



*Que
sais-je?*



LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Dominique Bureau
Horatia Muir Watt

puf

QUE SAIS-JE ?

Le droit international privé

DOMINIQUE BUREAU

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

HORATIA MUIR WATT

Professeur des Universités à Sciences Po



Introduction

Le droit international privé s'efforce de résoudre les diverses difficultés qui résultent du *phénomène de la frontière*, parfaitement identifié comme tel par un célèbre internationaliste de la première moitié du xx^e siècle [\[1\]](#). C'est en effet la séparation du monde en États, conjuguée à l'existence de relations humaines dépassant le simple cadre étatique, qui impose de recourir à une branche particulière du droit, destinée à tenir compte d'un tel particularisme. Instrument de gestion de la diversité des droits, le droit international privé s'est ainsi vu confier une place croissante, à la mesure du développement des relations privées internationales, la disparition même de ses causes génératrices n'étant de surcroît guère envisageable : l'unification totale des systèmes juridiques est aussi peu probable que souhaitable – si l'on veut bien admettre du moins que la diversité constitue une richesse –, au point qu'elle demeure même encore assez éloignée à l'échelon simplement régional, en dépit de forces contraires (Union

européenne) ; quant à la fermeture absolue des frontières interdisant tout commerce juridique entre les hommes et leurs entreprises, elle n'est pas davantage probable dans le contexte actuel de circulation des personnes, de mondialisation et de globalisation des échanges (et, sur le renouvellement du paradigme de la frontière à l'épreuve de la globalisation, v. S. Sassen, *La globalisation. Une sociologie*, tr. fr. P. Guglielmina, Gallimard, « NRF-Essais », 2009).

Instrument de gestion de la diversité des droits (ou de coordination des systèmes [2]), le droit international privé apparaît alors au cœur de mouvements, de tensions, de contradictions même, reflets d'une modernité parfois décrite en termes de crise [3]. Sans doute parce que les diverses techniques qu'emploie cette branche du droit sont parfois très directement liées à des présupposés théoriques ou philosophiques au cœur de la réflexion contemporaine : universalisme ou relativisme des droits de l'homme ? Réglementation économique ou loi du marché ? Préservation d'intérêts étatiques ou dépassement des particularismes nationaux ? Ouverture vers le monde extérieur ou cloisonnement des frontières ? Développement de la volonté individuelle ou renforcement

des impératifs ?... Les échos de ces diverses interrogations ont parfois traversé le cercle restreint des internationalistes pour devenir sujets généraux de débats, de controverses : patriotisme économique ou libre-échange ? Identité nationale ou citoyenneté du monde ?

C'est dans ce contexte que le droit international privé prospère, par utilisation de méthodes, de techniques ou de règles plus ou moins sophistiquées. Les problèmes qu'il doit résoudre sont en effet plus complexes que ceux auxquels le juriste se trouve normalement confronté dans un litige purement interne ; la présence d'un élément d'*extranéité* – nationalité étrangère d'un individu, localisation à l'étranger de son domicile, de la situation d'un bien, par exemple – y ajoute un élément supplémentaire de difficulté : un régime particulier a vocation à s'appliquer, qui nécessite parfois le choix préalable d'un tribunal ou d'une loi parmi les tribunaux ou les lois des États entretenant quelque lien avec la situation donnée, parfois l'élaboration d'une réglementation propre à la résolution de la question posée.

Dans cette voie, toutes les questions que le droit international privé entend prendre en charge ne sont pas

d'ordre comparable : tandis que certaines portent sur les *sujets de droit* eux-mêmes, d'autres naissent des *rappports de droit* auxquels ils peuvent être partie.

I. Les sujets de droit

Née de la division du monde en États, cette première thématique du droit international privé repose tout simplement sur l'opposition entre nationaux et étrangers. À l'échelle du droit français, il s'agit dès lors de déterminer à quelles conditions un sujet de droit peut être considéré comme français (droit de la nationalité) et, à défaut, quel sera son statut à l'égard de l'ordre juridique français (condition des étrangers).

1. Droit de la nationalité

Tout le droit de la nationalité repose sur le principe – fondamental – selon lequel il appartient à chaque État de déterminer si tel individu peut être considéré comme un national de cet État : seul l'État français, italien, japonais peut dire si un individu est respectivement Français, Italien ou Japonais.

D'apparence technique, la matière repose en réalité sur de nombreux présupposés d'ordre sociologique ou politique. En contemplation de ces dernières données s'opposent ainsi une conception ethnique de la Nation (cette dernière préexiste à l'individu, dont l'appartenance à la communauté nationale est essentiellement déterminée par la généalogie ; la nationalité se transmettra alors par la filiation : c'est le *jus sanguinis*, droit du sang) et une conception élective de la Nation (qui n'existe que par le consentement de ceux qui la composent ; la nationalité résultera alors d'une manifestation de volonté, traduisant une adhésion aux valeurs de la société d'accueil ; elle ne s'exprimera plus par le seul *jus sanguinis*, mais également par le *jus soli*, droit du sol). C'est à partir de tels présupposés – évidemment variables selon les périodes et les alternances politiques – que se sont progressivement construits les droits de la nationalité propres à chaque État.

Du point de vue du droit français, les règles gouvernant la nationalité figurent désormais aux articles 17 et suivants du Code civil. Il en résulte que la nationalité française peut tout d'abord s'acquérir à la naissance (nationalité française d'origine) dans diverses hypothèses : par filiation (art. 18

C. civ. : « Est Français l'enfant dont l'un des parents au moins est Français ») ou en raison de la naissance de l'enfant en France (lorsque ses parents sont inconnus – art. 19 C. civ. – ou apatrides – art. 19-1 C. civ. ; lorsque l'un des parents de l'enfant né en France est lui-même né en France – art. 19-3 C. civ.). La nationalité française peut également s'acquérir ultérieurement : dans ce cas de figure, un individu, étranger à l'origine, va pouvoir devenir Français. Tel est le cas par exemple de l'étranger qui se marie avec un conjoint de nationalité française : après un délai de quatre ans, il pourra demander à acquérir la nationalité française sous réserve de certaines conditions destinées à lutter contre le phénomène des mariages de complaisance (art. 21-2 C. civ., imposant notamment pendant ces quatre années une communauté de vie matérielle et affective) ; tel est le cas également des enfants nés en France de parents étrangers, qui peuvent acquérir – à moins qu'ils ne souhaitent décliner cette qualité – la nationalité française à leur majorité, dès lors qu'ils résident en France et qu'ils ont eu leur résidence habituelle dans cet État pendant une période d'au moins cinq ans, depuis l'âge de 11 ans (art. 21-7, 21-8 C. civ.).

Au-delà de ces règles (que d'autres viennent d'ailleurs

compléter – en matière de naturalisation, par exemple), il résulte des principes gouvernant la matière qu'un même individu peut être considéré comme le national de plusieurs États (hypothèse de « double nationalité » ; la triple ou quadruple nationalité n'est certes pas invraisemblable d'un point de vue théorique, mais l'est davantage en pratique : les critères d'attribution de la nationalité pouvant se cumuler ne sont pas en nombre illimité) ; il peut en résulter un conflit de nationalités, lorsqu'une règle de droit fait découler des conséquences de la nationalité d'un individu (un Franco-Américain souhaitant se marier en France devra-t-il satisfaire aux conditions de fond du mariage posées par sa loi nationale française ou américaine ?). À titre de principe, la jurisprudence – dont les solutions demeurent cependant discutées – estime que, « lorsqu'un individu a plusieurs nationalités dont la nationalité française, celle-ci est seule prise en considération par les juridictions françaises » (Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 1968, *Kasapyan*). À l'inverse, un individu peut être dépourvu de toute nationalité (apatride) ; son statut est alors défini par le droit conventionnel (Convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides).

2. Condition des étrangers

La matière est plus directement encore tributaire de considérations de nature politique, qui expliquent sans doute l'extrême variabilité de la réglementation en ce domaine.

Pareil constat est tout particulièrement avéré en ce qui concerne ce que l'on désigne sous les termes de *police des étrangers*. Il s'agit là des règles applicables à l'entrée et au séjour des étrangers en France, désormais rassemblées au sein d'un Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ord. 24 nov. 2004). Visa, regroupement familial, cartes de séjour, reconduite à la frontière, expulsion... en sont les principaux éléments constitutifs, dont les médias se font assez largement l'écho. En ce domaine, le droit communautaire produit cependant de puissants effets, pour assimiler dans une très large mesure les nationaux et les ressortissants des États membres de l'Union européenne, en luttant contre toute forme de discrimination.

S'agissant des droits dont peuvent se prévaloir les étrangers (jouissance des droits), la situation est assez

profondément différente aujourd'hui selon la nature des prérogatives en cause. C'est ainsi par exemple que sont réservés aux nationaux les droits politiques *stricto sensu* (droit de vote, éligibilité aux diverses assemblées). À nouveau, la force d'expansion de l'Union européenne tempère quelque peu ce principe de solution, le citoyen communautaire disposant désormais de telles prérogatives en matière d'élections municipales (art. 88-3 Constitution). S'agissant des droits privés, l'article 11 du Code civil (« L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ») a finalement fait l'objet d'une interprétation libérale en jurisprudence ; selon la Cour de cassation, en effet : « Il est de principe que les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés » (Cass. civ., 27 juill. 1948, *Lefait*). Ces droits « spécialement refusés » aux étrangers demeurent cependant d'autant plus rares que le droit communautaire produit, en ce domaine également, son effet assimilateur (cf. par exemple, au sujet du droit au renouvellement du bail commercial : art. L. 145-13 C. com.).

II. Les rapports de droit

Traditionnellement, il est enseigné que le droit international privé prend en charge la régulation des rapports transfrontières de *droit privé*, pour marquer sa différence avec une autre branche du droit, le droit international public. Sans perdre toute signification, la distinction est cependant moins nette aujourd'hui : l'État ou diverses entités infra-étatiques peuvent s'engager dans des activités internationales de droit privé (l'État-commerçant), tandis que des normes de droit international public créant des obligations à la charge des États sont parfois directement invocables par les citoyens (droits de l'homme, notamment) ; en outre, la distinction entre les sphères publique et privée tend aujourd'hui à perdre de sa netteté, sous l'influence notamment du droit communautaire qui l'ignore assez largement.

Sous réserve de ces précisions, les difficultés particulières qui naissent de l'existence de ces rapports internationaux procèdent pour l'essentiel de la distinction entre les tribunaux ou les autorités d'un pays et leur droit, entre le problème du conflit de juridictions ou d'autorités et celui

du conflit de lois.

1. Conflits de juridictions et d'autorités

Il s'agit là de déterminer quel tribunal sera compétent pour connaître d'un litige international : si un accident de voiture survient en Italie entre un conducteur français, domicilié en France, et un conducteur belge, domicilié en Belgique, quel tribunal la victime doit-elle saisir pour obtenir réparation ? Un tribunal italien, français, belge ? C'est une question de compétence internationale (directe) des tribunaux, dont la réponse est aujourd'hui assez largement tributaire du droit communautaire (Règlements Bruxelles I, Bruxelles II *bis*, notamment). Elle se pose de manière comparable au sujet des autorités susceptibles d'intervenir au sein de certains rapports juridiques : un officier de l'état civil français a-t-il compétence pour célébrer le mariage entre deux ressortissants étrangers ? Un notaire français peut-il instrumenter un testament portant sur des biens situés à l'étranger ?

Au-delà de ces questions de détermination de la

compétence directe d'un juge ou d'une autorité, les conflits de juridictions prennent également en charge la définition des conditions d'accueil, sur le territoire d'un État, de décisions étrangères : un jugement prononcé à l'étranger condamne un ressortissant français au paiement de dommages-intérêts ; à quelles conditions le demandeur peut-il se prévaloir en France de ce jugement pour demander par exemple la saisie d'une certaine somme sur le compte bancaire de son débiteur ?

2. Conflits de lois

Il s'agit cette fois de définir la loi applicable à un rapport de droit affecté d'un élément d'extranéité : à une action en responsabilité délictuelle, par exemple, procédant d'un fait dommageable survenu en Italie entre un auteur espagnol et une victime française ; la difficulté provient du fait qu'une hésitation est ici possible entre plusieurs lois (italienne, espagnole, française) qu'il faudra départager. Chaque ordre juridique contient en son sein un ensemble de règles particulièrement destinées à répondre à ce genre de questions. Certaines se contentent de désigner une loi applicable (règle de conflit) ; d'autres résolvent

directement la difficulté soulevée par le fond du litige (règles matérielles).

C'est à l'égard des rapports de droit et des questions particulières qu'elles soulèvent que le droit international a acquis ses titres de noblesse, en raison de l'aspect méthodologique très marqué de la matière. C'est sur ces différents aspects que cette dernière justifie un effort particulier d'explication, destiné à rendre compte des grandes options méthodologiques qui la traversent et des différentes sources qui les inspirent.

L'unité n'étant plus de mise en ce domaine – pour autant d'ailleurs qu'elle l'ait jamais été –, c'est dans cette perspective que l'on présentera successivement le pluralisme des sources, puis la diversité des méthodes du droit international privé contemporain.

Notes

[1] J.-P Niboyet, , *Cours de droit international privé*, 1946.

[2] H. Batiffol, , *Aspects philosophiques du droit*

international privé, 1956.

[3] B. Oppetit, , *Droit et modernité*, puf, 1998.

Première partie : Le pluralisme des sources

Chapitre I

Les sources étatiques

D'un point de vue formel, les sources du droit international privé ne se présentent pas exactement sous la même configuration que dans les autres branches du droit privé (I). D'un point de vue substantiel, elles s'efforcent de réaliser de délicats équilibres, au prix parfois de certains paradoxes (II).

I. Point de vue formel

Sans doute la liste des sources formelles du droit positif est-elle ici la même que pour les autres branches du droit privé, par conjugaison de la loi et de la jurisprudence. La répartition entre ces deux sources essentielles y est cependant assez différente de celle qui se laisse découvrir en d'autres matières.

1. Loi

La place essentielle de la loi est bien connue du droit privé français, érigé sur le modèle de la codification. Au rebours de nombreuses autres matières (droit civil, droit commercial, procédure civile, droit du travail), le droit international privé français n'est cependant pas codifié ; il ne l'a d'ailleurs jamais été, en dépit de différents projets ébauchés au cours du xx^e siècle. En rupture avec l'image codificatrice dont s'enorgueillit encore parfois le droit français, c'est précisément par son absence de code que ce dernier se distingue aujourd'hui, par contraste avec de nombreux autres États dotés de législations d'ensemble du droit international privé (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Italie, Portugal, par exemple, mais aussi Algérie, Gabon, Japon, Pérou, Sénégal, Chine...).

Ce n'est donc que de manière très parcellaire que le droit international privé légiféré se laisse découvrir. À l'origine, le Code civil ne contenait qu'un nombre limité de dispositions intéressant le droit international privé. Parmi les textes demeurés en vigueur, on peut ainsi évoquer l'article 3 (conflits de lois), l'article 11 (condition des

étrangers) ou les articles 14 et 15 (conflits de juridictions). À l'occasion de diverses réformes du droit civil, le législateur a cependant souhaité compléter le régime de droit interne nouvellement établi par des dispositions spéciales de droit international privé. Tel a notamment été le cas en matière de filiation (art. 311-14 et s. C. civ.), de divorce (art. 309 C. civ.), de régimes matrimoniaux (art. 1397-2 C. civ.), d'adoption (art. 370-3 et s. C. civ.) ou, plus récemment encore, de prescription (art. 2221 C. civ., réd. L. 17 juin 2008) ou de partenariats enregistrés (art. 515-7-1, réd. L. 12 mai 2009).

De manière ponctuelle, d'autres codes contiennent également quelques dispositions de droit international privé, à l'image notamment du Code de commerce (art. L. 210-3, L. 225-97), du Code du travail (art. L. 1231-5), du Code de la consommation (art. L. 211-18), du Code de procédure civile (art. 509 et s., 733 et s.) ou encore du Code monétaire et financier (art. L. 313-27).

À défaut de Code de droit international privé, celui-ci n'est donc pas totalement absent des codes existants, au sein desquels il s'insère aujourd'hui – tant que bien que mal – plus fréquemment que naguère.

2. Jurisprudence

Historiquement, la jurisprudence a joué un rôle de tout premier plan dans le développement du droit international privé. L'insuffisance originaire du droit écrit explique en effet que l'essentiel de la théorie générale des conflits de lois et de juridictions soit d'origine jurisprudentielle et doctrinale. Les grandes étapes de la formation de la discipline furent ainsi marquées par d'importants arrêts de la Cour de cassation, construisant de toutes pièces des pans entiers de son régime (*Lautour, Rivière, Munzer...*) et aujourd'hui analysés dans un ouvrage qui leur est entièrement dédié [\[1\]](#).

Le développement du droit écrit et, plus encore, du droit communautaire ainsi que des conventions internationales en restreint aujourd'hui quelque peu l'importance. Il n'en demeure pas moins que la période récente témoigne encore d'importants bouleversements d'origine jurisprudentielle, aussi bien d'ailleurs en matière de conflits de lois (jeu de l'équivalence dans la théorie générale des conflits de lois : Cass. civ. 1^{re}, 13 avr. 1999, *infra*, p. 19) que de conflits de juridictions (disparition du contrôle de la loi appliquée par

le jugement étranger lors d'une instance en *exequatur* : Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, *Cornelissen* ; et, sur les conditions de contrôle subsistant aujourd'hui, v. *infra*, p. 110 et s.).

Dans la construction de cette jurisprudence, l'influence de la doctrine a souvent été importante, certaines solutions consacrant explicitement les propositions d'un auteur (v. ainsi, en matière de litispendance internationale, Cass. civ. 1^{re}, 26 nov. 1974, *Soc. Miniera di Fragne* – *infra*, p. 57 –, reprenant les analyses formulées par D. Holleaux) ; en d'autres hypothèses, c'est sur la base – le prétexte parfois – de certaines décisions que furent érigées certaines constructions (v. ainsi, à propos du conflit de qualifications, l'interprétation de Bartin sous Alger, 24 déc. 1889, *Bartholo* ; et, sur le principe de la qualification *lege fori*, *infra*, p. 82 ; comp., à propos des conflits de systèmes, l'interprétation de Francescakis sous Rabat, 24 oct. 1950, *Machet* ; v. *infra*, p. 116).

Les raisons de cette influence doctrinale sont diverses, qui tiennent aussi bien à l'aspect méthodologique de la matière – propice aux constructions doctrinales – qu'à des raisons structurellement favorables à cette union de l'École et du

Palais, comme l'institutionnalisation du dialogue au sein d'une société savante, le Comité français de droit international privé, ou la participation à la formation de la jurisprudence de droit international privé d'anciens universitaires devenus magistrats (P. Lerebours-Pigeonnière, A. Ponsard).

II. Point de vue substantiel

D'un point de vue substantiel, les normes expressément dédiées au droit international privé sont elles-mêmes variées : elles concernent en effet les différents aspects de la matière (nationalité et condition des étrangers, v. *supra* ; conflits de lois et de juridictions, v. *infra*), dont la présentation constitue l'objet même du présent ouvrage. À l'inverse des dispositions de droit civil, de droit commercial ou de droit du travail, par exemple, il arrive cependant qu'elles ne fournissent pas elles-mêmes la réponse à la question de droit posée (le mariage est-il valable ? Le contrat est-il nul ?), mais se contentent de désigner le système juridique au sein duquel devra être recherchée la réponse (tel est le mécanisme porté par la règle de conflit).

Au-delà des normes de droit international privé elles-mêmes, il n'est donc pas indifférent d'observer le sort que celui-ci conduit à réserver aux dispositions législatives de droit interne, parfois appelées à régir les rapports internationaux de droit privé (dire que la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant – art. 311-14 C. civ., disposition de droit international privé – ne suffit pas, en effet ; la résolution de la question de droit posée au juge imposera de faire application d'une loi de pur droit interne, variable selon les circonstances : loi française si la mère est française ; italienne si la mère est italienne...).

