HAMMJ ; *JDI* 2004, p. 867, note G. CUNIBERTI et p. 1200, note L. GANNAGE ; *D.* 2004, chron. p. 815, P. COURBE.

Cass. civ. 1^{ère} 30 juin 2004, *JDI* 2005, p. 112 note G. CUNIBERTI ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note H. MUIR WATT ; *RTD civ.* 2004, p. 548, obs. Ph. THERY ; *JCP* 2004, II, 10198, et l'avis de M. l'avocat général SAINTE-ROSE ; *D.* 2004, jurisp. p. 2743, note N. BOUCHE ; *Gaz. Pal.* 15 janv. 2005, p. 30, note M.-L. NIBOYET ; *LPA* 2 fév. 2006, p. 14, note L. FRANCOIS.

Cass. civ. 1^{ère} 22 fév. 2005, *Bull. civ.* 2005, I, n° 78.

Cass. civ. 1^{ère} 21 sept. 2005, *Kenny*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 100, note H. MUIR WATT.

Cass. com. 4 oct. 2005, *JDI* 2006, p. 601, note G. CUNIBERTI ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 407, note H. MUIR WATT ; *D.* 2006, jurisp. p. 2449, note J. SAGOT-DUVAUROUX.

Cass. civ. 1^{ère} 4 oct. 2005, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 422, note P. CALLE.

Cass. civ. 1^{ère} 25 oct. 2005, *D.* 2005, jurisp. p. 2872, obs. E. CHEVRIER ; *RTD civ.* 2006, p. 268, obs. REMY-CORLAY ; *RTD com.* 2006, p. 249, obs. Ph. DELEBECQUE.

Cass. civ. 1^{ère} 7 déc. 2005, *D.* 2006, jurisp. p. 1217, note J.-G. MAHINGA.

Cass. civ. 1^{ère} 28 mars 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 177.

Cass. civ. 1^{ère} 23 mai 2006, *Prieur*, *D.* 2006, chron. p. 1846, B. AUDIT ; *LPA* 22 sept. 2006, n° 190, note P. COURBE ; *JDI* 2006, p. 1377, note C. CHALAS ; *JCP* 2006, II, 10134, note P. CALLE ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 870, note H. GAUDEMET-TALLON ; *Grands arrêts* n° 87.

Cass. civ. 1^{ère} 20 juin 2006, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 383, note B. ANCEL ; *D.* 2007, jurisp. p. 1710, note P. COURBE.

Cass. civ. 1^{ère} 11 juill. 2006, *JDI* 2007, p. 554, note E. FORHER-DEDEURWAERDER.

Cass. civ. 1^{ère} 10 oct. 2006 (2 esp.), *D.* 2007, jurisp. p. 816, obs. H. FULCHIRON.

Cass. civ. 1^{ère} 20 fév. 2007, *Cornelissen*, *D.* 2007, jurisp. p. 892, note P. CHAUVIN ; *D.* 2007, jurisp. p. 1115, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *Gaz. Pal.* 29 avril – 3 mai 2007, p. 2, chron. M.-L. NIBOYET ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT.

Cass. civ. 1^{ère} 22 mai 2007, *Fercometal*, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 610, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2007, p. 956, note B. ANCEL et H. MUIR WATT.

2) Juridictions du fond

CA Rabat 24 oct. 1950, *Machet*, *Rev. crit. DIP* 1952, p. 89, note Ph. FRANCESCAKIS ; *JDI* 1951, p. 898, note B. GOLDMAN ; *Grands arrêts* n° 23.

CA Paris 7 juill. 1954, *Patiño*, *Rev. crit. DIP* 1954, p. 553, note Ph. FRANCESCAKIS.

TGI Paris 10 fév. 1993, *Crédit Lyonnais Bank NL c/ G. Paretti*.

CA Paris 19 mars 1965, *Banque ottomane*, *JDI* 1966, p. 118, note B. GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 85, note P. LAGARDE.

CA Bordeaux 10 janv. 2005, *D.* 2006, jurisp. p. 1090.

CA Versailles 20 mars 2008, *D.* 2008, jurisp. p. 1660, note J.-L. VALLENS.

B - Juridictions administratives

TA Strasbourg 8 déc. 1994, *Entreprise Transports Freymuth*, *AJDA* 1995, p. 555.

