



HAL
open science

Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène : essai sur l'exercice stratégique de la volonté en droit international privé contemporain

Kellen Trilha Schappo

► To cite this version:

Kellen Trilha Schappo. Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène : essai sur l'exercice stratégique de la volonté en droit international privé contemporain. Droit. Institut d'études politiques de paris - Sciences Po, 2016. Français. NNT : 2016IEPP0071 . tel-03455159

HAL Id: tel-03455159

<https://theses.hal.science/tel-03455159>

Submitted on 29 Nov 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Institut d'études politiques de Paris
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES PO

École de Droit

Doctorat en droit

Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène

*Essai sur l'exercice stratégique de la volonté en
droit international privé contemporain*

Kellen TRILHA SCHAPPO

Thèse dirigée par le Professeur Horatia MUIR WATT

Soutenue le 12 décembre 2016

M. Didier BODEN, Maître de conférences des Universités, Université Paris I Panthéon-Sorbonne (France)

Mme Sabine CORNELOUP, Professeur des Universités, l'Université Paris II Panthéon-Assas (France) *rapporteur*

Mme Paola MARIANI, Professore associato, Università Commerciale Luigi Bocconi (Italia) *rapporteur*

Mme Horatia MUIR WATT, Professeur des Universités, Institut d'études politiques de Paris, directrice de la thèse (France)

Remerciements

Je remercie avant tout Horatia Muir Watt non seulement pour avoir accepté de diriger ces recherches, mais surtout pour le développement intellectuel et humain qu'elle a stimulé tout au long de ce parcours, en donnant du sens aux idées et à la vie académique.

J'exprime aussi ma gratitude à Didier Boden, qui m'a présentée au droit international privé en 2009, et qui n'a pas cessé de contribuer, avec attention et patience, à un continu apprentissage de la matière. Je lui remercie d'avoir accepté de suivre ce travail, et je suis très reconnaissante du dévouement avec lequel il l'a fait.

Je remercie également Robert Wai, dont le travail a inspiré la problématique de cette thèse, et qui malgré la distance a toujours été disponible pour échanger des idées et pour donner des conseils. Merci également à Sabine Corneloup, qui a accepté d'intégrer le jury et qui a contribué avec des remarques pertinentes et constructives.

J'ai eu la chance pendant ce parcours d'être accueillie par des institutions qui m'ont offert les moyens de poursuivre mon travail dans les meilleures conditions, tout en m'impliquant dans les activités académiques les plus enrichissantes. Je remercie ainsi tout d'abord l'Ecole de droit de Sciences Po, pour m'avoir acceptée au sein de son programme doctoral et pour avoir financé cette thèse. Merci à Mikhail Xifaras pour m'avoir poussée à élargir mes horizons, à Diego P. F. Arroyo pour son soutien infailible dans mes projets en Amérique Latine et à Zina Osmani, qui s'est occupée de toutes les questions administratives avec patience et gentillesse. Je remercie également Michele Graziadei pour m'avoir aussi bien accueillie au beau campus de l'Université de Turin lors de mon année d'échange. Un grand merci à Joaquim Falcão, à Eduardo Jordão, à Michael Mohallem et à Daniel Vargas de la Fundação Getúlio Vargas à Rio de Janeiro pour une année qui restera parmi mes plus beaux souvenirs. Finalement, merci à Giorgio Sacerdoti, à Paola Mariani et à Claudio Dordi, qui m'ont donné l'opportunité d'intégrer l'Université Bocconi en 2015, dans un département vivant et chaleureux où je suis ravie de travailler.

Ce parcours aurait été beaucoup plus difficile sans le soutien de mon mari, Davide, qui n'a pas hésité à m'attendre, à me suivre et à prendre soin de moi pendant ces années de doctorat. Je n'y serais pas non plus arrivée sans le soutien et les sacrifices de ma mère, Cristiane, et de mes grands-parents Cleusa et Marcial, à qui je ne saurais jamais exprimer toute ma gratitude. J'ai également eu la chance de compter avec le soutien des amis et des collègues, et je tiens à remercier en particulier celles qui ont partagé de plus près le processus d'élaboration de cette thèse : Rafaella Barichello, Veronica Corcodel, Tarcila Reis et Elena Aydos.

Finalement, je tiens à remercier mes étudiants et anciens étudiants, qui me rappellent quotidiennement de mon amour pour l'enseignement et la recherche, et qui me motivent à poursuivre ce chemin.