En outre, la substance même de la loi applicable est parfois prise en considération par le droit international privé de diverses manières, et notamment :

- pour perturber le règlement normal du conflit de lois, en raison de l'équivalence des lois en présence ; selon la Cour de cassation, en effet : « L'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit – en ce sens que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de ces

deux lois – justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente » (Cass. civ. 1^{re}, 13 avr. 1999) ;

- pour évincer la loi normalement applicable et la remplacer par la *lex fori* (loi du juge saisi), en raison des conséquences choquantes qui résulteraient de l'application de la première au regard des conceptions en vigueur dans l'ordre juridique auquel appartient le tribunal chargé de trancher le litige ; c'est là l'exception d'ordre public, conduisant par exemple à l'éviction de la loi espagnole normalement applicable par le juge français, au motif que cette loi, alors prohibitive du divorce, « était contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté, pour un Français domicilié en France, de demander le divorce » (Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} avr. 1981) ;
- pour parvenir à un résultat estimé souhaitable, conditionné par le contenu substantiel de l'une des lois en présence ; le phénomène des règles de conflit à coloration matérielle illustre cette

hypothèse, à l'image par exemple des dispositions contenues à l'article 311-17 C. civ. : « La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant » ;

- pour imposer l'application immédiate de la *lex fori*, en raison de son caractère particulièrement impérieux, sans même rechercher préalablement la loi normalement applicable ; c'est là le mécanisme des lois de police, conduisant par exemple une société étrangère ayant des établissements en France à constituer, sur la seule injonction du droit français, un comité central pour ces établissements (ce, ass., 29 juin 1973, *Cie des wagons-lits*).

Du point de vue de l'impérativité, le tableau donne lieu cependant à diverses nuances, comme l'illustre tout particulièrement la matière contractuelle :

- certaines dispositions, impératives dans des relations purement internes, peuvent être écartées par la volonté des parties à un contrat international ; pour faciliter le jeu des échanges

économiques internationaux, on a en effet relevé que certaines dispositions devaient être considérées comme *simplement* impératives, en ce sens qu'elles s'imposeraient seulement aux contrats purement internes [2]. Il en résulte que certaines clauses, dont la licéité pourrait être contestée dans un contrat purement interne, peuvent recevoir application dans un contrat international (v. ainsi, pour une clause d'exclusion de garantie : Cass. civ. 1^{re}, 4 oct. 1989) ;

- un contrat purement interne (à rattachement homogène, dit-on parfois) se doit dès lors de respecter les dispositions impératives de l'ordre juridique auquel il est exclusivement rattaché ; et, dans cette perspective, le choix par les parties d'une loi étrangère pour régir un tel contrat ne saurait porter atteinte à ces dispositions (art. 3, § 3, Règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application

des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord »). Le choix d'une loi étrangère ne doit pas prêter à confusion : il s'agit toujours d'un contrat purement interne, auquel s'appliquent donc bien les dispositions simplement impératives de l'ordre juridique auquel il est rattaché ;

- à l'inverse, certaines dispositions doivent être considérées comme *internationalement* impératives, en ce sens qu'elles sont applicables aux contrats internationaux même si elles ne relèvent pas de la loi régissant normalement le contrat. Ces dispositions constituent des lois de police, définies dans les termes suivants par le Règlement Rome I : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement » ;

- entre les dispositions *simplement* impératives pour les contrats de droit interne et les dispositions *internationalement* impératives pour les contrats internationaux, une nouvelle catégorie est venue s'insérer récemment, brouillant quelque peu les frontières précédemment tracées. Il s'agit là de dispositions que l'on pourrait qualifier de *communautairement* impératives, telles que les décrit l'article 3, § 4 du Règlement Rome I : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for ». Il est alors deux manières concevables de comprendre cet article : voir dans les dispositions communautaires évoquées au texte des dispositions internationalement impératives, applicables à ceux des contrats internationaux dont les rattachements ne dépassent pas le territoire des États membres ;

y découvrir des dispositions simplement impératives, applicables à des contrats considérés – en contemplation d'un espace communautaire unique – comme des contrats purement internes.

Sous d'autres aspects, l'impérativité internationale de la loi est elle-même aujourd'hui sujette à divers mouvements, non sans paradoxes d'ailleurs, parfois entrecroisés :

- d'un côté, en effet, c'est au rebours de la mondialisation et de la fluidité des rapports – essentiellement contractuels – internationaux que s'est récemment développé un certain mouvement en faveur de l'impérativité de nombreuses dispositions du droit français d'origine législative. C'est ainsi que, depuis le début du ^{xxi}^e siècle, ont reçu de la part de la Cour de cassation la qualification de loi de police ou d'application immédiate : l'article 10 de la loi du 3 janvier 1967 relative au statut des navires et autres bâtiments de mer qui prescrit, pour la forme des actes relatifs à la propriété des navires francisés, la rédaction d'un écrit (Cass. com., 14 janv. 2004) ; la législation française (art. 706-3 et s. C. proc. pén.)

concernant l'indemnisation des victimes d'infractions par les commissions d'indemnisation des victimes d'infractions (civi), qui institue un droit à réparation du dommage résultant d'une infraction commise à l'étranger (Cass. civ. 2^e, 3 juin 2004) ; l'article 65 de la loi du 29 juill. 1881, qui fixe à trois mois le délai de prescription des délits de presse (Cass. civ. 1^{re}, 19 oct. 2004) ; l'article L. 311-37 C. consomm., qui attribue compétence au tribunal d'instance pour connaître des litiges en matière de crédit à la consommation (Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006) ; les dispositions protectrices du sous-traitant issues de la loi du 31 décembre 1975, instituant notamment au profit de ce dernier une action directe en paiement à l'encontre du maître de l'ouvrage (C. cass. ch. mixte, 30 nov. 2007) ; les dispositions de l'article L. 761-2 (aujourd'hui L. 7111-3) C. trav. relatives au statut des journalistes professionnels (Cass. soc., 31 janv. 2007) ;

- mais, de l'autre côté, et en même temps que s'allongeait la liste des dispositions estimées internationalement impératives, la jurisprudence a

parfois conduit à en désactiver les effets essentiels. C'est ainsi que, au stade de la détermination du tribunal compétent, il a été jugé que la clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux californiens contenue dans un contrat devait être mise en œuvre, peu important à cet égard que des dispositions impératives du for constitutives de lois de police de droit français puissent être estimées applicables au fond du litige (Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 2008). C'est ainsi également que, au stade de la reconnaissance des sentences, l'expérience de l'arbitrage international révèle que le contrôle s'est très considérablement affaibli, dans un contexte de mondialisation poussant vers une libéralisation accrue des relations économiques internationales : désormais, la seule violation d'une loi de police de nature à s'opposer à la libre circulation des sentences est celle qui provoquerait une illicéité flagrante, effective et concrète, qui « crève les yeux » (Paris, 18 nov. 2004, *Thalès* ; Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2008, *Cytec*). Il est dès lors très incertain qu'en l'état de ces conceptions l'ignorance d'une loi de police serait nécessairement une cause de refus d'exécution de

la sentence en droit positif commun, au point que les lois de police pourraient alors être considérées – sous cet aspect du moins – comme des lois d’application semi-nécessaires...

Notes

[1] B. Ancel et Y. Lequette, , *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006.

[2] K. Neumayer, Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé, *Rev. crit. DIP*, 1957.579.

Chapitre II

Les sources communautaires

Face aux visées intégrationnistes du droit communautaire, le droit international privé – instrument de gestion de la diversité des droits – aurait pu apparaître comme un allié inutile, sinon comme un frein. Il est pourtant devenu l'un des moteurs de la construction européenne, elle-même progressivement débarrassée des obstacles institutionnels qui en entravaient l'expansion. Au même titre que les sources étatiques, les sources communautaires du droit international privé se prêtent dès lors elles aussi à une double approche, formelle aussi bien que substantielle.

I. Point de vue formel

Les sources du droit international privé communautaire, initialement limitées, prennent essentiellement la forme aujourd'hui de règlements et de directives, complétés par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (cjce).

1. Limites initiales

Dans le traité de Rome de 1957, la compétence communautaire en matière de droit international privé n'était que très limitée dans son domaine, et réservée de surcroît à la coopération intergouvernementale. C'est ainsi que l'article 220 du traité original (293 traité ce) avait prévu que les États membres engageraient entre eux, « en tant que de besoin, des négociations, en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants », notamment « la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales ». C'est sur cette base que fut élaborée la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, étendant – déjà – quelque peu le projet initial : le texte

finalement adopté réunit en effet aussi bien des règles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires que des règles de compétence directe. Dans le prolongement de cette convention, et notamment pour éviter le *forum shopping* (choix du tribunal compétent en fonction de l'avantage qu'entend en retirer le demandeur), les États membres adoptèrent par la suite – indépendamment cette fois de toute prévision en ce sens dans le traité – la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Sous réserve de quelques critiques portant sur le contenu même de telle ou telle de leurs dispositions, ces conventions internationales furent plutôt bien accueillies, en raison notamment des simplifications notables qui en résultaient pour l'essentiel et du renforcement qu'elles introduisaient dans la prévisibilité des solutions.

2. Règlements

Depuis le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, c'est au Conseil qu'a été confié le pouvoir d'arrêter certaines mesures « dans le domaine de la coopération

judiciaire en matière civile ». Au prix d'une interprétation excessivement souple des textes lui attribuant compétence en ce domaine (art. 61 et 65 traité ce), le Conseil a usé très largement de ses pouvoirs, désormais partagés avec le Parlement en vertu de la procédure de codécision. Au point que les règlements se sont progressivement multipliés. Soit par la technique du reformatage, transformant en règlement des traités en vigueur ou à l'état de projet : Règlement ce n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité ; Règlement ce n° 1347/2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, dit Règlement Bruxelles II (rapidement remplacé par le Règlement n° 2201/2003, dit Bruxelles II *bis*) ; Règlement ce n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (remplaçant la Convention de Bruxelles, et dit pour cette raison Bruxelles I) ; Règlement ce n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (remplaçant la Convention de Rome, et dit pour cette raison Rome I). Soit par l'élaboration directe de règlements communautaires : Règlement ce n° 1348/2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des

actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (remplacé par le Règlement n° 1393/2007) ; Règlement ce n° 1206/2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale ; Règlement n° 805/2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées ; Règlement ce n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer ; Règlement n° 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges ; Règlement n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles (dit Rome II) ; Règlement n° 4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires.

La liste est déjà longue ; elle est loin cependant d'être close, les autorités communautaires ayant décidé d'intervenir de manière quasi systématique dans le droit international privé de la famille. Ont ainsi été mis en chantier différents règlements, en matière de divorce (Rome III), de régimes matrimoniaux (Rome IV), de successions et de testaments... Leur base institutionnelle est pourtant

pour le moins fragile, spécialement en matière de conflits de lois où l'article 65 traité ce n'autorise que les mesures visant à « favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres », ce qui est bien autre chose que l'*unification* des règles pourtant réalisée par ces règlements ; quant aux nécessités du bon fonctionnement du marché intérieur, également supposées fonder la compétence des autorités communautaires en ce domaine, elles paraissent ici plus fréquemment affirmées que démontrées.

Du point de vue des sources de la matière, les conséquences de cette prolifération des règlements communautaires sont diverses : quant au droit international privé des États membres, il est parfois remplacé purement et simplement par le Règlement (Règlements Rome I ou Rome II, par exemple), tandis qu'il n'occupe plus qu'une vocation subsidiaire en d'autres occasions (Bruxelles I, par exemple ; v. cependant, à ce sujet, les projets de modification tendant à faire des règles de compétence contenues dans le Règlement Bruxelles I le droit international privé commun des États membres) ; quant à la possibilité pour les États membres de conclure avec les États tiers des accords internationaux, elle est désormais interdite dans les domaines occupés par ces règlements, la

compétence externe exclusive de la Communauté européenne résultant en quelque sorte en cette hypothèse d'une « occupation de terrain » [\[1\]](#). Du point de vue de l'intégration européenne que servent aujourd'hui ces divers instruments, leur expansion témoigne d'une politique des petits pas dont l'issue pourrait être assez radicale : de l'unification des règles relatives à la compétence internationale directe à l'unification des règles de conflit de lois, pour remédier au risque de *forum shopping* créé par les premières (en raison spécialement de l'admission de fors alternatifs) ; de l'unification des règles de conflit de lois à l'unification des droits substantiels eux-mêmes, pour remédier au risque de *law shopping* engendré par les premières (en raison tout particulièrement de la possibilité offerte aux parties par ces instruments de choisir – plus ou moins librement – la loi applicable). Sous cette perspective, le droit international privé pourrait alors être rétrospectivement compris comme une sorte de cheval de Troie d'un Code civil européen.

3. Directives

Avant même l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, les

autorités communautaires avaient déjà adopté divers instruments contenant de manière sectorielle des règles de droit international privé, accessoires au domaine d'application matériel de l'instrument en cause. Poursuivi depuis lors, le mouvement s'est notamment développé en matière de droit de la consommation (directives 93/13 sur les clauses abusives, 97/7 sur les contrats à distance, 99/44 sur la garantie dans la vente), donnant naissance à un droit pour le moins complexe, parfois même en dysharmonie avec d'autres instruments communautaires et dont la transposition dans les États membres a donné lieu à des résultats très variables (le caractère délibérément vague des rattachements étant d'ailleurs soigneusement entretenu par la cje : aff. C-70/03, 9 septembre 2004, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, à propos de la transposition de la directive 93/13).

L'obscurité de ces dispositions est assez fréquemment soulignée en doctrine, au même titre d'ailleurs que celles affirmant pourtant qu'elles n'établissent pas de « règles additionnelles de droit international privé » (directive 2000/31 sur le commerce électronique, art. 1. 4) ou uniformisant délibérément, au contraire, les règles de conflit de lois dans un domaine particulier (v. spéc., en

matière d'assurances, les directives 88/357, 92/42, 90/619, 92/96).

4. Jurisprudence

C'est en premier lieu dans son rôle traditionnel d'interprétation des textes communautaires que s'est manifestée la jurisprudence de la cjce. Dans cette voie, la Cour de justice a progressivement entrepris de définir de manière autonome certaines notions, comme celle de contrat, par exemple. Au regard des ordres juridiques étatiques, la conception de la matière contractuelle susceptible d'en résulter peut donc être radicalement différente selon qu'elle a vocation à intervenir à propos de la mise en œuvre d'un texte communautaire ou d'un texte de pur droit interne (v. ainsi, à propos de l'action du sous-acquéreur contre le fabricant dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, qualifiée de contractuelle par la Cour de cassation en contemplation du droit civil français – v. encore, en ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 22 févr. 2000 –, mais non par la cjce pour la mise en œuvre de l'article 5, § 1 Conv. Bruxelles – cjce, aff. C-26/91, 17 juin 1992, *Jakob Handte*). Dans cette perspective, le pouvoir

d'interprétation de la cjce s'étend progressivement : à l'exacte mesure du développement des textes communautaires intéressant le droit international privé, c'est la constitution d'un véritable corps de concepts autonomes que l'œuvre jurisprudentielle pourrait ainsi établir, par une autre manière d'uniformisation. Il est d'ailleurs assez vraisemblable que les notions ainsi dégagées auront vocation à recevoir application en toute matière régie par le droit international privé communautaire, alors même que les motifs censés justifier l'interprétation proposée ne sont pourtant pas nécessairement transposables hors de leur domaine propre (il est ainsi pour le moins vraisemblable que la notion de matière contractuelle, dégagée par la cjce au sujet de la compétence internationale directe en vue de l'application de la Convention de Bruxelles, sera transposée telle quelle en matière de conflit de lois, pour mettre en œuvre le Règlement Rome I ; il est pourtant pour le moins incertain que la logique sous-tendant les deux textes et les solutions qu'ils prescrivent soient parfaitement identiques : la logique du conflit de juridictions n'est pas celle du conflit de lois).

C'est en second lieu dans l'interprétation des notions

fondamentales du droit international privé que s'est également manifestée l'influence de la jurisprudence. À cet égard, l'exemple des lois de police est – une fois encore – particulièrement révélateur des mouvements contemporains affectant la matière. Certes, la définition même des lois de police proposée par la cjce (aff. C-369/96, 23 nov. 1999, *Arblade* : « Il convient d'entendre cette expression comme visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné ») n'est guère éloignée de celle traditionnellement reçue par le droit international privé français (cf. la définition, classiquement admise, donnée par Francescakis, *Rev. crit. DIP*, 1974. 275 : « Lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays »). Mais, au-delà de cette définition commune, la représentation concrète des dispositions susceptibles d'entrer dans la catégorie des lois de police fait, quant à elle, l'objet d'appréciations pour le moins contraires de la part des autorités communautaires et nationales (v. ainsi, à propos des dispositions relatives aux indemnités dues à l'agent commercial en cas de rupture du contrat, issues de la directive 86/653 transposée en France par une loi du 25

juin 1991, la position de la cjce – 9 nov. 2000, *Ingmar*, conduisant implicitement à y découvrir une loi de police – et celle de la Cour de cassation française – Cass. com., 28 nov. 2000, refusant expressément une telle qualification).

II. Point de vue substantiel

La logique qui anime ces différentes sources est largement imprégnée d'un fort libéralisme, moteur et objectif de la construction communautaire. C'est ainsi que, en matière de conflits de juridictions, une assez grande liberté est offerte aux parties pour choisir le tribunal – d'un État membre – compétent, tandis que les règles restrictives gouvernant traditionnellement l'accueil au sein d'un État du jugement prononcé à l'étranger ont été considérablement assouplies, au point parfois de conduire à la reconnaissance de plein droit des décisions rendues par les juridictions d'un autre État membre.

Il en va largement de même en matière de conflits de lois, où la possibilité de choisir la loi applicable, traditionnellement réservée à la seule matière contractuelle, s'est progressivement étendue en dehors de son domaine

naturel, pour atteindre aujourd'hui la responsabilité délictuelle (Règlement Rome I, art. 14) et, demain, peut-être le divorce (Rome III ?). Le phénomène n'est évidemment pas dépourvu d'incidence, en ce que la volonté des parties s'exercera nécessairement en faveur de la législation dont le contenu substantiel convient le mieux à leurs souhaits. La notion même de politique législative nationale devient dès lors assez contingente, dans l'exacte mesure du moins où il sera possible aux particuliers de s'en affranchir, à moins d'être reconfigurée sous une forme suffisamment attractive pour être objet de choix : de cette nouvelle concurrence – entre les législations nationales – les dangers sont bien connus, exprimés en termes de course à la législation la plus accueillante (*race to the bottom*) au risque d'un alignement vers le bas dont la légitimité, déjà discutée dans les matières relevant de la seule sphère économique, pourrait être plus encore contestée si elle venait à atteindre la sphère familiale.

Au-delà de cette réglementation explicitement dédiée au droit international privé, le jeu des principes essentiels de l'ordre juridique communautaire n'est pas demeuré dépourvu d'incidences, plus ou moins avérées :

- c'est ainsi tout d'abord qu'est apparue l'idée selon laquelle les principes communautaires de liberté d'établissement et de prestation de services pourraient soutenir une règle de conflit cachée, désignant systématiquement la loi du pays d'origine. Cette règle de conflit se justifierait en effet par l'affirmation selon laquelle ces libertés pourraient être entravées pour la seule raison qu'un fournisseur de marchandises ou qu'un prestataire de services, établi dans un État membre et désirant exercer son activité dans un autre État membre, devrait se conformer à la législation de cet État d'accueil, différente par hypothèse de celle en vigueur dans son État d'origine. Cohérente en matière d'autorisations administratives ou de qualification professionnelle (un établissement de crédit établi en France, par exemple, est soumis à une exigence d'agrément pour y exercer son activité : art. L. 511-10 C. mon. et fin. ; mais l'agrément, une fois obtenu en France, doit logiquement lui suffire à exercer son activité sur le territoire d'un autre État membre), la thèse d'un rattachement systématique des relations de droit privé à la loi d'origine est, en revanche,

éminemment contestable, si l'on accepte du moins de mesurer les conséquences qui pourraient en résulter : risque de délocalisation des entreprises vers les États dont la législation est la plus libérale ; risque corrélatif de nivellement par le bas des autres législations, diminuant d'autant leur niveau de protection que cela permettra de ne pas défavoriser ses propres agents économiques tout en attirant ceux qui se seraient autrement installés sur le territoire d'un autre État ; risque de faire prévaloir en toute hypothèse les principes de libre circulation, sans même tenir compte d'autres valeurs que le droit international privé prend traditionnellement en charge... ;

- en deçà de la reconnaissance d'une véritable règle de conflit cachée, les principes du droit communautaire ont cependant eu l'occasion de manifester leur influence sur le droit international privé des États membres à diverses reprises, pour tenir en échec les règles relatives au nom des personnes physiques (*Konstantidinis*, cjce, aff. C-168/91, 30 mars 1993 ; *Garcia Avello*, cjce, aff. C-148/02, 2 oct. 2003) ou aux règles de rattachement

en matière sociétaire (*Uberseering*, cjce, aff. C-208/00, 5 nov. 2002 ; *Inspire Art*, cjce, aff. C-167/01, 30 sept. 2003). Dans le même temps, il a été affirmé que les lois de police, au même titre que n'importe quel autre type de loi nationale, pouvaient constituer des entraves injustifiées aux échanges ; dans cette perspective, elles ne peuvent donc s'appliquer – dans une perspective intracommunautaire – qu'après avoir passé avec succès un test de compatibilité : à supposer que la réglementation en cause constitue effectivement une entrave – assez largement entendue par la jurisprudence communautaire –, elle ne pourra s'appliquer que si elle peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, si elle est proportionnée aux objectifs à atteindre, et si cet intérêt n'est pas déjà assuré par les règles de l'État membre d'origine (v. not. : *Arblade*, cjce, aff. C-369/96, 23 nov. 1999 ; *Mazzoleni*, cjce, aff. C-165/98, 15 mars 2001). La notion de loi de police en ressort passablement affectée, en ce que son application, d'ordinaire immédiate, n'est plus alors que tributaire du résultat d'un test préalable de compatibilité.