CE 30 déc. 1998, *Entreprise Chagnaud*, *AJDA* 1999, p. 96.

CAA Nancy 17 juin 1999, *Entreprise Transports Freymuth*, *RFDA* 2000, p. 354, concl. P. VINCENT.

CE Ass. 11 mai 2004, *Association AC !*, *Dr. adm.* juill. 2004, n° 115.

C - Conseil constitutionnel

Cons. const. 28 déc. 1995, déc. n° 95-269 DC.

Cons. const. 30 déc. 1996, déc. n° 96-385 DC.

Cons. const. 7 nov. 1997, *Debré et autres*, déc. n° 97-391 DC, *D.* 1999, somm. p. 235, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN.

II – Juridictions internationales

A - Cour de justice des communautés européennes

1) Arrêts

CJCE, 31 mars 1971, *AETR*, aff. 22/70, *Rec.* 1971, p. 263.

CJCE 14 juill. 1976, *Kramer*, aff. 3, 4 et 6/76, *Rec.* 1976, p. 1279.

CJCE 24 oct. 1978, aff. C-15/78, *Rec.* 1978, p. I-1971.

CJCE 20 fév. 1979, aff. 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.

CJCE 21 mai 1980, *Denilauer*, aff. 125/79, *Rec.* 1980, p. 1553 ; *Rev. crit DIP* 1980, p. 801, note E. MEZGER ; *JDI* 1980, p. 939, note A. HUET.

CJCE, 2 juill. 1985, *Brasserie du Pêcheur*, aff. 148/84, *Rec.* 1985, p. 1981.

CJCE 4 fév. 1988, *Hoffmann c/ Krieg*, aff. 145/86, *Rec.* 1988, p. 645 ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 598, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1989, p. 449, obs. A. HUET.

CJCE 27 sept. 1988, *Daily mail*, aff. 81/87, *Rec.* 1988, p. 5483.

CJCE 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C 113/89, *Rec.* 1990, p. I-1417.

CJCE 24 janv. 1991, *Alsthom Atlantique*, aff. C-339/89, *Rec.* 1991, p. I-107.

CJCE 24 nov. 1993, aff. C-267/91 et C-268/91, *Rec.* 1993, p. I-6097.

CJCE 2 mars 1994, *Parlement c/ Conseil*, aff. C-316/91, *Rec.* 1994, p. I-625.

CJCE 5 oct. 1994, *Allemagne c/ Conseil*, aff. C-280/93, *Rec.* 1994, p. I-4973.

CJCE 17 nov. 1998, *Van Uden*, aff. C-391/95, *Rec.* 1998, p. I-7091 ; *JDI* 1999, p. 613, note A. HUET ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 340, note J. NORMAND ; *D.* 2000, jurisp. p. 378, note G. CUNIBERTI.

CJCE 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.* 1999, p. I-1459 ; *D. aff.* 1999, p. 550, note M. MENJUCQ ; *Rev. soc.* 1999, p. 386, note PARLEANI.

CJCE 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec.* 1999, p. I-3055.
p. 710, note M. FALLON.

CJCE 23 nov. 1999, *Arblade*, aff. C-369/96, *Rec.* 1999, p. I-8453 ; *Rev. crit. DIP* 2000,

CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *Rec.* 2000, p. I-1935 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481, obs. H. MUIR WATT ; *JDI* 2001, p. 690, note A. HUET.

CJCE 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, aff. C-38/98, *Rec.* 2000, p. I-2973 ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 497, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2000, p. 696, obs. A. HUET.

CJCE 4 juill. 2000, *Commission c/ Portugal*, aff. C-84/98, *Rec.* 2000, p. I-5215.

CJCE, 5 oct. 2000, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-376/98, *Rec.* 2000, p. I-8419.

CJCE, 5 oct. 2000, *Imperial Tobacco*, aff. C-74/99, *Rec.* 2000, p. I-8599.

CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98, *Rec.* 2001, p. I-2189 ; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 495, note E. PATAUT.

CJCE 6 juin 2002 (3^{ème} esp.), *Italian Leather*, aff. C-80/00, *Rec.* 2002, p. I-4995 ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 704, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2001, p. 690, note A. HUET.