Sommaire

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
<i>Première partie. La création des angles morts</i>	27
<i>Titre Ier. Le rôle de la volonté individuelle dans la création d'angles morts</i>	29
Chapitre I ^{er} . L'initiative individuelle de changement du cadre juridique : la recherche d'un résultat favorable et certain par le recours à une stratégie internationale.	31
Chapitre II. Les angles morts dans l'encadrement des situations internationales complexes.....	67
<i>Titre II. Le cadre de l'exercice de la volonté individuelle</i>	87
Chapitre I ^{er} . L'encadrement de la volonté exercée par l' <i>electio juris</i>	91
Chapitre II. Les limites des mécanismes monistes dans l'encadrement de l'acte de volonté créateur d'angles morts.....	129
Conclusion de la partie.....	165
<i>Seconde partie. Le traitement des angles morts</i>	167
<i>Titre Ier. La réaction face aux effets de l'exercice de volonté individuelle</i>	171
Chapitre I ^{er} . Vocation et portée du rôle du droit international privé dans le traitement des cas comportant des angles morts	173
Chapitre II. L'exploitation des espaces de contestation comme contrepoids au déséquilibre créé par l'exercice individuel de volonté	195
<i>Titre II. La gestion du pluralisme</i>	229
Chapitre I ^{er} . L'imposition de limites aux solutions normatives autonomes.....	235
Chapitre II. La recherche d'un traitement en mesure de mettre en lumière l'objet occulté dans un angle mort.....	255
Conclusion de la partie.....	281
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	283

À Davide.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Les nouvelles technologies dans les transports et dans la communication rendent plus facile la mobilité des personnes et des sociétés, en favorisant l'apparition d'espaces d'échange qui traversent les frontières. Les justiciables sont alors plus susceptibles de se trouver visés par les commandements de plus d'un ordre juridique, ce qui peut être à la fois une source d'incertitudes et une opportunité pour la recherche de solutions mieux adaptées¹. Le fait que des rapports prennent place dans un monde juridiquement hétérogène ne se limite ainsi pas à une description de la diversité des droits étatiques ayant vocation à régir une situation. La pluralité des droits peut aussi être le terrain dans lequel se développent des solutions nouvelles, déclenchées par le souhait de satisfaire un objectif individuel. Cette thèse a pour objet l'encadrement de ces solutions nouvelles, notamment en ce qu'elles affectent des intérêts concurrents (individuels ou collectifs) à ceux du justiciable qui en est à l'origine. Il sera ainsi question du rôle joué par le droit dans la recherche d'un règlement adapté à une réalité nouvelle, qui n'est pas spécifiquement visée par une règle, et dont la gouvernance² est partagée avec d'autres ordres juridiques, sur des questions parfois divergentes. Cette question sera illustrée à l'aide des trois cas présentés ci-dessous.

2. Adrien Jay et Romain Nikhil naquirent en Inde en 2010³. Ils sont les enfants d'une femme indienne, Pushpa, et d'un homme français, Philippe. Ils furent conçus dans le cadre d'une gestation pour autrui, pratique interdite en France. Pour cette raison, les autorités françaises refusèrent de reconnaître leur lien de filiation. En Inde, cependant, leur mère n'avait pas l'intention de les garder. Le refus par le consulat

¹ On reconnaîtra ici, dans la survenance d'ordres contradictoires, le problème central du droit des conflits de lois. Sur les différentes façons de conceptualiser ces conflits (en concurrence abstraite ou concrète ; répartition des lois ou des intérêts privés), v. (D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, Paris : Presses universitaires de France, 2010, n° 329 et s.

² Le terme « gouvernance » fait référence dans cette thèse à la manière par laquelle un pouvoir est exercé afin de gérer une activité ou un comportement.

³ Le cas est inspiré de l'affaire jugée par la Cour d'appel de Rennes le 21 fév. 2012 (*RJPF* 2012, p. 18, note I. CORPART) et par la Cour de cassation le 13 septembre 2013 (*Rev. crit. DIP* 2013.909, note P. HAMMJE ; *D.* 2013.2382, note M. FABRE-MAGNAN ; *Clunet* 2014, p. 134, note J. GUILLAUME).

français en Inde de transcrire l'acte de naissance des enfants eut également pour conséquence de les priver de la nationalité et du passeport français. Dans ces conditions, ils n'auraient pas pu accompagner leur père biologique lors de son retour en France ; du côté maternel, le contrat de gestation pour autrui prévoyait l'abandon de toute prérogative parentale par la génitrice indienne. À la suite d'une décision administrative, qui rendit le voyage possible, les jumeaux purent rejoindre la France et vivre chez leur père. Avant le 3 juillet 2015, l'état du droit français était cependant tel que les enfants auraient en tout cas rencontré des obstacles administratifs, notamment dans l'accès à l'éducation et à la sécurité sociale. Ils n'auraient pas pu se prévaloir de droits successoraux, et leur droit de séjour aurait également été incertain.