Notes

[1] R. Wilderspin, A.-M. Rouchaud-Joët, La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé, *Rev. crit. DIP*, 2004. 1.

Chapitre III

Les sources internationales

La question de l'existence de sources internationales du droit international privé fut longtemps présentée sous forme de controverse, opposant un courant favorable à leur développement (universalisme) à un autre estimant au contraire que la matière devait demeurer régie par des sources purement internes (particularisme). Le débat est aujourd'hui largement apaisé, cédant place au simple constat de leur présence et à l'analyse de leur influence. La controverse, lorsqu'elle réapparaît à ce propos, est d'ailleurs moins orientée vers le caractère international des sources en cause que vers l'origine privée de ces dernières. C'est en effet la reconnaissance d'un droit d'origine extra-étatique, spontané et international, qui a été soutenue par un important courant doctrinal dans le champ particulier du droit du commerce international. Cette nouvelle *lex mercatoria*, comme il est désormais convenu de la

désigner [1], a fait l'objet d'assez nombreuses critiques de la part des internationalistes, sans que cela ne suffise à empêcher les sentences internationales d'y avoir recours pour trancher les litiges soumis aux arbitres, ou les parties de s'y référer dans les contrats du commerce international.

Dans le domaine du droit international privé *stricto sensu*, les sources internationales revêtent pour l'essentiel la forme de traités internationaux. À ce titre, l'analyse du droit contemporain révèle que, au-delà des conventions internationales portant directement sur le droit international privé (I), celles relatives aux droits fondamentaux sont également appelées à jouer un rôle en la matière (II).

I. Conventions internationales relatives au droit international privé

Les conventions internationales ayant le droit international privé pour objet sont marquées du signe de la diversité.

– Selon les matières, leur présence est variable : nombreuses pour ce qui relève de la condition des étrangers, elles permettent aux États d'accorder, par réciprocité, des droits comparables à leurs ressortissants respectifs, qu'il s'agisse de la police des étrangers ou de la jouissance des droits (v. par exemple les nombreuses conventions bilatérales conclues entre la France et différents États d'Afrique) ; moins nombreuses en matière de nationalité, elles n'en jouent pas moins un rôle important, tout spécialement au sujet du statut des apatrides (Convention de New York du 28 sept. 1954).

S'agissant des conflits de juridictions, la France est liée par un nombre assez important de conventions bilatérales, portant le plus souvent sur la compétence directe et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions (traités doubles) : lorsque les échanges entre deux États viennent à se développer, la reconnaissance mutuelle de leurs jugements sous des conditions communes et simplifiées apparaît assez fréquemment nécessaire (un projet de convention double et multilatérale, entrepris dès 1992 par la Conférence de La Haye, a finalement été abandonné au profit d'une convention ayant un objet beaucoup plus limité : les clauses attributives de juridiction).

Dans le domaine des conflits de lois, de nombreuses conventions ont été élaborées afin de faire échapper leur résolution au relativisme des systèmes de droit international privé propres à chacun des États, principalement sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé (instituée en 1893) ; toutes – loin s'en faut – ne sont cependant pas en vigueur en France (Conv. La Haye du 15 juin 1955, vente ; 4 mai 1971, accidents de la circulation routière ; 2 oct. 1973, responsabilité du fait des produits ; 14 mars 1978, régimes matrimoniaux ; 14 mars 1978, contrats d'intermédiaires et représentation).

Dans cette perspective, l'influence de ce droit conventionnel décline dans une mesure inversement proportionnelle au développement du droit international privé communautaire. L'adhésion de la Communauté à la Conférence de La Haye (décision du Conseil, 5 oct. 2006) révèle de surcroît l'importance que la première entend désormais occuper sur la scène internationale.

– Selon leur objet, les conventions internationales font également apparaître une certaine diversité. Les unes visent à l'unification des procédés de résolution du conflit de lois

(Conv. La Haye, préc.) ou de juridictions (conv. bilatérales, évoquées *supra*) entre les différents États signataires. D'autres visent à élaborer un droit matériel propre aux rapports juridiques internationaux, venant en quelque sorte s'ajouter à la réglementation du même rapport pour une relation purement interne (ainsi, à côté des règles relatives aux ventes internes contenues aux articles 1582 et s. du C. civ., le droit français contient une réglementation propre aux ventes internationales, portée par la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises).

Ainsi décrites, ces conventions internationales constituent un instrument utile, uniformisant les solutions, simplifiant la résolution des litiges et assurant par là même une meilleure prévisibilité ainsi qu'une sécurité accrue dans les relations privées internationales. Leur élaboration impose parfois cependant des solutions de compromis aux conséquences fâcheuses, tandis que la pratique des réserves et la divergence de leur interprétation dans les différents États réduisent parfois la portée de l'uniformisation recherchée.

Leur développement quantitatif et le recoupement de leur

domaine matériel susceptible d'en résulter ont donné lieu à de redoutables difficultés, posées en termes de conflits de conventions ; apparaissant lorsqu'une même situation juridique risque d'être soumise à plusieurs d'entre elles, ce conflit mobilise diverses techniques pour être résolu, qui donnent assez fréquemment au juge un large pouvoir d'appréciation (la convention spéciale l'emporte sur la convention générale ; la convention à même d'assurer le plus efficacement le résultat poursuivi l'emporte sur celle qui y parviendrait moins).

II. Conventions internationales relatives aux droits fondamentaux

Au premier rang de ces conventions figure aujourd'hui la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (cedh). L'influence de cette dernière sur le droit international privé s'exerce de diverses manières :

- pour fonder une extension de la compétence des

juridictions françaises, dont le régime normalement applicable risquerait de priver le demandeur de son droit fondamental d'accéder à la justice (art. 6, § 1 cedh) ; ce droit fait en effet partie des exigences du procès équitable, qui ne se bornent pas à garantir le déroulement loyal de la procédure juridictionnelle, mais assurent également – en amont – que chacun puisse faire entendre sa cause. Alors entendu comme un remède au déni de justice, le droit au juge pourrait ainsi s'exprimer sous la forme d'un correctif exceptionnel, susceptible d'être mis en œuvre en raison de la situation particulière d'un justiciable qui, ballotté entre plusieurs systèmes juridiques, se retrouverait dans l'impossibilité de saisir le juge d'aucun d'entre eux. Pour l'heure, la compétence des tribunaux français s'en est trouvée justifiée à diverses reprises : en matière d'immunités d'organisation internationale, par exemple, dont la mise en œuvre aurait risqué de priver un salarié de son droit d'accès au juge (Cass. soc., 25 janv. 2005) ; en matière d'arbitrage également, alors que le recours au juge français – appelé à prêter son concours à la constitution d'un tribunal arbitral –

était seul à même de permettre l'organisation d'une procédure arbitrale (Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005) ;

- pour refuser d'accorder l'*exequatur* en France à des décisions étrangères, au motif qu'elles seraient contraires aux exigences de l'ordre public international exprimées par la cedh ; c'est ainsi le principe d'égalité des époux qui a pu être invoqué pour s'opposer à l'*exequatur* d'une décision de répudiation prononcée à l'étranger alors que les deux époux étaient *domiciliés sur le territoire français* (Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 2004). Cette dernière précision est d'importance, en ce qu'elle témoigne d'une sorte de relativisme des droits fondamentaux (un tel relativisme a d'ailleurs été poussé en d'autres circonstances au bout de sa logique, pour le moins contestable ; v. ainsi, sans le soutien de la cedh : Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2006, privant un enfant du droit d'établir sa filiation naturelle au motif que la loi étrangère compétente ne connaissant que l'établissement de la filiation légitime n'est pas contraire au principe fondamental d'égalité entre enfants légitime et

naturel, dès lors du moins que l'enfant concerné n'a pas la nationalité française et ne réside pas en France. Et, sur la mise en cause de cette logique : L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Trav. com. fr. DIP*, 2007-2008).

Au-delà, la question s'est parfois posée de savoir si certaines règles de droit international privé ne pourraient elles-mêmes être privées d'efficacité au motif qu'elles seraient contraires à des principes fondamentaux contenus dans la cedh.

Tel pourrait être le cas par exemple de règles de conflit discriminatoires – ou susceptibles d'être considérées comme telles – à l'image de l'article 311-14 C. civ. aux termes duquel « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant », alors même qu'une action en recherche de *paternité* serait engagée. Ainsi formulée, la question n'a jamais été posée devant les juridictions françaises (comp., en Allemagne et en Italie, où c'est par le mécanisme du contrôle de constitutionnalité que furent naguère invalidées des règles de conflit donnant compétence à la loi nationale du mari ou du père : C. const.

fédérale allemande, 22 févr. 1983 ; 8 janv. 1985. C. const. italienne, 26 févr. 1987 ; 25 nov. 1987).

S'agissant des règles gouvernant l'*exequatur* en France des jugements étrangers, il a sans doute été jugé que violait la cedh l'État qui, pour refuser de reconnaître un jugement étranger d'adoption plénière, avait excipé de la contrariété de ce jugement à la loi ordinairement applicable d'après son système de droit international privé (cedh, 1^{re} sect., 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*) ; mais la disparition en France du contrôle de la loi appliquée par le juge étranger dont la décision est appelée à recevoir *exequatur* en France (Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, *Cornelissen*) fait perdre à cette décision l'essentiel de son intérêt pratique, du moins sous cet aspect. Quant au refus d'*exequatur* d'une décision étrangère rendue en violation de la compétence des juridictions françaises fondée sur l'article 15 C. civ., elle n'a pour l'heure donné lieu qu'à une décision d'irrecevabilité de la Cour de Strasbourg (cedh, 29 avr. 2008, *McDonald's c/ France*) ; l'hypothèse même est d'ailleurs frappée de caducité aujourd'hui, depuis que la jurisprudence française est revenue sur l'exclusivité de l'article 15, laquelle permettait naguère au défendeur français de s'opposer, pour ce seul motif, aux jugements

prononcés à son encontre par un juge autre que français (Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006, *Prieur*).

De manière parfois plus discrète il est vrai, le développement des droits fondamentaux entraîne de surcroît vers des mutations d'ordre méthodologique dont les contours demeurent encore assez imprécis. Ainsi s'interroge-t-on encore sur le point de savoir s'ils doivent être affirmés par voie d'impérativité directe (dont témoignent diverses décisions : Paris, 14 juin 1994 ; Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 1998 ; Cass. soc., 10 mai 2006) ou s'ils doivent intégrer l'instrument plus souple de l'ordre public (cf. les décisions citées *supra*).

Au-delà, l'incidence des droits fondamentaux pourrait même susciter une certaine érosion des méthodes classiques du droit international privé ; diverses décisions récentes laissent ainsi à penser qu'en quelques hypothèses les situations acquises à l'étranger en violation même de la règle de conflit du for pourraient néanmoins s'imposer dans l'État du for, au nom du respect de droits fondamentaux (droit au respect de la vie familiale, par exemple), utilisant de la sorte le procédé de reconnaissance unilatérale comme une méthode spécifique de protection de

ces valeurs essentielles (sur les méthodes de la reconnaissance des situations, v. *infra*, p. 115 et s.).

Notes

[1] B. Goldman, Frontières du droit et *lex mercatoria*, *Arch. phil. droit*, t. IX, 1964.

Deuxième partie: La diversité des méthodes

Chapitre IV

Les méthodes de désignation

Par « méthodes de désignation », il faut comprendre les voies utilisées par un ordre juridique donné pour imposer sa propre vision du règlement satisfaisant des relations transfrontières. La désignation s'oppose alors à la reconnaissance, consistant à accepter la vision d'un autre ordre juridique qui aurait préalablement présidé à la création de ces relations, le cas échéant moyennant un certain filtrage destiné à sauvegarder certaines valeurs jugées indérogeables. S'agissant de relations ayant vocation à se déployer sur une certaine durée, la désignation, qui inclut l'appréciation de l'aptitude d'un ordre juridique à servir ainsi d'État d'origine, devrait opérer *ex ante*, tandis que la reconnaissance, plus libérale en raison de l'antériorité de la création de cette relation dans un autre

État, interviendrait *ex post* pour en assurer l'efficacité.

En termes de désignation, le droit international privé français s'est largement construit sur la base de l'opposition suivante : tandis qu'en matière de conflits de lois la règle destinée à résoudre ces derniers pouvait conduire aussi bien à la désignation de la loi française qu'à celle d'une loi étrangère (règle de conflit bilatérale), les règles relatives à la compétence internationale ne pouvaient au contraire désigner que les seuls tribunaux ou autorités français ; à défaut, l'organe saisi ne pouvait que déclarer son incompétence et renvoyer les parties à mieux se pourvoir (règles unilatérales de délimitation de compétence, le droit français n'étant à même de définir que la compétence des organes de l'ordre juridique français). Sous ces deux aspects, la matière a cependant fait l'objet de sensibles évolutions, qui tendent à estomper quelque peu les traits de cette opposition : en matière de conflit de lois, se sont ainsi développées des règles (unilatérales) dont l'objet est de délimiter dans l'espace le champ d'application de la seule loi du for (c'est désormais le cas, en particulier, du droit communautaire substantiel dérivé : directives de protection des consommateurs, par exemple) ; en outre, l'expansion du droit international privé

conventionnel et – surtout – communautaire a entraîné le développement corrélatif de règles communes qui, visant cette fois à la répartition de la compétence des tribunaux des États membres, peuvent conduire à la désignation de l'un quelconque de ces tribunaux.

C'est donc sous le bénéfice de ces précisions que l'on présentera tout d'abord les principes portant sur la désignation d'une autorité, censés relever, selon une terminologie discutable, du « conflit de juridictions » ou d'autorités (I). On étudiera ensuite les méthodes spécifiques de désignation du droit applicable, élaborées aux fins de résoudre les conflits de lois (II).

I. Désignation d'une autorité

Longtemps, le débat méthodologique central du droit international privé eut pour cadre l' « hypothèse contentieuse » (à laquelle le phénomène juridique est pourtant loin de se réduire^[1]), en ce sens qu'il présupposait la saisine d'une autorité judiciaire – de surcroît étatique. Il convenait donc de définir la vocation

des juges nationaux à trancher des litiges échappant à la seule sphère des relations internes, chaque État ne réglementant en ce domaine que pour lui-même dès lors que chacun d'entre eux est perçu comme investi par le droit international public d'une compétence exclusive à commander le fonctionnement de ses propres organes [2]. Sur ce point, les conceptions sous-tendant cette définition ont évolué dans le temps et sont désormais empreintes d'une considérable relativité dans l'espace. En outre, l'hypothèse contentieuse ne jouit plus aujourd'hui de la même exclusivité comme contexte opératoire du droit international privé. Des autorités non juridictionnelles contribuent désormais très largement à élaborer le régime juridique des relations privées transfrontières.

C'est de ces diverses évolutions que l'on s'efforcera de rendre compte, en présentant succinctement la question du point de vue des autorités juridictionnelles (1), puis des autorités non juridictionnelles (2).

1. Autorité juridictionnelle

Évolutions. – La tradition continentale du droit international privé postulait la dissociation de la

compétence juridictionnelle et des paramètres de détermination du droit applicable. Si cette dernière résultait d'une recherche sophistiquée de la loi la plus appropriée, la vocation du juge national devant mettre en œuvre un tel raisonnement ne donnait lieu en revanche qu'à peu de réflexion. Elle se définissait selon des critères géographiques relativement mécaniques empruntés à la procédure civile interne, comme si rien ne distinguait la définition des compétences internationales de la répartition géographique des litiges dans l'espace interne (arrêts *Pelassa*, Cass. civ., 19 oct. 1959 ; *Scheffel*, Cass. civ., 30 oct. 1962, etc.). Dans le même temps, la tradition de *common law* délimitait de façon quelque peu rudimentaire, et surtout extensivement, le pouvoir juridictionnel international des tribunaux de l'État du for, lesquels n'hésitaient pas à faire application de la loi du for.

Aujourd'hui, la compétence internationale du juge retrouve une place cardinale, du fait notamment du phénomène de la mondialisation et de l'impuissance corrélative du législateur national [3]. C'est ainsi que la fondamentalisation contemporaine du droit au juge place désormais la question de l'accès international à la justice au centre du débat public. Par ailleurs, la politisation des

contentieux entre parties privées, à la faveur de l'action du procureur privé (*private attorney general*) ou encore des actions transfrontières de masse, investit à bien des égards l'exercice d'une compétence judiciaire internationale d'enjeux économiques ou politiques touchant de très près aux intérêts de l'État. D'où l'essor, notamment chez les juges de *common law*, d'armes juridictionnelles destinées à traquer l'abus de procédure ou à protéger le champ d'une réglementation impérative. La pièce la plus controversée de cet arsenal est l'injonction *anti-suit*, ordre adressé au défendeur de se désister d'une procédure qu'il aurait initiée à l'étranger en violation d'une clause d'élection de for ou d'une clause d'arbitrage (sur ces clauses, v. *infra* p. 66). Récemment, la Cour de Luxembourg a cependant condamné l'utilisation de telles mesures, non seulement dans l'espace judiciaire commun (*Turner*; C-159/02, 27 avr. 2004), mais aussi en vue de protéger une procédure d'arbitrage échappant à l'emprise de ce dernier tout en affectant l'exercice par le juge d'un autre État membre de la compétence qu'il tient du droit communautaire (*West Tankers*, C-185/07, 10 févr. 2009).

Parallèlement, on voit également émerger, sur un mode plus pacifique, un véritable dialogue judiciaire transnational. La

figure du réseau judiciaire se substitue progressivement au compartimentage territorial des ressorts juridictionnels. À cet égard, l'événement contemporain le plus important du point de vue des États européens est sans conteste la mise en place d'un espace judiciaire commun, tendant à instaurer des règles uniformes de compétence internationale destinées à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, voire à garantir au citoyen européen un accès effectif à la justice dans les rapports intracommunautaires. À l'heure actuelle, cet espace recouvre, d'une part, le domaine patrimonial civil et commercial (Règlement ce n° 44 du 22 déc. 2000, dit Règlement Bruxelles I), d'autre part, le champ de la désunion conjugale et de la responsabilité parentale (Règlement ce n° 2201 du 27 nov. 2003, dit Règlement Bruxelles II *bis*), ainsi que les procédures d'insolvabilité (Règlement ce n° 1346 du 29 mai 2000), pour les rapports intégrés à la Communauté.

Les dispositions sur la compétence y sont complétées par un régime spécifique de circulation des jugements, tandis que divers textes importants viennent faciliter, sur le plan des règles de procédure, le déroulement du procès transfrontière (obtention des preuves, transmission des

actes, émission d'un titre exécutoire européen, injonction de payer, etc.).