CJCE 5 nov. 2002, *Ciel ouvert*, aff. C-466/98, *Commission c/ Royaume-Uni*, *Rec.* 2002, p. I-9427 ; aff. C-467/98, *Commission c/ Danemark*, *Rec.* 2002, p. I-9519 ; aff. C-468/98,

Commission c/ Suède, Rec. 2002, p. I-9575 ; aff. C-469/98, Commission c/ Finlande, Rec. 2002, p. I-9627 ; aff. C-471/98, Commission c/ Belgique, Rec. 2002, p. I-9681 ; aff. C-472/98, Commission c/ Luxembourg, Rec. 2002, p. I-9741 ; aff. C-475/98, Commission c/ Autriche, Rec. 2002, p. I-9797 et aff. C-478/98, Commission c/ Allemagne, Rec. 2002, p. I-9855.

CJCE 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, *Rec. 2000, p. I-9305 ; Rev. crit. DIP 2001, p. 107, note L. IDOT ; JDI 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET*

CJCE 5 nov. 2002, *Uberseering*, aff. C-208/00, *Rec. 2002, p. I-9919 ; Rev. crit. DIP 2003, p. 508, note P. LAGARDE.*

CJCE 30 sept. 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *Rec. 2003, p. I-10155.*

CJCE 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *Rec 2003, p. I-11613.*

CJCE 27 avr. 2004 (ass. plèn), *Turner*, aff. C-159/02, *Rec. 2004, p. I-3565 ; Rev. crit. DIP 2004, p. 654, note H. MUIR WATT ; D. 2004, jurisp. p. 1919, note R. CARRIER.*

CJCE 29 avr. 2004, (2 esp), aff. C-482/01 et C-493/01, *Rec. 2004, p. I-5257 ; Europe 2004, p. 34, note E. BERNARD.*

2) Avis

Avis 1/76 du 26 avr. 1977, *Rec. 1976, p. 741.*

Avis 2/91 du 19 mars 1993, *Rec. 1993, p. I-1061.*

Avis du 2/92 du 24 mars 1995, *Rec. 1995, p. I-521.*

Avis 1/94 du 28 mars 1996, *Rec. 1996, p. I-1759.*

Avis du 1/03 du 7 fév. 2006, disponible sur le site internet de la Cour de justice des communautés européennes.

B - Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabalès et Balkandali c/ R.-U.*, Req. n° 9214/80.

CEDH 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, Req. n° 18357/91 et 31 mai 2005, *Matheus c/ France*, Req. n° 62740/00.

CEDH 30 oct. 1998, *F. E c/ France*, Req. n° 38212/97.

CEDH 29 juin 1999, *Nylund c/ Finlande*, *Recueil des arrêts et décisions 1999-IV.*

CEDH 13 fév. 2001, *Pellegrini*, Req. n° 30882/96 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 106, note L-L. CHRISTIANS

CEDH 10 juill. 2001, *Tricard c/ France*, Req. n° 40472/98.

CEDH 6 mai 2004, *Hussin c/ Belgique*, Req. n° 70807/01.

CEDH 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, Req. n° 76240/01 ; *D.* 2007, jurisp. p. 1920, obs. J.-F. FLAUSS ; *D.* 2007, jurisp. p. 2700, note F. MARCHADIER ; *JDI* 2008, p. 184, note L. D'AVOUT ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 807, note P. KINSCH.

C - Cour permanente de justice internationale et Cour internationale de justice

CPIJ 7. sept. 1927, *Aff. du Lotus*, *Rev. crit. DIP* 1928, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

CIJ 28 nov. 1958, *Boll*, *Rev. crit. DIP* 1958, p. 713.

INDEX ALPHABETIQUE

Les nombres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Acte :

- juridique : 236, 237, 238, 239, 343.
- public étranger :
- – décisionnel ou normatif : v. *Jugements étrangers*.
- – non décisionnel : 348, 366, 540 à 548, v. *Effet de titre*.

Adoption internationale : 392, 532, 533, 571.

Anti-suit injunction : v. *Injonction in personam*.

Apparence : 96 et s, 538.

Arbitrage international :

- et usages du commerce international : 314, 320, 321.
- et règles anationales : 323.
- v. *Sentences arbitrales*.

Autonomie de la volonté : 213, 233.

Autorité de la chose jugée :

- comme attribut du jugement étranger : 347, 383, 503.
- v. *Jugements étrangers*.