Enjeux. – De l'ensemble de ces développements, il résulte un renouvellement profond des conceptions relatives à la nature et aux limites de la compétence juridictionnelle internationale, qui tend à révéler de façon aiguë de nouvelles lignes de fracture culturelles. Aujourd'hui, la façon dont un État définit sa propre compétence juridictionnelle internationale peut en effet refléter des considérations très diverses, d'intérêt public ou d'ordre purement privé. Il peut s'agir ainsi de privilégier la proximité entre le for et les faits litigieux afin de faciliter la bonne administration de la justice, notamment du point de vue de la recherche des preuves ; d'assurer l'accès de ses propres citoyens ou de certaines catégories d'entre eux à ses tribunaux, notamment afin de les faire bénéficier de l'applicabilité de la loi du for ; de poursuivre certains objectifs d'ordre substantiel, telle la lutte contre la pollution ou la protection de l'enfant en cas de désunion des parents ; de favoriser le commerce international par la promotion des prorogations volontaires de compétence ; de donner corps à des exigences de souveraineté étatique de façon à réserver le traitement de certaines questions aux

seuls organes du for ; d'exprimer une forme d'expansionnisme de la justice du for ou, au contraire, de réduire les coûts des procédures internationales en régulant l'accès des demandeurs étrangers.

Variables sont également les modalités de répartition du risque de l'internationalité entre demandeur et défendeur, l'importance donnée à la nationalité des plaideurs comme facteur de compétence juridictionnelle, le parallélisme entre compétence internationale et compétence interne, ou encore le degré d'asservissement des règles de compétence à des objectifs plus larges, tel le bon fonctionnement du marché intérieur.

L'opposition culturelle la plus importante concerne cependant le pouvoir du juge à l'égard de l'exercice de sa propre compétence, la tradition anglo-américaine l'investissant d'une maîtrise de sa propre saisine par le jeu du *forum non conveniens* ; selon cette théorie, en effet, le juge compétent en vertu de ses propres règles peut décliner sa compétence en estimant qu'il serait plus opportun que les tribunaux d'un autre État juge la cause dont il était saisi. La tradition civiliste, confortée sur ce point par le droit communautaire, condamne en revanche le *forum non*

conveniens au nom de la sécurité juridique (v. c.jce *Owusu*, aff. C-281/02, 1^{er} mars 2005). Ce n'est qu'en cas de litispendance que le juge français, saisi en second d'un même litige entre les mêmes parties, pourra se dessaisir au profit du juge étranger saisi en premier et également compétent, du moins s'il estime que la décision étrangère à intervenir sera susceptible d'être reconnue en France (Cass. civ. 1^{re}, 26 nov. 1974, *Miniera di Fragne* ; et, pour un critère purement chronologique : Règlement Bruxelles I, art. 27-1).

Au-delà de la complexité de ces enjeux, la pratique des États peut être présentée selon quelques fils directeurs.

A) Implication de la souveraineté des États

Au début du xx^e siècle, était répandue la conviction que l'exercice par les États de leur activité normative de droit privé, y compris en matière juridictionnelle, était enfermé dans les limites personnelles et territoriales de la souveraineté, lesquelles correspondaient elles-mêmes aux éléments constitutifs de l'État. Mais, dans son grand arrêt

Lotus (cpji, série A, n° 10, 7 sept. 1927), la Cour internationale de justice énonça que le droit international public n'imposait *a priori* aucun critère de compétence juridictionnelle qui puisse se déduire des limites (territoriales ou personnelles) de la souveraineté. Il en ressort qu'un État est donc libre, en vertu même de cette souveraineté, de donner effet aux critères qu'il estime appropriés pour déterminer les cas d'intervention de ses tribunaux et de ses lois.

Cette liberté connaît cependant une importante limite, rappelée par l'arrêt *Lotus* lui-même, à travers l'interdiction de réaliser des actes de coercition sur le territoire d'un autre État. Ainsi, la détermination de la compétence internationale se voit infléchir, lorsque la souveraineté des États est en jeu, par la primauté que se reconnaît l'État du for dans certains cas et le respect ou *comity* qu'il est prêt exprimer envers les autres.

a) Protection de la souveraineté du for

Il arrive que l'État réserve à ses propres organes juridictionnels le règlement de certaines catégories de litiges qui mettent en jeu ses fonctions d'État souverain. Ces cas

recouvrent le contentieux du fonctionnement des services publics, dans lesquels le juge saisi mettra en œuvre le droit public du for, comme dans le champ de la nationalité du for et de la police des étrangers. De même, est reconnue à ce titre une compétence exclusive des tribunaux de l'État territorial pour y ordonner des mesures d'exécution forcée. Cependant, pour traditionnel qu'il soit, ce monopole territorial semble connaître un certain assouplissement, notamment en matière de mesures conservatoires. On a longtemps déduit de la compétence exclusive du juge territorial en matière de contrainte l'impossibilité pour le juge du for d'autoriser des mesures conservatoires sur des biens situés à l'étranger. Aujourd'hui, cette catégorie tend cependant à se détacher de l'exécution, de sorte que les mesures ordonnées à titre conservatoire peuvent avoir une vocation extraterritoriale. Consacré au sein de l'espace judiciaire commun (*De Cavel*, aff. 143/78, 27 mars 1979 ; *Denilauler*, aff. 125/79, 21 mai 1980 ; *Van Uden Maritime BV*, aff. C-391/95, 17 nov. 1998) et dans diverses jurisprudences nationales [4], ce phénomène connaît aujourd'hui une importance particulière s'agissant de la saisie de comptes bancaires détenus dans l'établissement étranger d'une banque locale (Cass. civ. 2^e, 14 févr. 2008). C'est sur ce même point que s'est développée en

Angleterre la pratique de mesures injonctives adressées *in personam* au défendeur mais destinées en fait à se réaliser à l'étranger (v. *supra*, p. 55).

b) Respect de la souveraineté des autres États

La reconnaissance de l'exclusivité de la compétence des autres États dans ces domaines se traduit par une sorte d'autodiscipline de chacun, en adoptant une attitude d'abstention ou de non-interférence à l'égard des domaines souverains des autres. Du point de vue de son impact sur l'activité juridictionnelle de l'État du for, ce « principe d'abstention » revêt des formes diverses. Ainsi, lorsque l'État étranger est assigné comme défendeur devant les juges du for à une action mettant en cause l'exercice de ses fonctions souveraines, le jeu des immunités juridictionnelles traduit à son profit le défaut international de pouvoir juridictionnel des organes du for. Inversement, une demande intentée par un État étranger dans sa capacité souveraine se heurtera au refus de statuer des autorités de l'État du for : c'est ce que l'on appelle le « tabou du droit public étranger », notamment en matière fiscale ou pénale. Entre ces deux situations, les contentieux entre personnes privées mettant en jeu des normes étrangères édictées dans

l'exercice d'une compétence normative exclusive appellent un traitement nuancé, ne serait-ce que parce que les conséquences de droit privé des lois étrangères de droit public peuvent être mises en œuvre incidemment par le juge judiciaire (théorie du *datum* ou de la prise en considération).

B) Exigence du raisonnable

Ce n'est que bien après l'arrêt *Lotus* que l'on prit conscience des contraintes qu'imprimait à la détermination de la compétence internationale la protection des droits fondamentaux, et tout spécialement le droit à un procès équitable (art. 6 cedh). C'est sous cette nouvelle forme que s'impose désormais la recherche du raisonnable dans la définition de la compétence [5], qui semble imposer l'accès au juge en cas d'existence d'un lien entre le for saisi et les parties ou la cause, tandis que ce même lien conditionne la légitimité internationale de la compétence juridictionnelle.

a) Compétence exorbitante / compétence universelle

L'exigence d'un lien entre le for saisi et les parties ou la cause semble condamner les compétences dites «

exorbitantes ». C'est ce qui explique qu'en droit international privé français le privilège de nationalité (art. 14 et 15 C. civ.), corrélatif à l'idée du juge naturel des Français, connaît aujourd'hui un déclin certain. Sa légitimité étant fortement contestée, la jurisprudence s'évertue à en neutraliser la nocivité, tant au niveau de la circulation des jugements étrangers (Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006, *Prieur*) qu'en matière patrimoniale, où l'admission d'un for fondé sur la nationalité d'un des contractants serait en effet de nature à bouleverser l'économie contractuelle, notamment en cas de transmission des droits. Sa portée est fortement entamée par ailleurs par le droit communautaire (Règlement Bruxelles I), qui en condamne l'emploi dans le même domaine pour les rapports intracommunautaires, et transforme le privilège de nationalité en privilège de domicile quand le défendeur est domicilié en dehors de l'espace judiciaire commun (art. 4. 2). En revanche, conditionné par la résidence, le for de la nationalité du demandeur est reconnu dans les rapports familiaux par le Règlement II *bis* (art. 3).

Pour autant, la question demeure très débattue de savoir si une compétence juridictionnelle universelle, qui permettrait d'ouvrir le prétoire à des plaideurs dépourvus de lien avec

le for, serait nécessairement attentatoire aux exigences du procès équitable ou constitutive d'un abus de souveraineté dès lors qu'elle aurait pour objet la réparation des conséquences de violations des droits de l'homme. En cette hypothèse, les juridictions fédérales américaines se sont ainsi reconnues compétentes pour réparer civilement les conséquences d'atteintes au droit des gens subies par un ressortissant étranger indépendamment du lieu du fait dommageable (*Alien Torts Claims Act, 1789*), tandis que l'Union européenne semble être tentée à son tour, aujourd'hui, de suivre cette même voie.

b) Déni de justice

Inversement, un État ne peut pas restreindre l'accès au prétoire de façon à priver le demandeur de son droit – fondamental – d'accéder effectivement à la justice. Ce droit fait partie des exigences du procès équitable, alors même que sa consistance précise, comme les conditions de son opposabilité à un État déterminé, demeurent assez problématiques. L'article 6 § 1 cedh n'oblige pas, en effet, les organes d'un État à exercer inconditionnellement leur compétence, ni n'interdit que l'action en justice soit soumise à des restrictions d'ordre processuel qui, telle la

prescription ou la qualité à agir, sont de nature, le cas échéant, à fermer l'accès effectif au prétoire. À défaut de pouvoir identifier pour un litige international déterminé le juge « naturel » dont la disponibilité devrait ainsi être assurée, le droit au juge s'exprime dès lors plutôt sous la forme d'un correctif exceptionnel, dans le cas où la situation particulière d'un justiciable ballotté entre plusieurs systèmes juridiques se retrouverait sans la possibilité d'en saisir aucune (Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, *NIOC*).

C) Orientations concrètes

a) Prévalence du for du domicile

Aujourd'hui, le droit international privé commun français aussi bien que le droit de l'espace judiciaire européen confèrent une valeur de principe à la compétence, déjà présente en droit romain (*actor sequitur forum rei*), des juges de l'État du domicile du défendeur, au regard de quatre sortes de justifications. La première, d'ordre processualiste, réside dans la considération que le défendeur est facilement atteint au lieu où il demeure, et l'exécution des jugements facilitée sur les biens qu'il y

possède. La deuxième, d'ordre économique, est que le demandeur, initiateur du procès, doit supporter en contrepartie le risque d'internationalité de celui-ci. La troisième, d'ordre philosophique, est que l'assujettissement aux tribunaux de la communauté à laquelle on appartient fait partie des charges et des bénéfices de la vie au sein de cette communauté, volontairement assumés au titre du contrat social. Enfin, la quatrième, plus politique, emprunte à une certaine conception de la compétence juridictionnelle, alors considérée comme l'expression de la responsabilité de la communauté à laquelle est agrégé le défendeur ; c'est ainsi notamment que le refus d'exercice de la compétence du juge de l'État du domicile du défendeur pourrait être interprété comme une démission de la communauté, qui profite par ailleurs des revenus générés par les activités extraterritoriales de ce dernier. L'émergence d'une dimension collective dans les contentieux de droit privé, reflet de la fonction progressivement plus régulatrice du droit privé, donne une force particulière à cette dernière considération.

b) Bonne administration de la justice

Cet objectif, qui tend à faciliter la recherche de la preuve, à favoriser l'accès au tribunal et à assurer la prévisibilité du for susceptible d'être saisi, conduit à retenir des critères de compétence internationale traduisant la proximité géographique entre le for et le litige. Ce sont ces considérations, éminemment pratiques, qui inspirent les règles françaises de compétence internationales de droit commun dites « ordinaires », qui résultent de la transposition à l'ordre international des règles de compétence territoriales internes. C'est ainsi que se justifiera par exemple la compétence des tribunaux français en matière contractuelle, lorsque la livraison de la chose ou l'exécution de la prestation de services aura été effectuée sur le territoire français (cf. art. 46 cpc) ; ou qu'en matière réelle immobilière les tribunaux français seront compétents en cas de situation en France de l'immeuble (cf. art. 44 cpc).

Les mêmes considérations sont reconduites dans l'espace judiciaire européen, où la Cour de justice rappelle fréquemment que l'objectif de proximité, instrument d'une bonne administration de la justice, sous-tend notamment toutes les options de compétence de l'article 5 du Règlement Bruxelles I. Ainsi, dans ce dernier contexte et

pour ne prendre que les exemples les plus usités, par dérogation à la compétence du juge du lieu du domicile du défendeur, et au choix du demandeur, le for du contrat est celui du lieu d'exécution de l'obligation contractuelle (art. 5-1), tandis que le for du délit se situe au lieu du fait dommageable (art. 5-3).

c) For de la partie faible

Honni par le passé comme trahissant la protection procédurale qu'offre au défendeur la règle *actor sequitur*, le for de la résidence ou du domicile du demandeur est appelé de plus en plus à instaurer un équilibre différent, au profit de la partie faible au procès. Celle-ci se voit garantir le droit à un for accessible et donc effectif, en sorte que le risque de l'internationalité se trouve alors réparti en sa faveur. Dans cette perspective, la proximité du juge compétent est considérée en soi comme un élément du dispositif de protection, en raison du caractère dissuasif de coûts alourdis, de l'éloignement géographique et de l'extranéité du juge, indépendamment même de la garantie d'obtenir l'application de la loi la plus protectrice au fond. Assurée sur le plan communautaire par des dispositions particulières du Règlement Bruxelles I, la protection du

consommateur pourra désormais l'être également en droit commun, par transposition à la matière internationale de récentes règles de compétence territoriale interne (art. L. 141-5 C. consomm., réd. L. 12 mai 2009 : « Le consommateur peut saisir à son choix, outre l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du Code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable »).

d) Volonté des parties

Le libre choix d'un for étatique par les parties en matière contractuelle, très largement admis – en France depuis l'arrêt *Mardelé* en 1930, aux États-Unis depuis la décision *The Bremen* en 1972, par le Règlement Bruxelles I (art. 23) et désormais par la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les clauses exclusives d'élection de for (non encore en vigueur) – accentue en ce dernier domaine la fongibilité internationale des juridictions qu'implique déjà le caractère concurrent des compétences en matière de droit privé. Si aucune raison particulière ne justifie que le contentieux soit réservé à un for déterminé, rien ne s'oppose non plus à ce que les parties décident seules du

tribunal compétent, quitte à déroger au jeu normal des règles de compétence et même à désigner un for sans aucun lien objectif avec la situation litigieuse. Un tel choix peut se justifier par toutes sortes de raisons, tel le souci de neutralité (dans le cas du choix du juge d'un État tiers par rapport à la nationalité des parties), ou l'expertise particulière du tribunal choisi (par exemple, un juge anglais est fréquemment choisi en matière maritime ou financière).

Cette orientation est parfaitement explicable dans les cas où les parties pourraient en toute hypothèse régler leur litige par voie contractuelle. Toutefois, la mobilité métaphorique d'un tel régime – licéité des clauses, jointe à un régime libéral de circulation des décisions – tend aujourd'hui à conférer aux acteurs du commerce international la faculté de désactiver les lois impératives normalement destinées à être indérogeables sur le plan international (v. *supra*, p. 25) : il suffit, pour ce faire, d'élire un juge privé ou appartenant à un autre État. Dans ce cas, rien ne garantit en effet que ces réglementations recevront application, ni que le contrôle exercé le cas échéant lors de l'exécution des décisions suffira à en assurer la sanction [6]. Les acteurs privés, dit-on, ont réussi à « décoller » des contraintes étatiques, sans que rien

n'en assure l'atterrissage dans les bornes prévues.

2. Autorité non juridictionnelle

Problématique. – Les difficultés spécifiques qu'engendrent l'élaboration et la circulation internationale d'actes émanant d'organes publics non juridictionnels ont été identifiées par Niboyet, sous l'appellation de « conflits d'autorités » [7]. Au-delà, le legs de Niboyet a consisté à attirer l'attention sur l'emprise nécessaire de la loi organique quant à l'activité de l'autorité publique qu'elle institue. En l'absence de fonction décisionnelle de l'autorité publique, l'élaboration d'un instrument public dans une situation présentant des éléments d'extranéité ne soulève pas en effet de problème de compétence juridictionnelle ou décisionnelle internationale analogue à celui que pose le prononcé d'un jugement. On ne se demande pas, par exemple, quel est le notaire internationalement compétent pour instrumenter une reconnaissance d'enfant naturel. D'abord parce qu'on ne peut pas dire *a priori*, sans connaître la loi applicable à l'effet recherché (validité en la forme ou opposabilité de l'acte), si l'intervention d'un notaire est exigée ou non ;

ensuite parce que si la loi applicable prévoit le principe d'une telle intervention, aucun notaire n'a de titre privilégié pour dresser l'acte : tous ont en effet une vocation équivalente pour recevoir n'importe quel acte privé, à condition d'instrumenter dans leur propre ressort. De même, dans le cas d'une autorité ayant une compétence interne limitée, il suffit que les conditions de la compétence interne soient réunies pour que la compétence internationale en découle naturellement. Ainsi, le conservateur du ressort dans lequel est situé l'immeuble a compétence pour inscrire une hypothèque prise sur celui-ci, alors même qu'elle a été « passée en pays étranger » (dans les conditions restrictives de l'article 2417 du Code civil). Mais, pour savoir au départ si l'inscription de l'hypothèque est requise, il faut encore interroger la loi applicable à l'effet recherché (ici, la publicité, et l'opposabilité du titre qui en découle).

Solutions. – En conséquence, la démarche spécifique aux conflits de juridictions, qui consiste à déterminer l'autorité internationalement compétente avant de s'interroger sur la loi applicable, se trouve inversée en matière d'actes publics non décisionnels [8]. L'exigence d'une intervention de l'autorité dépendant en effet de la loi applicable, l'acte

public apparaît alors comme l'une des conditions de réalisation de la règle de droit applicable au fond. L'hypothèse concrète est celle où la loi régissant un rapport juridique exige l'intervention d'une autorité publique en vue de sa validité ou de son opposabilité. Par exemple, la loi applicable à la reconnaissance volontaire de paternité au regard de l'article 311-17 du Code civil exige que celle-ci intervienne par acte authentique. Ou encore, la loi applicable à la liquidation anticipée d'un régime matrimonial requiert l'intervention d'un notaire. De même, la loi française, *lex rei sitae*, applicable à la validité d'un contrat de constitution d'hypothèque sur un immeuble situé en France, exige qu'il soit passé en la forme authentique selon les modalités spécifiques de l'article 2416 du Code civil.

Dans tous ces cas, tant que la loi applicable à l'effet recherché n'est pas déterminée, aucune question de compétence internationale de l'officier public ne se pose, puisque le principe même de l'intervention d'une autorité n'est pas encore acquis. Dès lors, en revanche, que l'exigence d'un instrument public est posée par la loi applicable à l'effet (validité, opposabilité) recherché, le seul problème est de vérifier le respect des conditions

posées par celle-ci. Or, si la loi applicable exige l'intervention d'un officier public, celui-ci n'est pas nécessairement, sauf exception (comme dans le cas de l'article 2417 du Code civil), un organe du for. Il suffit alors que l'organe qui est effectivement intervenu présente des garanties équivalentes à celles dont ce dernier peut se prévaloir.

Le principe *auctor regit actum* oblige en effet au respect par les autorités publiques de leurs propres règles organiques, mais, à l'instar des juridictions statuant en matière gracieuse, elles peuvent parfaitement mettre en œuvre une loi étrangère dans la limite de leurs pouvoirs attribués. La question est donc de déterminer lesquelles, parmi les règles prévues par la *lex auctoris*, traduisent des exigences organiques qui s'imposent à l'activité de tout organe public et celles qui peuvent être écartées au profit des dispositions de forme et de fond de la loi étrangère applicable. Pour y répondre, on a justement fait valoir que les règles procédurales s'imposant à l'autorité publique (comme au juge) sont celles qu'impose le respect de la souveraineté de l'État dont elle dépend [\[9\]](#) ; le conflit de lois relatif à la substance des droits ou à la validité de l'acte en la forme reprend en revanche son empire dès lors

qu'une loi étrangère peut être appliquée sans y porter atteinte, la qualification procédurale étant ainsi réservée aux seules règles qui participent au service public de la justice. Par exemple, le notaire, partiellement dépositaire de la souveraineté locale, ne peut que respecter le droit du notariat de l'État qui l'a institué, y compris relativement à la langue de rédaction des actes notariés ; en revanche, rien ne l'empêche de rédiger un contrat de mariage postérieurement au mariage si la loi applicable au régime matrimonial le permet, indépendamment du contenu sur ce point de la loi locale.

Reste alors à justifier comment une autorité française peut jouer le rôle qui incombe, selon la loi applicable au fond, à un organe étranger. En effet, à la différence des organes juridictionnels, dont la fongibilité internationale est acquise en principe, les autorités administratives ou officiers publics ne sont investis d'aucune mission générale, mais ont pour charge d'instrumenter des actes spécifiques dont la nécessité est prévue par le droit substantiel. En dehors de la matière contentieuse, l'étendue exacte des pouvoirs de l'auteur est dès lors tributaire d'une analyse du droit substantiel interne de l'autorité substituée. La fongibilité d'organes, acquise en ce qui concerne les juridictions des

différents pays, ne va donc pas de soi en raison de la corrélation entre les cas d'intervention de l'organe et la loi du fond. L'organe du for n'est pas, en effet, nécessairement adéquat pour effectuer la tâche prévue par la loi étrangère applicable au fond. Il en va ainsi lorsque l'autorité publique dont l'intervention est requise par la loi étrangère applicable n'existe pas dans l'ordre juridique français (rescrit du prince) ; il en va de même si ce dernier ignore l'institution juridique au service de laquelle l'intervention de l'organe est prévue (*trust*). On a ainsi pu estimer qu'une « exception d'impossibilité d'application » marque les limites de la substitution dans ce cas, et justifie l'irrecevabilité de la demande fondée sur la loi étrangère [\[10\]](#).

II. Désignation d'une loi

La partie du droit international privé portant sur le « conflit de lois » a pour objet de déterminer, à l'intention de l'organe compétent ou de l'interprète qui en anticipe la décision, le droit sur le fondement duquel il doit résoudre une question juridique issue d'une situation de fait comportant des liens avec plusieurs pays. Ces liens, dont

la teneur n'est l'objet d'aucune définition précise, sont constitutifs de l'internationalité de cette situation, laquelle fonde la vocation potentielle de plusieurs lois étatiques à la régir. Cette vocation traduit le « conflit » que le droit international privé doit résoudre.

Ce conflit peut cependant être abordé de deux manières radicalement différentes : dans une perspective politique ou publiciste, il sera considéré comme exigeant la répartition dans l'espace de souverainetés ou de volontés législatives (*Grenzrecht*) ; si les intérêts privés sont privilégiés, au contraire, il s'agira d'éviter que les particuliers ne soient écartelés entre plusieurs prescriptions contradictoires dans leurs activités transfrontières (*Pflichtenkonflikt*).

Dans certains cas, la solution est apportée par des règles matérielles propres aux rapports internationaux, d'origine conventionnelle et exprimant des politiques étatiques communes (ex. Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises), ou de source informelle et représentative des pratiques et intérêts d'une communauté économique ou professionnelle (*lex mercatoria*).

Mais, en l'absence d'un tel droit uniforme, l'organe saisi est confronté au problème du choix entre diverses lois nationales présentant chacune de prime abord un titre équivalent à régir la situation de fait. Dans ce cas, le respect des prévisions des parties et les exigences des politiques des États ne pourront sans doute être atteints que de façon approximative, à travers la détermination – estimée la plus judicieuse, au point de vue du moins du seul organe saisi – du droit étatique applicable. Tel est cependant l'objet du droit des conflits de lois que d'établir les critères aptes à assurer la détermination de ce droit applicable au moyen de règles de conflit, parfois unifiées à leur tour par des instruments internationaux ou communautaires (Conventions de La Haye, Règlements ce Rome I et II, directives portant des règles d'applicabilité spatiale).

On en définira les prémisses méthodologiques (1) avant d'envisager les expressions qu'il revêt en droit positif (2).

1. Prémisses méthodologiques

L'histoire méthodologique du droit international privé est celle d'un remarquable chassé-croisé, dans le temps et dans

l'espace, entre les deux démarches dont Savigny a formalisé l'opposition au XIX^e siècle. La première invite en effet à partir de la loi elle-même pour définir, en fonction de ses propres finalités ou visées politiques, son champ d'application dans l'espace ; la seconde prend en revanche pour point de départ la situation ou la question litigieuse pour découvrir ensuite, compte tenu des liens qu'elle comporte avec différents ressorts législatifs et eu égard à l'ensemble des intérêts en jeu, la loi qui semble pouvoir la régir de la façon la plus appropriée. À titre d'illustration d'une telle opposition méthodologique, on peut ainsi se demander à quelles situations la directive ce 86/653 du 18 décembre 1986 sur l'agence commerciale entend s'appliquer (agents exerçant leur activité sur le sol d'un État membre, v. CJCE, *Ingmar*, aff. C-381/98, 9 nov. 2000) ; mais on peut également partir du rapport de droit litigieux (relation d'agence) et de la question de droit qu'il suscite (indemnité de fin de contrat) pour rechercher la loi avec laquelle ils entretiennent le lien le plus significatif.

Ces deux méthodologies se prévalent chacune, selon les lieux et les époques, de principes ou de valeurs induits de théories ou d'idéologies portant elles-mêmes sur des considérations relatives à la nature du droit. Universalisme

ou particularisme, territorialisme ou personnalisme, réalisme ou dogmatisme, intérêts étatiques ou intérêts privés servent ainsi tour à tour la cause de l'une ou de l'autre, dans un caractéristique mouvement pendulaire. Sous ces divers aspects, les oppositions se cristallisent pour l'essentiel autour d'un double pôle, oscillant entre la détermination des intérêts en jeu et l'identification des lois en conflit.

A) Intérêts en jeu

La première opposition concerne le degré de fongibilité prêté aux différents ordres juridiques. Ainsi, la tradition bilatéraliste savignienne repose sur la conviction de l'aptitude potentielle de tout ordre juridique à régir une situation juridique affectée d'extranéité. En somme, la coexistence des divers ordres juridiques dans le monde offrirait un éventail aussi large de réponses possibles et réputées équivalentes à une question de droit donnée. Cette approche présuppose que les conflits de lois se nouent dans le seul domaine du droit privé, lui-même représenté comme politiquement neutre et virtuellement universel. En somme, dans le domaine du droit privé, les États n'auraient aucun intérêt propre à faire valoir, de sorte

qu'il serait vain de prétendre fonder une méthodologie sur la prise en considération d'intérêts « gouvernementaux » comme l'a proposé la doctrine fonctionnaliste américaine [\[11\]](#).

Pareille conception est emblématique de la doctrine civiliste, habituée depuis la mise en code du droit civil à envisager le droit privé comme étant politiquement neutre, à l'abri des interférences à caractère public. Sont alors postulées l'indifférence du résultat concrètement atteint, aussi bien que la complétude (au sens de l'aptitude à apporter une réponse à toute question qui lui serait soumise) de chaque système juridique désigné, le cas échéant, par un critère départiteur externe, induit de considérations très diverses.

Renouant avec le statutisme médiéval européen, la méthodologie fonctionnaliste rejette au contraire ce double postulat de fongibilité et de complétude des ordres juridiques. De manière différente, elle perçoit le conflit de lois – lorsqu'il n'est pas disqualifié en tant que « faux » conflit, ne mettant en jeu qu'une seule revendication, non contestée – comme résultant de la confrontation de deux règles individualisées et contradictoires, et représentant

chacune l'expression d'une revendication de compétence de la part d'un État. Loin d'être indifférente au résultat auquel conduirait le règlement du conflit au profit de l'une ou de l'autre des règles en présence, elle repose sur l'analyse des politiques diverses que les États en conflit cherchent à réaliser par leur truchement, dans le cas concret. Ce sont d'ailleurs ces politiques elles-mêmes qui permettront de déterminer le champ spatial respectif des lois (*statutes*) en conflit, dont l'analyse se passe de tout critère extérieur de répartition.

De fait, le droit applicable aux relations interindividuelles est fréquemment porteur d'une certaine politique sociale ou économique, impliquant des intérêts sociétaux qui dépassent très largement ceux des seules parties à la relation juridique. L'instrumentalisation du droit de la responsabilité civile au service des politiques économiques de l'État (par exemple, en matière de droit de la concurrence, par l'intermédiaire de l'action privée), introduisant des intérêts collectifs au sein d'un contentieux interindividuel, illustre bien ce brouillage des frontières entre les sphères privée et publique. Au demeurant, l'essor contemporain des lois de police, qui infléchissent le fonctionnement normal de la règle de conflit, témoigne de

l'embaras méthodologique auquel conduit le refoulement des intérêts étatiques par la démarche conflictuelle [12]. Il en va de même de l'apparition d' « îlots » de droit public au sein de domaines relevant traditionnellement des techniques de droit privé [13].

Au-delà, accepter la part des intérêts étatiques dans le droit privé devrait conduire à accepter également d'investir la règle de conflit d'une fonction régulatrice qu'elle tend cependant aujourd'hui à perdre au profit d'autres méthodes de gouvernement (on dira, aujourd'hui, « gouvernance ») des relations privées transfrontières, y compris par l'unification du droit substantiel.

B) Lois en conflit

La seconde opposition, étroitement solidaire de la première, porte précisément sur le conditionnement spatial des règles en conflit. Selon la tradition bilatéraliste, les lois en présence, postulées de droit privé, sont présumées de ce fait dépourvues d'un champ d'application naturel dans l'espace et également aptes à trancher toute question de droit à laquelle il leur incombe de répondre. La détermination de celle qui fournira la réponse concrète

implique donc nécessairement le recours à un critère extérieur. Ainsi, dès lors qu'un accident de la circulation survenu en Espagne entre deux ressortissants français pourrait trouver son règlement substantiel autant dans le droit espagnol que dans le droit français, seul un critère externe – déduit aussi bien des prévisions des parties que de la fonction commutative de la responsabilité civile ou du désir d'indemniser les victimes – sera à même de les départir (en une telle occurrence, c'est « la loi du lieu où le délit a été commis » – *lex loci delicti* – qui fut retenue par la jurisprudence française, conduisant à la désignation de la loi espagnole pour résoudre le litige : *Lautour*, Cass. civ., 25 mai 1948).

Par contraste, l'unilatéralisme, dont le fonctionnalisme américain fournit l'illustration positive la plus remarquable, repose sur la conviction selon laquelle les règles en conflit sont porteuses d'une limite spatiale implicite, qu'il appartient au juge de découvrir par des procédés d'interprétation qui ne diffèrent pas de ceux qui sont mis en œuvre en droit interne. Si de nombreux exemples connus peuvent en être trouvés en matière délictuelle dans la jurisprudence américaine (*Babcock v. Jackson*, *Court of Appeals of New York*, 1963), le droit

communautaire dérivé semble désormais se prêter à la même démarche néostatutaire dans les rapports avec les pays tiers. L'arrêt *Ingmar* (cjce, 9 nov. 2000, aff. C-381/98) a ainsi tenu pour relevant du champ d'application de la loi anglaise de transposition de la directive sur les agents commerciaux de 1986, un rapport d'agence exécuté en Angleterre, la définition du domaine spatial de la loi étant essentiellement fonction de la politique qu'elle poursuit : son applicabilité au cas concret dépend de la présence de rattachements générateurs de l'intérêt de l'État à réaliser cette politique en l'espèce.

On observe que, dans cette dernière perspective méthodologique, il est inutile de définir préalablement l'internationalité de la situation faisant l'objet du conflit de lois ; les lois ont tout simplement un intérêt d'intensité variable à la régir en fonction de la qualité de ces mêmes liens. Par contraste, la mise en œuvre de la méthode bilatéraliste semble postuler l'internationalité (ou l'existence d'un élément d'extranéité) de la situation à régir.

2. Expressions positives

L'unilatéralisme a pour l'heure peu d'adeptes dans la

doctrine continentale, même si l'essor des lois de police témoigne de l'emprise réelle qu'il peut avoir sur la pratique positive [14]. Dominante encore dans la théorie et dans la forme que lui donnent les nouveaux instruments communautaires et le droit conventionnel, la méthode conflictuelle classique, représentée comme un procédé de règlement abstrait, syncrétique et indirect, s'exprime à travers une règle de conflit bilatérale aux traits spécifiques (A). Mais ceux-ci se sont progressivement altérés au cours de la seconde moitié du xx^e siècle (B).

A) La règle de conflit bilatérale

Répartissant des questions de droit entre diverses lois en fonction de la nature des premières et des liens qu'entretient la situation de fait avec les secondes, la règle de conflit bilatérale revêt, dans sa représentation classique, une structure associant une catégorie (capacité, succession mobilière, succession immobilière, responsabilité délictuelle, partenariat enregistré...) à un rattachement (nationalité du sujet, lieu du dernier domicile du défunt, lieu de situation de l'immeuble, lieu de survenance du dommage, lieu de l'enregistrement...).

C'est cette réunion qu'expriment les règles de conflit, au-delà de la diversité des domaines dans lesquels elles sont à même d'intervenir : « La capacité est régie par la loi nationale de l'intéressé » (Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*) ; « Les successions immobilières sont régies par la loi du lieu de situation de l'immeuble » (Cass. civ., 14 mars 1837, *Stewart*) ; « Les successions mobilières sont régies par la loi du dernier domicile du défunt » (Cass. civ., 19 juin 1939, *Labedan*) ; « La loi applicable à une obligation extracontractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient » (Règlement Rome II, art. 4) ; « Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement » (art. 515-7-1 C. civ.).

En raison de cette communauté de structure, les diverses règles de conflit bilatérales présentent les mêmes caractéristiques : il s'agit de règles bilatérales (en ce qu'elles peuvent conduire aussi bien à la désignation de la *lex fori* qu'à celle d'une loi étrangère) ; de règles indirectes (en ce qu'elles ne donnent pas une réponse à la question de droit posée, mais se contentent de désigner la loi chargée de

fournir cette réponse) ; de règles neutres (en ce que la désignation de la loi applicable ne s'établit pas à partir de son contenu, mais en raison de critères extrinsèques).

Au-delà de ces traits communs, l'office même du juge, à l'égard de la règle de conflit de lois comme à l'égard de la loi étrangère applicable, est assez largement variable dans le temps et dans l'espace. À ce sujet, le droit positif français a ainsi fait l'objet de sensibles évolutions. Aux termes de la célèbre jurisprudence *Bisbal*, en effet, il avait été décidé que : « les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé » (Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 1959) ; si les juges du fond n'étaient dès lors pas obligés d'appliquer d'office la règle de conflit, ils disposaient cependant de la faculté d'y procéder (Cass. civ. 1^{re}, 2 mars 1960, *Compagnie algérienne de crédit et de banque*).

Après de nombreuses hésitations, la jurisprudence semble

consacrer aujourd'hui une distinction selon que les intérêts en cause sont disponibles ou non en contemplation des conceptions du for. En présence d'intérêts indisponibles, la règle de conflit doit être mise en œuvre d'office et la loi étrangère recherchée par le juge du fond, le cas échéant en sollicitant la collaboration des parties (Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2005). En présence d'intérêts disponibles, la mise en œuvre de la règle de conflit n'est plus en revanche que facultative pour le juge (Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2006).

Parallèlement à la définition de l'office du juge, la mise en œuvre de la règle de conflit peut être par ailleurs perturbée par le jeu de l'équivalence (Cass. civ. 1^{re}, 13 avr. 1999, *supra*, p. 19) ou par le pouvoir des parties, exprimé sous la forme d'un accord procédural. Selon la jurisprudence, en effet : « Pour les droits dont les parties ont la libre disposition, celles-ci peuvent demander l'application d'une loi différente de celle désignée par la règle de conflit » (Cass. civ. 1^{re}, 19 avr. 1988, *Roho*) ; pareille possibilité – contestable par elle-même – ne semble cependant être à même de conduire qu'à un simple retour à la *lex fori*, sauf à considérer que, là où les parties ont la libre disposition de leurs droits, chaque règle de conflit serait implicitement

doublée d'une autre, conduisant à la loi librement désignée par les parties...

À supposer admis le jeu de la règle de conflit, différentes étapes se succèderont alors pour en assurer la mise en œuvre.

a) Qualification

En ce domaine, le principe essentiel est celui selon lequel il convient de qualifier à partir des conceptions en vigueur au sein de l'ordre juridique auquel appartient le juge saisi (qualification *lege fori* : Cass. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*). Au-delà, les difficultés trouvent ici leur origine dans le fait que la règle de conflit bilatérale – syncrétique et indirecte – se saisit d'une catégorie de questions de droit civil (biens, statut personnel, contrats, délits...) qu'elle situe dans le ressort d'un ordre juridique identifié en fonction d'une certaine relation de proximité avec la situation dont résulte la question litigieuse ; c'est ainsi par exemple que, selon le Règlement « Rome II », la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle du lieu de réalisation du dommage. Pour savoir si une question de droit substantiel donnée (la victime d'un

accident peut-elle agir en responsabilité contre son époux ?) trouve sa réponse dans la loi ainsi désignée, il importe dès lors de la qualifier, c'est-à-dire de déterminer si elle relève ou non de la catégorie de rattachement correspondante. Mais le découpage des catégories se fait généralement dans l'abstrait et en considération des questions qui se trouvent au cœur de chacune d'elles. Les difficultés commencent alors lorsqu'une même question se trouve au carrefour de catégories multiples (l'immunité entre époux est-elle une institution délictuelle ou de statut personnel ?) ou lorsque, alignée sur une institution inconnue du droit du for, elle n'en trouve aucune susceptible de lui correspondre. Par ailleurs, la loi désignée peut ne pas retenir la même qualification de la question de droit qu'elle est appelée à régir, provoquant le très délicat problème du « renvoi de qualifications » [\[15\]](#).

b) Mise en œuvre de l'élément de rattachement

Le facteur de rattachement est en quelque sorte un condensé des considérations, finalistes ou valoristes, qui conduisent à identifier pour cette catégorie, par une localisation commune dans l'espace, la loi la plus appropriée. Il arrive cependant que le support factuel du

facteur de rattachement retenu par la règle de conflit de lois ne permette pas, accidentellement, de localiser la question de droit litigieuse dans un ordre juridique, soit parce qu'il fait défaut, soit au contraire parce qu'il se démultiplie en se concrétisant dans plusieurs ressorts, à la fois ou successivement (conflit dit mobile).

Dans le premier cas, un élément de rattachement subsidiaire devra alors être consacré (cf., par exemple, l'art. 311-14 C. civ. rattachant la filiation à la loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant, mais prenant le soin de préciser qu'au cas où la mère ne serait pas connue, la filiation serait alors régie par la loi personnelle de l'enfant). Des solutions particulières devront également être recherchées en cas de surdétermination du facteur de rattachement, alors décliné dans des lieux multiples (à propos d'une question relevant de la loi nationale de l'individu, comment trancher en présence d'un cas de double nationalité ? Le principe traditionnel consiste ici à faire prévaloir systématiquement la nationalité du for si elle est concernée et, dans l'hypothèse plus rare de conflit entre deux nationalités tierces, à retenir la plus effective d'entre elles). Quant aux modifications successives du facteur de rattachement (conflit mobile, né par exemple du

déplacement d'un bien mobilier sur le territoire de plusieurs États, alors que la règle de conflit désigne la loi du lieu de situation du meuble), elles donnent lieu à diverses directives de solution, rétives à tout effort de systématisation et largement tributaires des finalités propres aux diverses règles de conflit.

Des difficultés d'ordre temporel peuvent également surgir en cas de modification de la règle de conflit elle-même, à la suite d'une réforme législative tout particulièrement. Pour résoudre ce qu'il est assez fréquemment convenu de désigner sous les termes de « conflit transitoire international » (pour marquer qu'il est transitoire avant d'être international, puisqu'il concerne des règles de conflit du for), le principe de l'application des règles du droit transitoire interne est aujourd'hui largement admis. Plus précisément, c'est vers l'application des principes généraux du droit transitoire que s'est orienté le droit positif, excluant par là même le jeu des règles transitoires spéciales éventuellement incluses dans la loi nouvelle et estimées exclusivement applicables aux dispositions substantielles qu'elle contient (Cass. civ. 1^{re}, 13 janv. 1982, *Ortiz-Estacio*).