Autorité des lois dans l'ordre international : 117 et s.

Code civil européen : 418 et s.

Comity : v. *Principes généraux du droit international*.

Compétence :

- de la Communauté européenne :
- – exclusive : 487 à 492.
- – externe : 487 à 492.
- – pour unifier le droit international privé : 446 à 452.
- – pour unifier le droit matériel : 423 à 430.
- internationale des tribunaux :
- – exclusive : 508, 523.
- – exorbitante : 568, 570.
- v. *Conventions de Bruxelles, Règlements communautaires sur la compétence des tribunaux, Universalisation des règles de compétence juridictionnelle*
- indirecte du juge étranger (contrôle de la ...) : 508, 523.
- de l'autorité publique étrangère (contrôle de la ...) : 541.

Conférence de La Haye de droit international privé :

- adhésion de la Communauté européenne à la... : 493.
- conventions élaborées dans le cadre de la ... : 479 et s.

Conflit de systèmes dans le temps : 538.

Convention :

- de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence et l'effet des jugements : 433, 507 et s., 604.
- de Bruxelles du 28 mai 1998 sur la compétence, la reconnaissance et l'effet

C

Clause :

- attributive de juridiction : 77, 296 et 297, 607.
- d'exception : 90 et s.

- des jugements en matière matrimoniale : 433, 507 *et s.*, 604.
- de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs : 484.
 - de La Haye du 2 octobre 1973 relative aux obligations alimentaires : 186, 484.
 - de Lugano du 16 septembre 1988 sur la compétence et l'effet des jugements : 489, 491, 510.
 - de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : 85, 91, 121, 169, 181, 186, 249, 328, 433, 491.
 - de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises : 462, 466, 470, 471, 474, 475.
 - européenne de sauvegarde des droits de l'homme : 68, 289, 532 *et s.*, 543, 544.

D

Divorce(s) :

- loi applicable au ... : 261, 270, 451, 479.
- reconnaissance en France des... : 517.
- et méthode de la référence à l'ordre juridique compétent : 578.

Doctrine :

- Particulariste : 14, 17, 44, 200, 205, 268, 405, 485.
- Universaliste : 10 *et s.*, 199, 200, 204, 205, 206, 337, 405, 406, 485, 528.
- – de Mancini : 12.
- – de Pillet : 13.
- – de Savigny : 11.

Double renvoi : *v. Renvoi.*

Droit :

- communautaire : *v. Communautarisation, Convention, Règlement communautaire.*
- européen des droits de l'homme : *v. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.*
- européen des contrats : *v. Principes européens du droit des contrats.*
- de prélèvement : 596.
- naturel : 5, 11.

- spontané : *v. Universalisation spontanée du droit.*

Droits :

- acquis : 151, 346, 364.
- de la défense :
 - – et sécurité juridique : 68.
 - – et ordre public : 509, 518, 522.
- de l'homme : *v. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.*
- réels : 328, 329, 330, 331, 332, 596.

E

Effet :

- de fait des jugements étrangers : 535 *et s.*
- novateur du jugement : 347, 366, 379.
- de titre des actes publics non décisionnels : 348, 500, 540.

Efficacité :

- substantielle des jugements étrangers : *v. Jugements étrangers.*
- des lois dans l'ordre international : 131 *et s.*

Electio iurio : 75 *et s.*, 209 *et s.*

Exception :

- d'ordre public : 145 *et s.*
- de reconnaissance : 529, 530, 531 *et s.*, 536 *et s.*
- de fraude à la loi : 155 *et s.*, 161.

Exequatur : *v. Jugements étrangers, Force exécutoire.*

Exportation des situations juridiques individuelles : 354, 368, 369, 391, 392, 553 *et s.*

F

Faillite internationale : 139, 391, 433, 593, 594.

Fait juridique : 236, 237, 238.

Favor validitatis : 185, 192.

Filiation : 191, 192, 229, 246, 484, 533.

For :

- de raisonnement/de jugement : 568.
- de référence : 53.

Force exécutoire : 510, 513.

- comme attribut du jugement étranger : 383, 503.

Foreign Court Theory : 568.

Forum shopping : *126 et s*, *160 et s*, 180, 297, 421, 471, 474, 607.