D'autres complications peuvent encore survenir lorsque la loi désignée par le facteur de rattachement contient elle-même une règle de conflit qui, pour régir la question de droit litigieuse, retient un facteur divergent (ex. : une question de capacité est posée au sujet d'un individu anglais domicilié en France ; la règle de conflit française, représentée par la loi nationale de l'individu, désigne la loi anglaise ; mais le droit international privé anglais désigne, quant à lui, la loi française, en tant que loi du domicile). C'est le redoutable risque du « renvoi » qui, s'il est admis, est susceptible de priver le rattachement du for de tout son effet utile – à moins qu'on y voie une méthode de coordination pouvant améliorer l'harmonie internationale des solutions. Les instruments internationaux et communautaires ne l'admettent pas, cependant. Le droit commun français s'y montre, quant à lui, moins hostile, spécialement lorsqu'il permet de parvenir à un résultat substantiellement favorable (validité du mariage : Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Moatti*) ou de déjouer les effets pervers du morcellement auquel conduit parfois le jeu des règles de conflit (v. spéc., en matière successorale : Cass. civ. 1^{re}, 11 févr. 2009).

De telles difficultés, liées à la divergence des facteurs

nationaux de rattachement, peuvent également apparaître lorsque le droit étranger désigné pour régir une question de droit (succession) subordonne l'effet successoral qu'elle prévoit (vocation successorale du conjoint) à une condition qui soulève elle-même un conflit de lois (validité du mariage) et que, pour résoudre ce dernier, ce droit contient une règle de conflit différente de celle du for. Ce dilemme dit de la « question préalable » oblige ainsi pareillement à choisir entre les deux rattachements divergents. Le droit positif est cependant moins disert quant à la réponse à donner (pour une solution fondée sur le refus de l'application de la règle de conflit étrangère, v. Cass. civ. 1^{re}, 22 avr. 1986, *Djenangi*).

En marge du jeu naturel du mécanisme conflictuel, la théorie de la *fraude à la loi*, ignorée d'autres systèmes juridiques (par exemple la tradition de *common law*), permet, quant à elle, de sanctionner, généralement par l'inopposabilité, le fait de manipuler la règle de conflit de lois dans l'une de ses composantes afin d'obtenir l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement applicable, puis de se prévaloir d'un avantage ainsi obtenu dans le ressort de la loi évincé [16]. Par exemple, est constitutive d'une fraude à loi le fait de

transformer la nature juridique d'un droit immobilier soumis à la *lex rei sitae* en part mobilière d'une société civile immobilière, afin d'obtenir la modification de la loi successorale et de supprimer la réserve (affaire *Caron*, Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 9 mars 1982). Aujourd'hui, le droit communautaire entame largement le cœur de ce concept, en rendant la qualification de fraude à la loi incompatible avec la liberté de circulation. Ainsi, le fait de créer une société dans un État membre afin de bénéficier de conditions libérales qu'il offre, puis de mener toute son existence effective à travers le développement de son activité dans un autre État membre, n'est pas frauduleux, constituant au contraire une simple expression de la liberté d'établissement (cjce, *Centros*, aff. C-212/97, 9 mars 1999).

c) Régime de la loi étrangère

Lorsque, au terme de son processus, la mise en œuvre de la règle de conflit aboutit à la désignation de la *lex fori*, la solution du litige n'offre plus guère de difficulté aux yeux de l'internationaliste, le juge saisi n'ayant plus, dès lors, qu'à faire application de son propre droit pour trancher le litige. C'est là une issue possible du mécanisme conflictuel,

mais non la seule en raison du caractère bilatéral de la règle de conflit. En conséquence, une loi étrangère peut être aussi bien désignée ; son application soulève alors des questions particulières, dont la réponse se révèle plus ou moins tributaire de présupposés théoriques, parfois même dogmatiques.

C'est ainsi qu'il fut longtemps enseigné que le droit étranger s'assimilait à un simple fait du procès. Il n'en va plus de même aujourd'hui, la Cour de cassation admettant désormais que la loi étrangère, « malgré l'absence de contrôle de la Cour de cassation, est une règle de droit qui ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du Nouveau Code de procédure civile » (Cass. civ. 1^{re}, 13 janv. 1993, *Coucke*). Encore importe-t-il de rappeler que l'assimilation du droit étranger à un fait comporta en réalité des significations différentes, dont certaines ne sont d'ailleurs pas même affectées par la requalification opérée par la Cour de cassation dans l'affaire *Coucke* :

- à l'époque où le conflit de lois était encore perçu comme un conflit de souverainetés, pareille assimilation ne représentait finalement qu'un artifice, simplement destiné à expliquer comment

l'ordre d'un souverain étranger pouvait faire l'objet d'une application judiciaire en France. En toute hypothèse, la juridicité de la loi étrangère peut cependant être reconnue sans attenter à la souveraineté du for ; elle ne s'applique en effet qu'en vertu de l'ordre du droit international privé du juge saisi lui-même ;

- sur le terrain du régime procédural de la loi étrangère, une telle assimilation témoignait naguère de la spécificité irréductible de la loi étrangère par rapport à celle du for, notamment sous l'angle de sa connaissance. Pareille spécificité n'a cependant pas disparu depuis la requalification de la loi étrangère en règle de droit. Mais si le régime de la loi étrangère emprunte tantôt à celui du fait, tantôt à celui du droit, son particularisme découle de la seule extranéité de celle-ci, et non d'une quelconque absence de juridicité ; à ce titre, il obéit ainsi à des considérations essentiellement pragmatiques, liées notamment aux difficultés afférentes à la connaissance et à l'interprétation d'un droit culturellement et linguistiquement étranger.

Du point de vue tout d'abord de l'*accès à la connaissance*, il s'agit avant tout de savoir qui, du juge ou des parties, doit établir la teneur de la loi étrangère. Pour répondre à cette question, une abondante jurisprudence s'est développée, soutenant des systèmes de solution pour le moins variables dans le temps. Aujourd'hui, l'établissement de la teneur de la loi étrangère semble incomber dans tous les cas au juge, même lorsque le litige porte sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Selon un important arrêt rendu par la Cour de cassation, il incombe en effet « au juge français qui, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger » (Cass. com., 28 juin 2005, *Itraco* ; et pour la même solution devant la première chambre civile : Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2005, *Aubin*).

Dans ces circonstances, l'application de la loi étrangère (l'expression visant en réalité plus largement le droit en vigueur dans l'ordre juridique désigné par la règle de conflit du for, conformément à son propre droit transitoire : Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1987, *Leppert*) s'imposera donc lorsque

aucun doute n'existe quant à sa teneur. Dans l'hypothèse où, en revanche, les recherches entreprises ne permettent pas d'établir de façon certaine le contenu de la loi étrangère, il importera alors de déterminer les conséquences de cette défaillance. À ce sujet, la solution jurisprudentielle est ainsi exprimée : « Si le juge français qui reconnaît applicable une loi étrangère se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve de son contenu, il peut, même en matière de droits indisponibles, faire application de la loi française, à titre subsidiaire » (Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006). C'est donc la vocation subsidiaire de la *lex fori* qui fournit le support de cette solution de remplacement.

S'agissant ensuite de l'*interprétation de la loi étrangère*, il importe tout à la fois de déterminer le sens abstrait de celle-ci et de se prononcer sur sa portée au regard des circonstances particulières du litige. Traditionnellement, l'interprétation ainsi donnée par les juges du fond relève de leur appréciation souveraine et échappe donc au contrôle de la Cour de cassation. Le refus par cette dernière de contrôler l'interprétation retenue par les juges du fond repose cependant sur une conception excessivement restrictive de sa propre mission et des pouvoirs dont elle dispose pour la réaliser, au point que la constance de cette

solution est sans doute due pour l'essentiel à la pression de considérations pratiques. Le renforcement contemporain de l'office du juge, tenu désormais de faire application du droit étranger désigné, pourrait d'ailleurs la rendre aujourd'hui singulièrement vulnérable.

En toute hypothèse, la Cour de cassation accepte d'ores et déjà d'exercer un contrôle fondé sur la dénaturation de la loi étrangère, depuis le célèbre arrêt *Montefiore* (Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 1961). Les illustrations concrètes de ce contrôle sont cependant assez parcimonieusement fournies par la jurisprudence, révélant sans doute qu'il n'a été conçu que pour remédier aux erreurs d'interprétation les plus criantes. C'est de surcroît par le biais du contrôle des motifs que la Cour de cassation pourrait bien exercer sa censure de la manière la plus efficace : s'il est admis en effet que les juges du fond peuvent être censurés pour ne pas avoir clairement énoncé l'interprétation donnée au texte étranger, les obligations pesant sur eux en matière de recherche de la teneur de la loi étrangère devraient renforcer la portée du contrôle des motifs en ce domaine. De sorte que, dans le cas où le demandeur au pourvoi ferait état devant la Cour de cassation de l'omission des juges du fond de tenir compte d'une source de droit étranger, ce

n'est que si la décision de ces derniers présentait une justification formelle sur ce point qu'une interprétation erronée resterait sans sanction au regard du contrôle des motifs.

d) Exception d'ordre public

La loi étrangère désignée par la règle de conflit du for peut contenir des dispositions qui heurtent des valeurs fondamentales de l'ordre juridique du juge saisi, au point que celui-ci se refusera à les appliquer ; il écartera alors la loi étrangère parce qu'elle est contraire à l'ordre public, au sens du droit international privé. C'est ainsi par exemple qu'un étranger ne sera pas admis à se marier en France sous la forme polygamique, alors même que sa loi nationale, compétente en vertu de la règle de conflit française, l'y autoriserait. Ce mécanisme résulte de ce que l'on désigne sous les termes d' « exception d'ordre public ». Trois étapes marquent sa mise en œuvre :

- En premier lieu, le juge examinera le contenu de la loi étrangère normalement applicable, les données factuelles de la situation litigieuse ainsi que les conséquences qui résulteraient concrètement de

l'application de la loi désignée à l'espèce dont il est saisi. Il apparaît ainsi que l'exception d'ordre public ne fonctionne qu'*après* désignation de la loi compétente ; il s'agit là d'un mécanisme d'éviction de la loi étrangère, qui présuppose enclenché le jeu normal de la règle de conflit. L'affirmation s'impose aujourd'hui naturellement et ne soulève guère de difficulté (même si, sous la pression des droits fondamentaux, certaines décisions paraissent la remettre en cause : Cass. soc., 10 mai 2006) ; il en va tout autrement de l'examen de la situation litigieuse auquel doit se livrer le juge au cours de cette première étape. L'analyse approfondie de la configuration de la situation litigieuse se justifie en effet dès lors qu'il est traditionnellement admis que les exigences de l'ordre public sont moindres lorsqu'il s'agit de donner effet en France à une situation créée à l'étranger que lorsqu'il est question de créer la même situation en France. On évoque traditionnellement à ce sujet l'effet atténué de l'ordre public, par opposition à son effet plein, destiné quant à lui à jouer au stade de la création des droits. La solution a trouvé sa formulation de

principe dans le célèbre arrêt *Rivière* : « La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français » (Cass. civ., 17 avr. 1953). Encore faut-il préciser : ce n'est pas parce que la situation est née à l'étranger qu'elle devra inéluctablement produire ses effets en France ; même en ce cas, le caractère par trop choquant de la situation litigieuse pourra parfois conduire à mettre en œuvre l'exception d'ordre public. Ordre public atténué ne signifie pas absence totale de réaction, en sorte qu'un tri sera parfois nécessaire entre ce qui heurte plus ou moins les conceptions du for.

Sous un autre aspect, il est parfois envisagé que certaines situations, éloignées du for, pourraient être régies par des lois étrangères choquant les conceptions du for, sans que celui-ci en soit perturbé, en raison précisément de cet

éloignement. L'application de la même loi étrangère devrait en revanche être refusée au nom de l'ordre public lorsque la situation litigieuse présenterait un lien tangible avec le for. C'est de la doctrine allemande que provient l'analyse de cette condition de déclenchement de l'exception d'ordre public, exigeant l'existence d'un lien avec le territoire (*Inlandsbeziehung*) pour que puisse se produire son effet d'éviction. Transposée dans le droit international privé contemporain en termes d'ordre public de proximité, cette doctrine a pu inspirer quelques décisions, liant le jeu de l'ordre public à la condition que le demandeur au divorce était Français domicilié en France (Cass. civ. 1^{re}, 1^{re} avr. 1981) ou que l'enfant souhaitant voir établie sa filiation était Français ou résidait habituellement en France (Cass. civ. 1^{re}, 10 févr. 1993 ; et, *a contrario*, refusant de faire jouer l'ordre public en l'absence de liens significatifs avec la France : Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2006, précité p. 43).

- Dans une seconde phase, le juge confrontera le

résultat ainsi obtenu aux exigences de son ordre public international. Recherché au sein de son propre ordre juridique, le contenu de l'ordre public international se laisse aussi malaisément cerner que l'ordre public interne. Il englobe cependant des principes fondamentaux (« expression de la morale et de la justice objective », selon P. Lerebours-Pigeonnière), assez universellement partagés (par exemple rejet d'une loi étrangère privant un individu de ses droits pour des raisons raciales) ; à ce titre, ont également pu être évoqués les « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue » (Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*), qui trouvent aujourd'hui une expression positive au sein de la catégorie des droits fondamentaux tels que déclinés notamment par la cedh. En outre, l'ordre public international recouvre également les fondements politiques ou sociaux de la civilisation française, voire une certaine politique législative exprimée par la loi française.

- En un dernier temps, le juge décidera s'il laisse ou

non s'appliquer la loi étrangère. S'il estime que la loi étrangère est contraire à son ordre public, l'exception produira alors ses effets : un effet négatif, conduisant à l'éviction de la loi étrangère normalement applicable ; un effet positif, conduisant par substitution à l'application de la *lex fori*. Sous ce dernier aspect, il est d'ailleurs estimé que la substitution doit être limitée à ce qui est indispensable pour éviter les conséquences choquantes de la loi étrangère.

e) Adaptation

De redoutables complications peuvent enfin apparaître en cas de divergences portant sur le contenu des droits substantiels mis en œuvre, de façon à faire apparaître un besoin d' « adaptation » de ceux-ci. Supposons par exemple que la loi successorale désignée reconnaisse la vocation successorale du conjoint survivant mais qu'elle retienne du mariage une conception élargie (union polygamique ou homosexuelle), qui ne correspondrait pas à celle de la loi désignée (soit par la règle de conflit du for, soit par la loi étrangère en tant qu'il s'agirait d'une « question préalable ») pour régir la qualité de conjoint. Il

arrive alors que la loi successorale, construite à partir d'un présupposé de monogamie, accepte de s'adapter à l'existence d'une pluralité d'épouses ayant toutes acquies cette qualité au regard de la loi personnelle commune, en admettant que la conception étrangère du mariage (polygamique) se substitue à la sienne (monogamique). Cette « substitution » suppose que les deux acceptations d'une même institution soient tenues pour équivalentes au regard des objectifs poursuivis par la loi applicable à l'effet (successoral) recherché. Une situation analogue, nécessitant aussi un jugement d'équivalence, se produit lorsque la loi applicable aux effets d'un rapport juridique constitué sous l'empire d'une autre loi retient pareillement de celui-ci une conception divergente. On peut reprendre encore le même exemple : une fois admis au regard de la loi successorale que plusieurs femmes présentent bien la qualité de conjoint survivant, il faut « transposer » la situation constituée sous l'empire de la loi personnelle étrangère (mariage polygamique) sous l'empire de la loi successorale d'accueil en acceptant leur vocation simultanée et en divisant entre elles la part du conjoint survivant (Cass. civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, *Benddedouche*).

B) L'altération du modèle classique

La méthode bilatéraliste revendiquait, dans son acception classique, les avantages de la certitude, de la neutralité, de l'impérativité et de l'innocence. Elle a progressivement perdu ces traits, tandis que son caractère bilatéral et indirect s'est parfois même estompé.

a) Règle bilatérale ?

Dire que la règle de conflit est bilatérale, c'est exprimer que sa mise en œuvre peut conduire à la désignation de la *lex fori* aussi bien qu'à celle d'une loi étrangère. C'est ce que paraît imposer la structure même de la règle de conflit classique : en admettant par exemple que la loi applicable en matière de responsabilité délictuelle est la loi du lieu de survenance du dommage, celle-là pourra être aussi bien française qu'étrangère selon que celui-ci se sera produit en France ou à l'étranger.

À l'opposé se situe la règle unilatérale, qui ne se préoccupe au contraire que du champ d'application dans l'espace de la *lex fori*.

Encore convient-il cependant de ne pas s'arrêter nécessairement à la lettre des textes pour déterminer la

nature de la règle en cause. C'est ainsi par exemple que l'article 3, alinéa 3 du Code civil (« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ») a été très tôt bilatéralisé par la jurisprudence (Paris, 13 juin 1814, *Busqueta* : la capacité d'un étranger relève de sa loi nationale).

En d'autres circonstances, l'unilatéralisme est cependant revendiqué, au point de rendre impossible toute bilatéralisation de la règle. En témoigne tout spécialement l'article 309 du Code civil, ainsi rédigé :

« Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :

- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la

séparation de corps. »

Insusceptible de bilatéralisation, le texte a cependant pris le soin de faire taire par avance l'une des critiques traditionnellement avancées à l'encontre des règles unilatérales : le problème de la lacune, né du risque d'indifférence dans lequel toutes les législations du monde pourraient tenir la situation litigieuse, est en effet résolu par le dernier alinéa de ce texte. Le problème du cumul – par lequel plusieurs législations se voudraient au contraire applicables à la même situation – demeure, quant à lui, irrésolu.

b) Règle indirecte ?

D'inspiration unilatérale, les lois de police remettent de surcroît en cause le caractère indirect de la règle de conflit. Alors que celle-ci ne conduit qu'à la désignation d'un ordre juridique au sein duquel une réponse concrète sera recherchée, les lois de police fournissent directement une réponse au problème de droit litigieux.

Pour ce faire, elles court-circuitent le mécanisme conflictuel classique, en ce sens qu'elles sont d'application immédiate

: une fois établi que la situation concernée entre dans leur champ d'application, les dispositions de police seront estimées applicables. L'influence du droit communautaire perturbe cependant quelque peu leur caractère d'immédiateté : à diverses reprises, en effet, la jurisprudence de la CJCE (*Arblade*, aff. C-369/96, 23 nov. 1999 ; *Mazzoleni*, aff. C-165/98, 15 mars 2001) est venue établir que la qualification de « loi de police » ne faisait pas échapper les règles nationales au contrôle communautaire ; un contrôle de la Cour s'exercera donc sur la disposition en cause, les autorités de l'État membre d'accueil devant établir que leur législation satisfait à certaines conditions. Une telle méthode entraîne dès lors une comparaison des lois en présence, au point que, si la loi d'origine est aussi protectrice que la loi d'accueil, l'application de cette dernière serait inutile et contraire aux objectifs du traité. Le principe même d'une telle comparaison, jugé nécessaire pour autoriser, le cas échéant, l'application d'une loi de police, conduit alors à se demander dans quelle mesure il s'agit toujours de lois d'application *immédiate*.

Des réflexions du même ordre résultent d'ailleurs de l'examen des règles matérielles, spécialement destinées, quant à elles, aux situations internationales. Tandis que

certaines d'entre elles demeurent en effet tributaires de leur désignation par une règle de conflit (v. par exemple, au sujet de l'ancien art. L. 122-14-8 C. trav., devenu L. 1231-5 : Cass. soc., 30 juin 1993), d'autres s'appliquent en revanche indépendamment de toute règle de conflit (v. ainsi, pour l'affirmation d'un principe de validité de la clause d'arbitrage international : Cass. civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, *Zanzi*).

c) Règle prédéterminée ?

Dans une perspective classique, le rattachement sur lequel repose la règle de conflit est général, rigide et prédéterminé. La règle qui en résulte est alors persuadée de sa propre valeur, comme de la qualité du rattachement qu'elle adopte en déterminant précisément celui-ci : loi nationale en matière de statut personnel, *lex loci delicti* en matière délictuelle... C'est vers davantage de relativité qu'oriente aujourd'hui l'examen de la méthode conflictuelle et des instruments qu'elle utilise.

Une certaine relativisation des rattachements se laisse en effet découvrir aujourd'hui, comme si toute règle de conflit méthodologiquement correcte devait désormais douter de

sa propre valeur. Cette perte de certitude peut ainsi s'effectuer de diverses manières : par l'abandon d'un rattachement unique au profit d'une pluralité de rattachements, par l'adoption d'un rattachement de principe et de tempéraments destinés à tenir compte de liens plus étroits avec un autre pays, par l'alternative posée dans la définition même du rattachement, ou même encore par la confusion pure et simple de la règle de conflit avec le principe de proximité (v., par exemple, Conv. La Haye du 1^{er} juill. 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, art. 7. 1 : « Le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits » ; et, plus généralement : P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, t. 196, 1986).

Produisant des effets comparables, l'hyperspécialisation des règles de conflit témoigne d'une même relativisation des rattachements. Là où naguère existait une règle de conflit générale, couvrant le domaine d'une catégorie largement entendue, s'est fréquemment substituée une diversité de règles de conflit au domaine expressément limité, relativisant d'autant le rattachement ordinaire. Dans cette perspective, le domaine de la responsabilité

délictuelle paraît tout particulièrement exemplaire : là où régnait sans partage la jurisprudence *Lautour*, affirmant de manière générale la compétence de la *lex loci delicti*, les solutions se sont aujourd'hui diversifiées, sous l'emprise du droit conventionnel et du droit communautaire pour affirmer des solutions propres en matière d'accidents de la circulation routière (Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière), de responsabilité du fait des produits (Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits), de concurrence déloyale (Rome II, art. 6), d'atteinte à l'environnement (Rome II, art. 7) et aux droits de propriété intellectuelle (Rome II, art. 8). Il en résulte une très nette relativisation du rattachement à la *lex loci delicti*, au point qu'il n'est plus même certain que la responsabilité délictuelle puisse toujours être considérée comme une catégorie homogène.

Lors de la mise en œuvre de la règle de conflit, le mécanisme de la clause d'exception permet au juge saisi d'un litige d'écarter la loi normalement applicable au profit de celle présentant des liens plus étroits avec la situation qui lui est soumise. C'est là une autre manifestation du

principe de proximité, procédant de l'idée selon laquelle la règle de conflit ayant vocation à jouer à titre de principe peut ne pas être nécessairement la mieux adaptée aux données particulières du litige, puisqu'elle ne parviendra pas inéluctablement à la désignation de la loi la plus proche des circonstances de la cause ; d'où la nécessité de prévoir la possibilité d'y déroger, précisément en faveur de cette dernière.

Ainsi considérée, la clause d'exception aura vocation à intervenir lorsque la règle de conflit à laquelle elle déroge vise elle-même à désigner la loi la plus proche de la situation litigieuse et n'y parvient pas en raison du particularisme des circonstances de la cause. Elle s'est progressivement développée au sein du droit international privé contemporain, limitée à certaines questions particulières, ou même introduite à titre de correctif général (loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 déc. 1987, art. 15). En France, elle s'est manifestée de manière explicite en matière contractuelle, à travers les articles 4. 3 et 8. 4 du Règlement Rome I, pour écarter les présomptions posées par ces deux textes en faveur de l'application de telle ou telle loi « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat [art. 4. 3 ; de

travail, art. 8. 4] présente des liens plus étroits avec un autre pays ». Des dispositions du même ordre figurent au sein du Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (art. 4. 3).

d) Règle neutre ?

Alors que la règle de conflit de facture classique se voulait neutre, indifférente au résultat de fond auquel était susceptible de conduire sa mise en œuvre, cette neutralité même s'est à son tour estompée.

En marge des règles matérielles, qui poursuivent assurément un résultat substantiel déterminé, sont en effet apparues des règles de conflit à coloration matérielle : en vue de parvenir à un résultat déterminé, ces règles se fondent sur une pluralité de rattachements, désignant diverses lois ayant vocation à s'appliquer de manière alternative ou cumulative selon la faveur ou la défaveur à l'égard d'un résultat substantiel prédéterminé.

De manière comparable, le développement du rôle de la volonté des parties dans le droit international privé contemporain témoigne, à sa manière, de cette perte de

neutralité. Certes, il est assez fréquemment avancé que la volonté ne servirait en ce domaine qu'à pallier certaines insuffisances, afin notamment de remédier aux inconvénients d'une règle de conflit qui n'entretiendrait que peu de relation objective avec une situation juridique concrètement considérée ; ou de dépasser l'opposition entre rattachements estimés d'égale valeur – tels le domicile et la nationalité en matière de statut personnel – en laissant la solution entre les mains des parties. En d'autres circonstances, il est en revanche clairement avancé que la volonté permettrait de traduire sur le plan international des objectifs de droit substantiel, afin de favoriser un résultat déterminé ou de transposer aux relations internationales la liberté dont les individus jouissent dans les relations internes.

Contrairement aux apparences, ces deux types de fonction se réduisent cependant à la seconde d'entre elles. En réalité, la volonté des parties oriente toujours vers le choix d'une solution substantielle : peut-on en effet penser qu'en matière de divorce, par exemple, le choix de loi offert aux époux serait uniquement fondé sur la recherche de sécurité et de prévisibilité juridiques ? Peu importe aux époux souhaitant divorcer que telle ou telle loi soit plus proche de

leur situation ; c'est exclusivement à raison de son contenu que le choix d'une loi s'exercera.

e) Règle impérative ?

Au-delà des principes de solution gouvernant l'office du juge, et tendant désormais à faire de la règle de conflit une règle facultative dès lors que les droits des parties sont disponibles, le développement du rôle de la volonté témoigne à l'évidence d'un net déclin de l'impérativité au sein du droit international privé contemporain (en dépit de l'accroissement de lois se voulant impératives, v. *supra*, p. 24).

Celui-ci ne s'exprime pas d'ailleurs sur le seul terrain du conflit de lois ; le régime libéral aujourd'hui consenti aux clauses attributives de juridiction ou aux clauses compromissoires, même en présence de dispositions impératives du for, joint au même libéralisme assurant dans l'ordre juridique du for l'accueil de décisions étrangères ignorant de tels impératifs, contribue nettement à une accentuation du phénomène.

f) Règle innocente ?

C'est en termes d'instrumentalisation que se manifeste cette dernière expression de l'altération du modèle classique.

Tout particulièrement, il est parfois avancé désormais que les finalités économiques du marché intérieur pourraient aller jusqu'à commander que le champ transfrontière des lois respecte le principe d'origine, mettant la règle de conflit au service du marché intérieur.

Confrontée à de vives critiques, cette pure instrumentalisation est cependant loin de convaincre, au-delà de pures questions d'autorisation administrative ou de qualification professionnelle (v. *supra*, p. 35).

Notes

[1] J. Carbonnier, , *Sociologie juridique*, puf, coll. « Thémis », 1978, spéc. p. 171.

[2] F. C. Mann, The doctrine of jurisdiction in international law, *RCADI*, I, 3, 1964, et The doctrine of jurisdiction revisited after twenty years, *RCADI*, 1984. III. 9 ; P. Mayer, Droit international privé et droit international

public sous l'angle de la notion de compétence, *Rev. crit. DIP*, 1979. 1.

[3] J. Allard et A. Garapon, , *Les juges dans la mondialisation*, Le Seuil, 2005.

[4] G. Cuniberti, , *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, lgdj, 2000.

[5] A. Lowenfeld, International litigation and the quest for reasonableness., *RCADI*, 1994. I

L. Usunier, , *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008.

[6] Cf. D. Bureau, H. Muir Watt, L'impérativité désactivée ?, *Rev. crit. DIP*, 2009.1.

[7] J.-P. Niboyet, , *Cours de droit international privé*, Sirey, 1946, n° 651,

[8] P. Callé, , *L'acte public en droit international privé*, Economica, 2004.

[9] *Ibid.*

[10] *Ibid.*

[11] Voir G. Kegel, The crisis of the conflict of laws, *RCADI*, t. 112, 1964, p. 91.

[12] Voir ainsi A. Bucher, L'ordre public et le but social des

lois, *RCADI*, t. 239, 1993, p. 9.

[13] J. Héron, Publicisation d'un droit et détermination de la méthode de règlement (l'exemple de la protection des mineurs et des procédures collectives), *Trav. com. fr: DIP*, 1990-1991, p. 65.

[14] Voir cependant P. Gothot, Le renouveau de la tendance unilatéraliste, *Rev. crit. DIP*, 1971.1 ; D. Boden, , *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique* thèse dactyl., Paris I, 2002.

[15] Y. Lequette, , in *Mélanges D. Holleaux*, 1990, p. 249.

[16] B. Audit, , *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974.

Chapitre V

Les méthodes de reconnaissance

Les méthodes de reconnaissance visent à assurer qu'une situation déjà acquise sous l'empire d'une loi étrangère, ou par le biais des organes d'un État étranger, bénéficie du maintien du régime juridique sous lequel elle s'est constituée, en dépit du franchissement des frontières de son pays d'origine. Dans ces circonstances, il ne s'agit donc plus de rechercher le for et le régime juridique les plus appropriés pour présider à sa création, mais de déterminer les conditions dans lesquelles elle sera apte, une fois forgée par une autorité et selon des règles étrangères, à être accueillie dans l'État du for. L'une des caractéristiques de cette méthode est de ne pas subordonner cet accueil à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois du for, qui ne sert donc qu'à la désignation initiale de la loi applicable.

Pendant longtemps, la manifestation principale de cette approche n'a guère concerné que les jugements étrangers, représentant la forme la plus aboutie de la reconnaissance des situations acquises. La reconnaissance consistait dès lors à accepter que des effets, normatifs ou juridictionnels, spécifiques à un acte juridictionnel, se réalisent dans l'ordre juridique d'accueil. Ce dernier ne procédant pas à la révision du jugement au fond mais se prononçant seulement sur sa conformité à certaines conditions extrinsèques ainsi qu'à l'ordre public, la reconnaissance portait alors non pas sur la situation concrète consacrée par le jugement, mais sur l'acte juridictionnel lui-même : ce n'est pas la créance ou la paternité qui pouvait ainsi être reconnue en tant que telle, mais le fruit de l'exercice du pouvoir juridictionnel les consacrant. Progressivement, cette démarche s'est par la suite étendue aux sentences arbitrales internationales, assimilées aux jugements en raison du caractère juridictionnel de la fonction de l'arbitre, et aux actes administratifs ou publics, en l'absence même de ce caractère.

Dans ce dernier cas, lorsque la situation constatée ou enregistrée par une autorité publique est admise à produire des effets juridiques dans l'État du for, il est cependant

difficile de dire que la reconnaissance porte sur le seul acte de l'autorité étrangère dès lors que celle-ci, n'exerçant aucun pouvoir décisionnel, n'en crée pas la substance. Cette dernière est ainsi dissociée de l'acte public qui la contient. La reconnaissance tend alors à porter sur la situation susceptible d'être découverte derrière l'écran de l'acte public, telle qu'elle a été constatée ou rendue opposable par celui-ci.

À la suite de telles évolutions, le pas était alors facile à franchir vers l'extension de la méthode de la reconnaissance à des situations, pourvues ou non d'une enveloppe publique, créées sous l'empire d'une loi étrangère avec le concours ou non des autorités de l'État. En ce cas, la reconnaissance ne porte plus alors sur un acte public ou juridictionnel mais sur les règles qui ont présidé à la création de la situation à laquelle il s'agit d'attacher des effets dans l'État d'accueil. Cette extension, qui oblige à mettre en berne la règle de conflit de lois du for, empiète donc sur le domaine des conflits de lois tel que traditionnellement conçu. Inspirée par le souci de la continuité des relations juridiques, l'émergence d'une approche unitaire en résulte aujourd'hui, destinée à assurer l'accueil d'une situation constituée ailleurs,

indépendamment de la mise en œuvre de toute règle de conflit de lois dans l'État où il est envisagé de l'introduire et rendant largement superfétatoire par ailleurs le maintien d'une approche spécifique aux jugements étrangers. Celle-ci continue en revanche d'exister dans les champs qui restent encore pour l'heure en dehors de l'emprise de la méthode de reconnaissance des situations, essentiellement cantonnée au domaine d'intervention des droits fondamentaux, et tout particulièrement en matière de relations personnelles.

C'est dans cette mesure qu'il y a lieu de présenter distinctement la reconnaissance des jugements étrangers (I) et celle des situations constituées sous l'empire d'une loi étrangère (II).

I. Reconnaissance des jugements

Comme les lois étrangères, les jugements prononcés au nom d'un État étranger se heurtent au « phénomène de la frontière » : en raison de l'indépendance des ordres juridiques, ils n'ont par eux-mêmes aucun effet normatif

propre devant les organes de l'État du for, pas plus qu'ils n'y jouissent des effets procéduraux normalement attachés aux décisions juridictionnelles, et dont la force exécutoire constitue sans doute la manifestation la plus apparente. Mais rien ne s'oppose en revanche à ce que l'ordre juridique du for leur attache de tels effets, à certaines conditions et selon des voies procédurales spécifiques. Si l'on évoque alors traditionnellement, par économie de langage, l'« accueil », l'« autorité » ou l'« efficacité » du jugement étranger, il n'en reste pas moins que les effets ainsi déployés sont simplement ceux que l'État du for accepte de lui attacher. En certains cas, les conditions de l'accueil sont cependant si libérales, et les procédures à ce point allégées, que l'on a alors l'impression que la frontière s'est effacée pour laisser place à l'« autorité de plein droit » des jugements étrangers. Il en va ainsi notamment au sein de l'espace judiciaire européen, où un effort politique concerté – ayant aujourd'hui abouti aux règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II bis » – tend à neutraliser progressivement les effets de la frontière. Cet effort va même jusqu'à permettre dans certains cas l'émission, dans un État membre, d'un titre qui sera exécutoire de plein droit dans les autres : c'est l'effet du Règlement ce n° 805/2004 portant création d'un titre exécutoire européen

pour les créances incontestées.

L'analyse de ces solutions conduit cependant à lever toute illusion en ce domaine : en réalité, l'efficacité des jugements étrangers devant les organes de l'État du for résulte nécessairement d'une norme habilitante posée par celui-ci, aussi libérale soit-elle. Il relève toujours en effet de la compétence exclusive de l'État de déterminer à partir de quelles normes, générales ou individuelles, doivent raisonner ses propres juges, de même que cet État a seul vocation à dire quels jugements sont assortis de la force exécutoire devant ses propres organes de contrainte.

1. Qualification de « jugement »

Cette qualification, qui rend applicable la méthode de la reconnaissance plutôt que la méthode conflictuelle, n'est pas tributaire de la nature formelle de l'organe appelé à se prononcer ou de la dénomination de l'acte au sein du système étranger. Ainsi, les décisions admises à circuler selon la méthode de la reconnaissance peuvent parfaitement avoir été prises par une autorité non juridictionnelle. Par exemple, en droit international privé commun, toute décision étrangère de désunion conjugale,

qu'elle émane d'une autorité judiciaire, administrative ou confessionnelle, est soumise à un régime identique. Pareillement, au regard de l'article 32 du Règlement Bruxelles I, la voie simplifiée de reconnaissance et d'exécution des décisions émanant des autres États membres en matière civile et commerciale s'applique à « toute décision rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi que la fixation par le greffier des frais de justice ». L'unité de la catégorie est donc purement fonctionnelle, en ce sens qu'elle regroupe tous les actes individuels, qu'ils soient formellement judiciaires, législatifs ou administratifs, dès lors qu'ils sont pourvus d'une vocation normative.

2. Contenu des effets

Un jugement étranger peut être appelé à produire des effets multiples, dans des contextes et à des fins très divers. Certains effets s'attachent ainsi au jugement étranger considéré comme un simple événement ou en sa seule qualité d'acte public ; sa normativité n'est alors pas

en cause et sa régularité par conséquent indifférente. Un jugement étranger même irrégulier peut ainsi être pris en considération par une règle de droit substantiel en tant que simple événement (en tant que force majeure ou fait du prince empêchant l'exécution d'un contrat, par exemple). Pareillement, l'effet dit « de titre » du jugement étranger (conditionnant la validité formelle d'un acte privé ou son opposabilité aux tiers) s'attache à sa qualité d'acte public, indépendamment de la reconnaissance de son contenu normatif. Il en va de même pour sa force probante : en vertu de l'article 47 du Code civil, le jugement fait foi des constatations matérielles opérées par le juge étranger, jusqu'à preuve contraire.

D'autres effets – ceux qui s'attachent à la valeur normative, à l'incontestabilité et à la force exécutoire du jugement étranger – impliquent en revanche que soit vérifiée son aptitude à fixer les droits des parties au regard des organes du for et à fournir au juge une base de raisonnement. C'est de la reconnaissance proprement dite (regroupant l'efficacité substantielle – apport du jugement en ce qu'il fixe les droits des parties au fond – et l'autorité négative de chose jugée – prohibition du renouvellement du procès en France) ainsi que de la force exécutoire du

jugement étranger qu'il s'agit alors. Par exemple, un divorce prononcé à l'étranger sera généralement invoqué en France soit en défense à une demande de contribution aux charges du mariage, soit pour établir l'aptitude d'une personne à se remarier. Dans ces deux cas, on fait appel à son effet normatif propre. Plus rarement, l'autorité négative de chose jugée s'attachant à ce jugement sera opposée à la tentative de l'une des parties de renouveler la même procédure en France. Enfin, son exécution sera recherchée, le cas échéant, s'il comporte une condamnation alimentaire. Pour tous ces effets, des conditions d'accueil spécifiques doivent être réunies, qui tendent à constater la régularité internationale de la décision étrangère. Celles-ci, très libérales en droit communautaire, se sont également progressivement allégées en droit commun.

3. Conditions de régularité internationale

A) Droit commun français

Selon les termes de l'arrêt *Munzer* (Cass. civ. 1^{re}, 7 janv.

1964), 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 international et l'absence de toute fraude à la loi ». Aujourd'hui, la régularité internationale du jugement étranger, exigence de sa reconnaissance et de son accession à la force exécutoire, n'est cependant plus tributaire que de deux séries de conditions relatives à la compétence internationale du juge étranger et au respect de l'ordre public.

La teneur de la première a été fixée par l'arrêt *Simitch* (Cass. civ. 1^{re}, 6 févr. 1985), aux termes duquel la compétence du juge étranger suppose avant tout que le litige tranché par ce dernier ne relevait pas de la compétence exclusive des tribunaux français. L'anomalie de l'exclusivité indirecte du privilège de juridiction naguère déduit de l'article 15 étant désormais effacée (Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006, *Prieur*), cette réserve est aujourd'hui pratiquement vidée de son contenu : il suffit à présent de constater l'existence, non frauduleuse, d'un lien caractérisé entre le pays dont le juge a été saisi et le litige. Le contenu

de ce lien reste cependant à définir précisément. La question se pose notamment de savoir si l'appréciation du lien caractérisé doit être fonction de la nature du litige, ou si le critère recherché revêt surtout un caractère procédural, devant satisfaire à des exigences de proximité et de commodité, indépendamment de la matière litigieuse. À l'analyse des réponses fournies par le droit positif, le domicile du défendeur semble toujours constitutif d'un lien caractérisé entre les parties et le litige, mais, en son absence, la consistance des indices pouvant être retenus relève encore de la pure casuistique.

Réservant l'hypothèse dans laquelle le choix de la juridiction saisie aurait été frauduleux, l'arrêt *Simitch* laisse cependant à entendre que tel ne sera pas le cas dès lors qu'un lien juridictionnel avec le litige aura pu être caractérisé ; mais, s'il ne l'est pas, il n'y a en réalité pas davantage besoin de relever la fraude pour disqualifier la compétence du tribunal saisi à l'étranger. Le caractère surabondant de la fraude s'est tout spécialement manifesté en matière de répudiation musulmane, dans les cas où le mari obtient une répudiation dans le pays d'origine afin de l'opposer à une procédure de divorce engagée en France, car la compétence des autorités de l'État de la nationalité

commune des époux est alors parfaitement légitime.

C'est bien pourquoi, pour aborder le problème des effets de la répudiation musulmane, la jurisprudence récente s'est déplacée sur le terrain de la seconde condition de régularité des jugements étrangers, celle de l'ordre public, invoquant à cet égard le principe fondamental d'égalité des époux consacré par l'article 5 du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984, additionnel à la cedh (cinq arrêts de la Cour de cassation du 17 févr. 2004).