Forum non conveniens : 90, 291.

Fraude :

- à la loi : *120 et s*.
- au jugement : *126 et s*.
- comme condition de régularité des jugements étrangers : 509, 522.

I

Injonction in personam : 368, 391, *591 et s*, 596, 601, 604 à 608, 610, 611.

- anti-suit : 593, 594, 604 à 607, 610.
- mareva : 594, 596.

Inlandsbeziehung : 151, 171.

Interprétation du droit uniforme : *473 et s*.

J

Jugements étrangers :

- conditions de régularité des... :
- en droit commun : *522 et s*.
- en droit communautaire : *507 et s.*, *v. Compétence indirecte du juge étranger, Fraude, Ordre public.*
- constitutifs : 348.
- déclaratifs : 348.
- en tant que norme individuelle : 145, 347, 348, 349, 350, 366, 367, 383, 499, 500, 606.
- effet de fait des... : *535 et s*.

– efficacité substantielle ou effet normatif des... : 347, 348, 349, 383, 503, 513, 531, 533, 534, 535.

- gracieux : 348.

L

Lex auctoris : 387, 540, 541, 542, 544, 546, 547.

Lex fori :

- vocation universelle de la... : 8, 172, 173, 174.

Lex rei sitae : 328, 329, 330, 586.

Lex mercatoria : 1, 323.

Lois de police :

- contrôle par le droit communautaire des... : 456, 519.
- d'origine communautaire : 519, 526.
- et ordre public : 171, 172.
- méthode des ... : *167 et s*.

M

Mariage(s) :

- conditions de fond : 138, 139, 185.
- conditions de forme : 135, 139.
- effets du... : 186, 277.
- reconnaissance en France des... : 353, 366, 379, 541.

Méthode :

- classique des conflits de lois : 80, 81, 82, 173, 174, 135, 136, 137, 145.
- de la proper law : 83, 84, 85, 262, 260.
- de la reconnaissance : *v. Reconnaissance.*
- de la référence à l'ordre juridique compétent : 369, 392, *574 et s*.
- des intérêts gouvernementaux : 83, 262.
- des lois de police : *v. Lois de police.*
- des règles matérielles de conflit de lois : *v. Règles matérielles de conflit de loi.*

N

Nom :

- changement de ... : 442.

Norme individuelle : *v. Jugement étranger.*

Novation : *v. Effet novateur.*

O

Opposabilité : 328, 330, 369, 379, 540.

Ordre juridique compétent : *v. Méthode de la référence à l'ordre juridique compétent.*

Ordre public :

- comme condition de régularité des jugements étrangers : 516 *et s.*, 523, 524, 525 *et s.*
- et lois de police : 519, 526.
- exception d'... : *v. Exception d'ordre public.*
- procédural : 509, 518.
- substantiel : 509, 518, 526.

P

Partenariat : 366, 379, 382, 540, 542.

Particularisme : *v. Doctrine.*

Positivismes : 6.

Présomption de régularité des jugements étrangers : 512 *et s.*

Prévisibilité : 49 *et s.*

Principe(s) :

- généraux du droit international : 13, 199, 206, 293, 593, 606, 607.
- d'Unidroit : 322, 323, 420, 463.
- de proximité : 85, 90 *et s.*
- du droit européen des contrats : 322, 323, 420, 463.
- du pays d'origine : 436 *et s.*, 546, 547.

Privilège de juridiction : 523, 525.

Profession juris : *v. Electio juris.*

Proper law : *v. Méthode de la proper law.*

Putativité internationale : 529, 533, 536, 537, 538, 539.

Q

Questions préliminaires : 188, 484.

R

Rattachement(s) :

- alternatifs : 185, 491.
- subsidiaires : 186.

Réalisation par équivalent : 596, 600, 610.

Règlement Communautaire :

- du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : 139, 433.
- du 29 mai 2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : 296, 297, 449, 491, 507 *et s.*, 604.
- du 27 novembre 2003 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale : 289, 489, 507 *et s.*, 546, 604.
- du 21 avril 2004 sur le titre exécutoire européen : 510.
- du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles : 433, 451, 491.
- du 19 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : 91, 121, 122, 169, 180, 186, 218, 233, 249, 329, 433, 491.

Régularité internationale : *v. Jugements étrangers.*

Révision des jugements étrangers (pouvoir de) : 508, 522.

S

Sécurité, juridique : *v. Prévisibilité.*

Sentences arbitrales :

- comme acte de cristallisation des situations juridiques : 350, 366.
- reconnaissance des... : 320, 323, 463, 500.

Situation :

- de fait : 345.
- juridique :
 - – définition : 342 et s.
 - – exportation des... : v. *Exportation des situations juridiques individuelles*.
 - – reconnaissance des... : v. *Reconnaissance des situations juridiques individuelles*.
 - – universalisation des... : v. *Universalisation des situations juridiques individuelles*.

Succession internationale : 123, 138, 239, 244, 568, 570, 597, 650.

Sûretés mobilières : 326 et s.

T

Titre exécutoire européen : 510.

U

Unidroit : v. *Principe d'Unidroit*.

Unilatéralisme : 173 et s, 364.

Universalisation :

- du droit matériel : 302 et s, 413 et s, 460 et s.
- de la règle matérielle autorisant le choix de la loi applicable : 225 et s.
- des règles de conflit de lois : 254 et s, 431 et s, 477 et s.
- des règles de compétence juridictionnelle : 286 et s.
- spontanée du droit : 312 et s.

Universalisme : v. *Doctrine*.

Usage du commerce international : 312 et s, 463.

V**Vente :**

- internationale de marchandises : v. *Convention de Vienne*.
- judiciaire : 535.

TABLE DES MATIERES

Les nombres renvoient aux numéros de pages

Introduction	13
PREMIERE PARTIE : LES ENJEUX DU PROCESSUS D'UNIVERSALISATION DU DROIT	35
Titre 1 : Les impasses générées par le particularisme	37
Chapitre 1 : La transgression des intérêts particuliers	39
Section 1. L'insécurité juridique inhérente aux relations internationales	40
§1- Une imprévisibilité provoquée par le particularisme	40
§2- La nécessité d'une meilleure prévisibilité des solutions	46
Section 2. L'efficacité limitée des mécanismes rectificatifs	52
§1- L'efficacité limitée des procédés alternatifs préventifs	53
A- L'electio juris	54
B- La prise en compte des attentes des parties dans l'élaboration de la réglementation	55
§2- L'efficacité limitée des procédés alternatifs correctifs	61
A- Les clauses d'exception découlant du principe de proximité.....	62
B- La prise en compte de l'apparence	65
Conclusion du Chapitre 1 :	69
Chapitre 2 : La transgression de l'intérêt général	71
Section 1. L'affaiblissement des éléments de la loi dans l'ordre international	74
§1- La remise en cause de l'autorité des lois dans l'ordre international	76

A- La remise en cause de l'autorité de la loi par la modification artificielle de la situation....	78
B- La remise en cause de l'autorité de la loi par la saisine d'un juge étranger.....	81

§2- La remise en cause de l'efficacité des lois dans l'ordre international	83
--	----

Section 2. L'efficacité limitée des mécanismes rectificatifs	90
--	----

§1- Les mécanismes d'éviction de la loi normalement applicable.....	91
---	----

A- L'exception d'ordre public.....	91
------------------------------------	----

1°- La protection de l'intérêt général, fonction naturelle de l'exception d'ordre public	94
--	----

2°- L'efficacité limitée de l'exception d'ordre public.....	96
---	----

B- La sanction de la fraude.....	98
----------------------------------	----

1°- L'efficacité limitée de l'exception de fraude à la loi.....	99
---	----

2°- Les impasses de la lutte unilatérale contre le <i>forum shopping</i>	100
--	-----

§2- Les mécanismes de « matérialisation » du mode de désignation du droit compétent.	104
---	-----

A- Les lois de police.....	105
----------------------------	-----

1°- L'importance de l'intérêt général dans l'originalité de la méthode des lois de police.....	105
--	-----

2°- L'efficacité limitée de la méthode des lois de police	113
---	-----

B- Les règles matérielles de conflit de lois	117
--	-----

1°- L'autonomie de la méthode des règles matérielles de conflit	118
---	-----

2°- Le domaine nécessairement limité de la méthode des règles matérielles de conflit	122
--	-----