L'ordre public revêt également une importante composante procédurale, sous l'égide du droit fondamental au procès équitable, auquel il tend aujourd'hui à s'assimiler, indépendamment de la question de savoir si l'État d'où émane le jugement est partie ou non à la cedh. Assimilé pendant très longtemps au respect des droits de la défense, dont le noyau dur était constitué par l'information du défendeur avant le procès, se prolongeant dans l'impartialité dans l'appréciation des preuves et l'exigence d'une motivation, le concept plus large de procès équitable a, par la suite, attiré vers l'ordre public la protection procédurale du demandeur – et, plus précisément, son droit d'accéder à la justice.

B) Droit communautaire

Celui-ci, constitué ici par les Règlements ce n° 44/2001 « Bruxelles I » en matière civile et commerciale et ce n° 2201/2003 « Bruxelles II *bis* » en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, allège les conditions de circulation des jugements émanant des États membres au sein de l'espace judiciaire commun, en attendant la suppression définitive de la procédure d'*exequatur* – laquelle est déjà acquise, s'agissant des créances incontestées, par le Règlement ce n° 805/2004 portant création d'un titre exécutoire européen, et, en matière de responsabilité parentale, par le Règlement Bruxelles II *bis*, pour les décisions relatives au droit de visite et au retour de l'enfant. L'allègement des critères de régularité s'accompagne de la diminution du rôle du juge requis, qui n'exerce plus en première instance de pouvoir décisionnel, et d'une « inversion procédurale » corrélative qui reporte la contestation de la régularité au stade de l'appel. La disparition progressive du contrôle des décisions étrangères au stade de l'*exequatur* tient au fait que les deux conditions tenues pour cardinales en droit commun – à savoir, un lien raisonnable entre le for requis et le litige et le

respect de l'ordre public, notamment dans sa composante procédurale – sont pratiquement présumées remplies dans le cadre de l'espace judiciaire commun. Les règles de compétence directe posées par les Règlements Bruxelles I et II *bis* s'imposent en effet aux juges des États membres, qui en assurent d'office le respect. Il ne peut dès lors être procédé, sauf exception, au contrôle de la compétence des juridictions de l'État d'origine de la décision, le critère de l'ordre public ne pouvant pas même abriter un tel contrôle. Seule la violation d'une compétence exclusive – dont l'énumération se trouve dans l'article 22 du Règlement Bruxelles I – peut encore donner lieu à un refus de reconnaissance.

De même, les États membres étant tous parties à la cedh, la conformité de leurs procédures à l'article 6 de cet instrument peut désormais être présumée, même si la confrontation des traditions nationales aux exigences fondamentales du procès équitable est encore suffisamment nouvelle pour justifier le maintien dans les deux instruments du contrôle du respect de l'ordre public au niveau de la reconnaissance et de l'*exequatur*.

4. Voies procédurales

La reconnaissance *stricto sensu* (v. *supra*, p. 109) – distincte donc de l'exécution – des jugements étrangers s'impose de plein droit, en ce sens qu'elle ne nécessite aucune procédure particulière. Si une telle solution a pu être admise sans difficulté en droit communautaire, elle a été acquise moins facilement en droit judiciaire international commun, où, pour des raisons historiques, les jugements patrimoniaux déclaratifs ont été exclus du domaine de la reconnaissance de plein droit.

Tant qu'il n'y a pas eu de vérification judiciaire de la régularité d'un jugement étranger, cette reconnaissance demeure cependant précaire. Les parties qui souhaitent être fixées rapidement sur leur sort ont donc la possibilité de provoquer une décision relative à la régularité du jugement étranger, à titre incident ou principal. Dans ce dernier cas, c'est la procédure d'*exequatur* qui est utilisée, faute de toute procédure spécifique à la simple reconnaissance.

L'*exequatur*, qui tend à revêtir le jugement étranger de la formule exécutoire nationale dont il est naturellement dépourvu, demeure en outre toujours nécessaire lorsque l'exécution est recherchée, sauf dans les cas particuliers où

le droit communautaire a consacré un titre exécutoire de plein droit (*supra*, p. 107). Dans ce dernier cas, un jugement certifié conforme par le juge d'origine se voit reconnaître une vocation à déployer sa force exécutoire à l'échelle européenne sans autre formalité. Les modalités de l'action en *exequatur* diffèrent profondément en droit commun et en droit communautaire ; dans ce dernier cas, la procédure est non contentieuse en première instance et d'ailleurs réduite pratiquement à une simple formalité.

II. Reconnaissance des situations

Le propre de la méthode de la reconnaissance est de se passer de la mise en œuvre du conflit de lois. Si la reconnaissance des jugements illustre bien cet effacement, la reconnaissance permet, en d'autres circonstances, d'assurer la continuité transfrontière d'une situation constituée sous l'empire d'une loi étrangère, sans qu'il y ait eu à son sujet un jugement. La reconnaissance des jugements se passe en effet de toute condition de conformité au conflit de lois, et conserve un champ bien

distinct de celui-ci, puisqu'elle porte précisément sur l'acte juridictionnel étranger. En revanche, appliquée à des situations enregistrées par un officier public, voire née spontanément de l'attitude des acteurs privés, elle empiète alors sur le champ qui était jusqu'ici celui de la règle de conflit. Pour l'instant, ses manifestations positives concernent le domaine des relations personnelles, qui se prêtent à un raisonnement en termes de droit fondamental à la continuité. Précédée par des antécédents assez approximatifs, une nouvelle méthode unilatérale de reconnaissance des situations acquises semble émerger aujourd'hui, sous la pression des droits fondamentaux ou, dans le contexte communautaire, des libertés économiques.

1. Antécédents

A) Droits acquis

C'est sans doute parce que les manifestations plus anciennes de la reconnaissance refusaient de renoncer au jeu de la règle de conflit qu'elles n'ont jamais réussi à s'imposer. À ce titre, la protection des droits acquis est en effet une thématique récurrente du droit international privé

comparé, où elle a connu une carrière pour le moins mouvementée. La théorie anglo-américaine des *vested rights*, empruntée à l'école hollandaise des statuts, par Story dans ses *Commentaries* de 1835 et Dicey dans son *Digest* de 1896, ramène l'ensemble du droit des conflits de lois à une question d'efficacité des droits acquis en dehors du ressort du for, lesquels s'imposeraient à ce dernier comme des faits territoriaux accomplis sans qu'il y ait lieu, du moins ostensiblement, de faire application de la loi d'un souverain étranger. Cependant, ce raisonnement impliquait bien encore un critère de solution du conflit de lois, qui était alors fourni implicitement mais nécessairement par le principe de territorialité.

Dans la tradition civiliste, des percées ponctuelles de l'idée de droit acquis ont peu à peu fait émerger une méthodologie dérogatoire, concurrençant ou, en tout cas, complétant la règle bilatérale. On appela ainsi « conflit de systèmes dans le temps » celui que soulève une situation individuelle non conforme à la règle de conflit du for, qui, venue tardivement à la connaissance du for à la faveur d'un changement générateur d'une attache juridictionnelle, s'était consolidée en dehors de lui par l'effet du temps écoulé. Le respect des prévisions des parties relatives

notamment à la validité d'un état personnel, telles qu'elles ont pu se former dans des circonstances qui ne laissaient pas anticiper l'intervention de la loi désignée par la règle de conflit du for, ont alors conduit les juridictions, à plusieurs reprises, à renoncer à appliquer celle-ci. Toutefois, le fondement de la solution demeurait incertain. Celui-ci fut d'abord recherché dans une limite à l'applicabilité spatiale de la règle de conflit elle-même, avant que ne soit proposée, de façon plus convaincante, une justification d'ordre subjectif fondée sur la protection de l'apparence [\[1\]](#). Or, incontestablement, l'un des ingrédients de l'apparence de validité d'une situation est l'intervention d'une autorité publique.

B) Actes publics

Le rapprochement parfois proposé de la nouvelle reconnaissance unilatérale et de la reconnaissance des situations constatées ou enregistrées par un acte public repose assez largement sur une illusion d'optique, qui a malgré tout constitué le premier pas vers l'expansion de la méthode de la reconnaissance.

À l'analyse, il ressort en effet que, en l'absence de fonction

décisionnelle de l'autorité publique, l'élaboration d'un instrument public dans une situation présentant des éléments d'extranéité ne soulève pas de problème de compétence juridictionnelle ou décisionnelle internationale analogue à celui que pose le prononcé d'un jugement (v. *supra*, p. 67 s.). Quant à la reconnaissance, elle est à la fois inutile, car le *negotium* est présumé valable, et dépourvue de sens, car l'acte ainsi reçu n'est pas normatif.

Il est vrai cependant que le Règlement Bruxelles II *bis* brouille quelque peu les pistes sur ce point, en disposant que les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre sont *reconnus* et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que les jugements contentieux (art. 46). Il pourrait ne s'agir là que d'une maladresse de rédaction ; le Règlement Bruxelles I (art. 57) ne vise, quant à lui, que la force exécutoire, et non la reconnaissance, des actes publics émanant des autres États membres. Quoi qu'il en soit, ce texte introduit en droit positif un cas de reconnaissance d'une situation juridique (ainsi la reconnaissance de paternité) qui, faute de pouvoir décisionnel de l'officier instrumentant l'acte qui la constate, devrait normalement relever du conflit de lois. On peut rapprocher cette hypothèse de celle de la liberté d'établissement des

sociétés commerciales dans l'Union européenne ; le principe communautaire conduit en effet à reconnaître désormais ces sociétés dans l'État d'accueil en cas de déplacement de leur siège, dès lors que l'État d'origine (d'enregistrement) admet la survie de leur personnalité morale dans ce cas de figure (*Uberseering*, cje, 9 nov. 2002, aff. C-208/00 ; comp. récemment, *Cartésio*, cje, 16 déc. 2008, aff. C.210/06). Ici encore, la reconnaissance va au-delà des effets attachés au seul acte public d'enregistrement, pour obliger à tenir compte du contenu de la loi étrangère appliquée, à travers l'entité qu'elle crée. Le constat n'est pas neutre, alors que l'évolution actuelle du droit international positif conduit à se demander si, au fond, la méthode de reconnaissance n'est pas sur le point d'absorber le conflit de lois, du moins dans l'hypothèse où il s'agit d'accueillir une relation personnelle constituée sous l'empire d'une loi étrangère, peu important au demeurant qu'il y ait eu ou non l'intervention d'une autorité publique.

2. Renouveau

Aujourd'hui, le caractère dérogatoire de la protection

unilatérale des situations acquises à l'étranger, simple complément de la méthode conflictuelle, tend à s'effacer en faveur de l'affirmation d'une démarche spécifique de reconnaissance transfrontière des rapports relevant de l'état des personnes.

Ces derniers tendent en effet à faire l'objet d'une protection particulière, sous l'influence d'une série de facteurs ayant en commun de conférer une valeur fondamentale aux droits liés à la personne, autour de laquelle les systèmes juridiques ont aujourd'hui tendance à se restructurer. Cette prééminence de la personne, qui est de nature à transcender le clivage entre le droit privé et les libertés publiques en droit interne, se traduit en droit international privé par un potentiel retour en force du statutisme, pratiqué dans l'Europe du Moyen Âge. Elle oblige à prendre acte du risque accru d'écartèlement des situations individuelles dans un monde de mobilité accélérée, pour imposer l'accueil de celles-ci dans les conditions dans lesquelles elles ont été acquises ailleurs, sans interférence de la règle de conflit du for.

Deux fondements paraconstitutionnels ou conventionnels issus de l'ordre international et communautaire semblent

ainsi exiger un certain infléchissement méthodologique en matière personnelle et familiale :

- le premier est l'article 8 de la cedh, qui impose le respect de la vie familiale. La Cour de Strasbourg a fait découler de ce texte des « obligations positives » à la charge des États (*Gül v. Switzerland*, du 22 janv. 1996), qui revêtent une portée significative pour le droit international privé, tant en matière de conflit de lois que sur le terrain de la condition des étrangers, en ce qu'elles impliquent de veiller à la continuité transfrontière des situations individuelles. L'article 8 a une portée analogue, à travers la protection de la vie privée, en matière d'état individuel des personnes, comme l'illustre l'exemple de l'obligation de l'État d'accueil d'accepter, le cas échéant en violation de sa propre règle de conflit, le changement de sexe d'un transsexuel étranger (Cass., Ass. plén., 11 déc. 1992), ou encore une adoption plénière prononcée à l'étranger (cedh, 28 juin 2007, *Wagner*). Dans ces différents cas de l'état des personnes et des relations de famille constituées en dehors du ressort du for, l'article 8 tend à revêtir une

dimension transfrontière spécifique, car c'est en réalité la discontinuité, et non la teneur intrinsèque du droit de l'État d'accueil, qui est condamnée sur ce fondement ;

- l'impact des droits fondamentaux semble être relayé dans une mesure importante par le droit communautaire. Celui-ci offre en effet plusieurs fondements desquels pourrait s'induire une obligation de l'État d'accueil de ne pas opposer sa propre règle de rattachement à la reconnaissance d'une situation acquise dans un autre État membre. Dans cette voie, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg implique ainsi clairement que la liberté de circulation des personnes consacrée par l'article 18 (1) du traité ce comme un attribut de la citoyenneté européenne semble impliquer la libre circulation – ou la reconnaissance mutuelle – du statut personnel des bénéficiaires et de leurs relations de famille (*Konstantidinis*, aff. C-168/91, 30 mars 1993 ; *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, 14 oct. 2008). La portée que revêt la liberté de circulation pour le droit international privé est parfois consolidée par l'interdiction de

discrimination (cjce, aff. C-148/02, *Garcia Avello*, 2 oct. 2003). Cependant, ce dernier fondement emporte bien moins la conviction que le précédent, particulièrement dans le dernier cas évoqué, où un enfant double national a pu ainsi bénéficier, devant les autorités de l'État membre dont il avait la nationalité, du nom conféré par l'État de son autre nationalité, alors qu'il vivait effectivement dans le premier. Plus convaincant, l'arrêt *Grunkin-Paul* ne se sert que de l'article 18 dans le cas d'un conflit de lois relatif au nom d'un enfant (sans double nationalité cette fois-ci) résidant effectivement ailleurs que dans l'État de sa nationalité.

Comme la protection des droits acquis, les nouveaux fondements paraconstitutionnels de la reconnaissance tendent à faire s'aligner la position de l'ordre juridique du for sur une situation de fait constituée en dehors de lui-même. La caractéristique commune de ces approches induites de droits ou de libertés fondamentaux est d'étendre le champ de la méthode de reconnaissance actuellement réservée aux décisions, aux situations constituées en l'absence de l'intervention d'un organe décisionnel. Toutefois, elles semblent revêtir deux

variantes, dont seule la seconde revêt une véritable spécificité :

- certaines continuent en effet à maintenir l'exigence d'un rattachement. C'est le cas, par exemple, de l'article 9-1 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, tenant le mariage pour valable s'il l'est ou le devient selon le droit de l'État du lieu de célébration. De manière comparable, la Convention de la Commission internationale de l'état civil (ciec) sur la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe, signée à Vienne le 12 septembre 2000, dispose que « les décisions judiciaires ou administratives définitives constatant le changement de sexe d'une personne prise par les autorités compétentes d'un État contractant sont reconnues dans les autres États contractants lorsque, au jour de la demande, l'intéressé était ressortissant de l'État où a été prise la décision ou y avait sa résidence habituelle » (art. 1^{er}) ;

- d'autres impliquent en revanche de renoncer à la mise en œuvre préalable d'un critère de rattachement. Par exemple, en application de cette idée, le mariage de deux Français de même sexe célébré à Bruxelles serait reconnu en France, dès lors du moins que la situation revêt une certaine effectivité, sans tenir compte de son absence de conformité à la loi personnelle commune normalement applicable devant le juge du for. Difficile à interpréter à bien des égards, l'arrêt *Garcia Avello* (préc.) offre l'exemple de la reconnaissance d'une situation configurée par une loi étrangère (le nom de l'enfant tel que conçu par la loi espagnole) sans qu'elle ait été préalablement constatée par une autorité, du seul fait des liens de l'enfant avec ce pays dont il avait la nationalité et à l'encontre de la position du droit du for belge.

Il importe toutefois de bien distinguer, en vue d'identifier les cas où la reconnaissance représente réellement une innovation méthodologique. Pour que le renouvellement de la méthode de reconnaissance ait une signification spécifique, celle-ci doit se situer nécessairement dans une perspective d'effacement du conflit de lois devant une

situation personnelle ou familiale à vocation durable, qui peut être présentée devant le for comme acquise à l'étranger, indépendamment du point de savoir si elle s'est ou non « cristallisée » à l'occasion de l'action d'une autorité. Une telle intervention pourrait faciliter la démonstration de la légitimité des prévisions individuelles, mais non le critère de déclenchement de la méthode. La reconnaissance porterait sur la situation configurée par des règles substantielles étrangères alors même que celles-ci ne sont pas désignées par la règle de conflit du for. À cet égard, en cas de discontinuité des institutions (par exemple, partenariats de teneur différente), le fondement invoqué – droit fondamental au respect de la vie privée ou familiale ou liberté de circulation du citoyen européen – semble postuler que la reconnaissance porte sur la situation étrangère telle qu'elle existe à l'étranger, c'est-à-dire avec la configuration que lui imprime la loi étrangère, sans transposition déformante (un *civil partnership* du droit anglais ne devrait pas, par exemple être transformé en pacs en France).

Il est fort probable que l'expansion de cette méthodologie s'accompagnera en droit positif de la mise en œuvre, par l'organe chargé de créer une relation à l'origine, d'une

méthode de désignation ajustée à l'exigence de reconnaissance, en ce sens qu'il s'assurera de l'effectivité de sa décision au lieu où elle est destinée à se réaliser. Pareil infléchissement de la méthode de désignation sous la pression de celle de la reconnaissance est déjà visible dans divers domaines. Par exemple, en matière d'adoption internationale (Convention de La Haye de 1993, entrée en vigueur en 1995) ou en matière de protection des majeurs (Convention de La Haye de 2000, entrée en vigueur en 2009). Dans les deux cas, la coopération entre autorités centrales tend à assurer que toute décision ou mesure prise par l'autorité compétente et ayant vocation à produire son effet dans un autre État ne soit pas adoptée sans le « feu vert » de dernier. Cette recherche anticipée de l'accord des autorités du lieu de la réalisation effective d'une mesure apparaît ainsi en quelque sorte comme le corollaire de l'obligation de l'État d'accueil de reconnaître la situation créée par l'État d'origine. Le récent arrêt de la Cour de Luxembourg *Grunkin-Paul* de 2009 (préc.) opère semblablement une corrélation entre les obligations de l'État d'origine, chargé de créer une situation juridique durable, et celles de l'État d'accueil, investi de l'obligation de reconnaissance.

Notes

[1] M.-N. Jobard-Bachellier, , *L'apparence en droit international privé*, lgdj, 1984.

Bibliographie

I. – Ouvrages généraux

- Ancel B. et Lequette Y., , *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 5^e éd., 2006.
- Audit B., , *Droit international privé*, Economica, 5^e éd., 2008.
- Batiffol H., , *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956. (rééd. 2002, présentation Y. Lequette)
- Batiffol H. et Lagarde P., , *Droit international privé*, Igdj, t. I, 8^e éd., 1993, t. II, 7^e éd., 1983.
- Bureau D. et Muir Watt H., , *Droit international privé*, t. I, et II, puf, coll. « Thémis », 2007.
- Holleaux D., Foyer J. et de Geouffre de La Pradelle G., , *Droit international privé*, Masson, 1987.

- Loussouarn Y., Bourel P. et de Vareilles-Sommières P., , *Droit international privé*, Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2007.
- Mayer P. et Heuzé V., , *Droit international privé*, Montchrestien, 9^e éd., 2007.
- Niboyet M.-L. et de Geouffre de La Pradelle G., , *Droit international privé*, lgdj, 2007.
- Vignal Th., , *Droit international privé*, Armand Colin, coll. « U », 2005.

II. – Encyclopédies

- *Encyclopédie Dalloz*, Répertoire de droit international, 3 vol., dir. D. Carreau, P. Lagarde et H. Synvet,
- *Juris-Classeur droit international*, 11 vol., dir. H. Fulchiron,

III. – Revues

- *Journal du droit international (Clunet)*
- *Revue critique de droit international privé*