Conclusion du Titre 1 :	123
-------------------------------	-----

Titre 2 : Les perspectives offertes par l'universalisation du droit 125

Chapitre 1 : Les perspectives offertes par l'universalisation des règles générales 129

Section 1. Le support principal de l'universalisation des règles générales	131
--	-----

§1- La règle permettant aux parties de choisir la loi applicable.....	132
---	-----

A- Une forme d'universalisation du droit au service des intérêts particuliers	133
---	-----

1°- Un choix autorisé par une règle matérielle de droit international privé.....	133
--	-----

2°- L'importance de la valeur accordée au choix de la loi applicable	139
--	-----

B- Une forme d'universalisation limitée par l'intérêt général	143
---	-----

1°- L'exigence d'un risque juridique réel	144
---	-----

2°- La nécessité de <i>l'electio juris</i>	147
--	-----

§2- Les règles de conflit de lois	156
---	-----

A- Universalisation des règles de conflit de lois et intérêt général	157
1°- Les sacrifices exigés par l'universalisation des règles de conflit de lois	158
a) Le changement du mode de désignation du droit compétent	159
b) La modification du facteur de rattachement	164
2°- La satisfaction de l'intérêt général par l'unification des règles de conflit de lois.....	167
B- Universalisation des règles de conflit de lois et intérêts particuliers	170
Section 2. Le support accessoire de l'universalisation des règles générales.....	174
§1- Les règles de compétence juridictionnelle directe.	174
A- L'universalisation des critères objectifs de compétence	175
1°- L'insuffisance d'une universalisation isolée des règles de compétence directe	175
2°- L'intérêt d'une universalisation des règles de compétence directe à titre complémentaire	178
B- L'universalisation de la compétence du juge choisi par les parties	180
§2- Le droit matériel.....	185
A- L'intérêt d'une universalisation non étatique.....	191
1°- Les usages du commerce international.....	192
a) La création de véritables règles juridiques adaptées aux besoins des particuliers	192
b) Les limites de l'universalisation spontanée du droit.....	198
2°- Les règles matérielles uniformes issues des codifications privées.....	201
B- L'inadaptation manifeste de la méthode conflictuelle	205
Conclusion du Chapitre 1 :	211
Chapitre 2 : Les perspectives offertes par l'universalisation des situations juridiques individuelles	215
Section 1. Définition de l'universalisation des situations juridiques individuelles.....	217
§1- La notion de situation juridique individuelle	218
§2- La signification de l'universalisation des situations juridiques individuelles.....	227
Section 2- Utilité de l'universalisation des situations juridiques individuelles	232
§1- Universalisation des situations juridiques individuelles et intérêts particuliers	233
A- Une amélioration insuffisante de la prévisibilité	234
1°- La nécessité de raisonner à partir d'une opération de concrétisation de la situation juridique	234

a) En matière de reconnaissance des situations juridiques.....	235
b) En matière d'exportation des situations juridiques.....	239
2°- Un besoin de prévisibilité ressenti antérieurement à l'opération de concrétisation.....	241
B- Le rôle décisif de l'universalisation des situations juridiques individuelles.....	243
1°- La fonction subsidiaire de l'universalisation des situations juridiques individuelles.....	244
2°- La fonction complémentaire de l'universalisation des situations juridiques individuelles.....	247
§2- Universalisation des situations juridiques individuelles et intérêt général.....	252
A- L'incidence de la reconnaissance des situations juridiques étrangères sur la conception de l'intérêt général du for.....	253
B- L'incidence de l'exportation des situations juridiques sur la conception de l'intérêt général du for.....	258
Conclusion de la Première Partie :	265
DEUXIEME PARTIE : LES METHODES DU PROCESSUS D'UNIVERSALISATION DU DROIT.....	269
Titre 1 : L'universalisation des règles générales.....	271
Chapitre 1 : L'universalisation des règles générales au niveau communautaire.....	275
Section 1. La communautarisation du droit matériel.	276
§1- Le caractère parcellaire du droit communautaire matériel.....	277
§2- L'élaboration d'un Code civil européen.....	281
A- Un projet ambitieux.....	281
B- Une entreprise prématurée.....	284
Section 2. La communautarisation du droit international privé.....	289
§1- L'insuffisance actuelle des règles de conflit d'origine communautaire.....	291
A- L'insuffisance de la communautarisation directe des règles de conflit.....	291
B- Les faiblesses de la thèse de la communautarisation indirecte des règles de conflit.....	295
1°- L'absence de règles de conflit issues indirectement du droit primaire.....	296
2°- L'absence d'harmonisation des règles de conflit nationales par le droit communautaire primaire.....	300

§ 2- La perspective d'une unification générale des règles de conflit au niveau communautaire	303
A- Une unification imminente des règles de conflit au niveau communautaire	304
B- L'efficacité des futures règles de conflit communes.....	308
Conclusion du Chapitre 1 :	312
Chapitre 2 : L'universalisation des règles générales au niveau mondial.....	315
Section 1. L'universalisation du droit matériel	317
§1- Le domaine limité de l'universalisation du droit matériel	317
§2- L'efficacité limitée de l'universalisation du droit matériel.....	321
A- L'instauration d'une dualité de régimes juridiques.....	322
B- Les divergences d'interprétation	326
Section 2. L'universalisation des règles de conflit.....	331
§1- Le bilan de l'universalisation des règles de conflit.....	332
A- L'ampleur de l'universalisation des règles de conflit	332
B- L'efficacité de l'universalisation des règles de conflit.....	335
§ 2- L'avenir incertain de l'universalisation des règles de conflit	341
A- La paralysie des initiatives nationales.....	342
B- La situation délicate de la Communauté	352
Conclusion du Titre 1 :	355
Titre 2 : L'universalisation des situations juridiques individuelles	357
Chapitre 1 : La reconnaissance des situations juridiques étrangères	359
Section 1. La diminution des obstacles à la reconnaissance indirecte des situations juridiques étrangères	362
§ 1- Une diminution manifeste au niveau communautaire	363

A- La réduction des conditions contrôlées	364
B- L'allègement du contrôle opéré.....	368
1°- Une présomption de régularité renforcée	369
2°- L'encadrement du contrôle de conformité à l'ordre public.....	372
§2- Une diminution relative au niveau mondial	377
A- La réduction du nombre de conditions contrôlées	378
B- Le renforcement du contrôle opéré	383
Section 2. Les avancées de la reconnaissance directe des situations juridiques étrangères...	389
§1- L'exception de reconnaissance appliquée à une situation juridique déduite d'une décision étrangère irrégulière	391
A- L'influence exercée par le droit européen des droits de l'homme	392
B- L'utilisation détournée de la théorie de l'effet de fait des jugements étrangers.....	395
§2- L'exception de reconnaissance appliquée à une situation juridique déduite d'une loi incompétente	398
A- La reconnaissance exceptionnelle de situations cristallisées à l'étranger par l'effet du temps	400
B- La reconnaissance exceptionnelle de situations cristallisées à l'étranger par des actes publics non décisionnels.....	404
Conclusion du Chapitre 1 :	414
Chapitre 2 : L'exportation des situations juridiques constituées dans le for	417
Section 1. La référence à l'ordre juridique étranger.....	419
§ 1- L'insuffisance d'une référence partielle à l'ordre juridique étranger	420
A- La référence aux procédés étrangers de désignation du droit compétent.....	421
1°- Le mécanisme du renvoi.....	421
2°- Le mécanisme du double renvoi.....	424
B- La référence au raisonnement du juge étranger.....	426
1°- La référence au raisonnement du juge étranger à propos du contenu de la situation juridique individuelle	427
2°- La référence au raisonnement du juge étranger à propos de la régularité internationale de la décision rendue dans le for.	429
§2- L'efficacité limitée d'une référence globale à l'ordre juridique étranger	432

A - Présentation de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent	432
B- Limites de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent	436
 Section 2. Les tentatives du for visant à imposer son point de vue à l'étranger	 442
 §1- Les procédés envisageables	 443
A- Les injonctions in personam à portée extraterritoriale.....	444
B- Le mécanisme de la réalisation par équivalent.....	449
 §2- Le caractère exceptionnel des procédés envisagés	 451
A- Les contraintes d'ordre matériel	451
B- Les contraintes d'ordre juridique	453
C- Le risque de transgression des objectifs justifiant l'universalisation du droit	457
 Conclusion de la deuxième partie :	 463
 Conclusion générale	 465
 Bibliographie indicative	 471
Table chronologique de jurisprudence.....	493
Index alphabétique	501