3. En 1994, Mme Rado reçut une visite inattendue⁴. Un représentant de la société américaine Paine Webber lui proposa d'ouvrir un compte à New York et d'y faire un versement en dollars. L'accord prévoyait que Mme Rado donne à la société un mandat pour gérer les fonds. Elle espérait avoir fait un bon investissement, mais trois mois plus tard le compte était déjà débiteur. Les fonds avaient été transférés par Paine Webber à une autre société, qui effectua des placements risqués. Mme Rado saisit alors les tribunaux français afin de constater l'irrégularité du transfert, et de rétablir la situation antérieure au contrat. L'acte, rédigé en anglais, contenait cependant une clause compromissaire. Sur le fondement de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, le juge déclina sa compétence. Mme Rado fut invitée à mieux se pourvoir devant le tribunal arbitral qui, selon le contrat, devrait être constitué sous l'égide de la National Futures Association (NFA), aux États-Unis.

4. Maria Aguinda, qui vit avec sa communauté à Lago Agrío, en Équateur, eut son habitat bouleversé par la pollution⁵. Dans les années 1960, la société américaine Texaco obtint une concession pour exploiter du pétrole dans la région amazonienne. Mme Aguinda et sa communauté accusent Texaco d'être à l'origine de la pollution qui contamina les fleuves et la nappe phréatique, multipliant les cas de cancer dans la

⁴ Le cas est inspiré de l'affaire jugée par la Cour de cassation le 30 mars 2004 (*Rev. arb.* 2005, p. 115, note X. BOUCOBZA ; *RTD Com.* 2004, p. 447, obs. E. LOQUIN).

⁵ Sur l'affaire, v. gén. H. MUIR WATT, « *Chevron*, l'enchevêtrement des fors : Un combat sans issue ? ». *Rev. crit. DIP* 2011.339.

région. En 1993, ces personnes, organisées en tant que groupe, formèrent une action aux États-Unis à l'encontre de Texaco. Après neuf ans de procédure, la cour d'appel du deuxième circuit sursit à statuer sur le fondement de l'exception de *forum non conveniens*⁶. En 2003, le groupe représenté par Maria Aguinda intenta alors un nouveau procès, cette fois-ci devant la justice équatorienne. En février 2011, le tribunal de Sucumbios, localisé dans le village de Nueva Loja, reconnut la responsabilité de la société américaine et condamna Chevron, qui eut entre-temps racheté Texaco, à indemniser les victimes⁷. Cette décision fut confirmée en appel en 2012⁸.

Pendant la procédure, Chevron commença un arbitrage à l'encontre de l'Équateur sur le fondement du traité bilatéral d'investissements conclu entre cet État et les États-Unis. La société invoquait un accord conclu entre les parties qui exonérait Texaco de toute responsabilité liée à un dommage environnemental à Lago Agrío⁹. Selon Chevron, la procédure devant les tribunaux équatoriens aurait constitué une violation de cet accord – et des obligations que le traité bilatéral d'investissements faisait peser sur l'Équateur.

Cet arbitrage a suscité l'intérêt de la doctrine et des médias en raison de son objet sensible. Bien qu'elles n'aient pas été parties au litige opposant la société pétrolière et l'État défendeur, les victimes équatoriennes virent leurs droits subir des

⁶ U.S. court of appeals, 2nd circuit, 16 août 2002, *Aguinda v. Texaco*, 303 F.3d 470, 480.

⁷ Corte provincial de justicia de Sucumbios, 14 fév. 2011, *Aguinda v. Chevron Texaco*, n° 2003-0002 (disp. sur: <http://chevrontoxico.com/assets/docs/2011-02-14-Aguinda-v-ChevronTexaco-judgement-Spanish.pdf>).

⁸ Corte provincial de justicia de Sucumbios, 3 janv. 2012, *Aguinda v. Chevron Texaco*, n° 2011-0106 (disp. sur: <http://chevrontoxico.com/assets/docs/2012-01-03-appeal-decision-spanish.pdf>). Le débat plus récent autour de l'affaire Chevron concerne la régularité de cette décision qui, d'après une décision rendue en première instance par la justice américaine, aurait été obtenue par des moyens illicites (U.S. district court southern district of New York, *Chevron corporation v. Steven Donziger et al.*, 4 mars 2014, 11 Civ. 0691 [LAK]). Aux États-Unis, l'affaire est pendante en appel, mais elle a déjà eu un impact sur le développement de la procédure, notamment quant à l'exécution du jugement de 2012 en dehors de l'Équateur. Malgré la gravité des faits discutés devant le tribunal américain et leur influence sur la légitimité de la position des victimes, l'analyse ici n'en sera pas fondamentalement affectée. L'aspect de l'affaire Chevron qui nous intéresse particulièrement est celui lié à l'articulation entre arbitrage d'investissements et justice étatique. Tout en admettant donc cette réserve quant à la régularité du jugement équatorien, qui est toujours discutée en appel, il sera ici question de la situation de victimes qui ont souffert les conséquences de la pollution et qui ne parviennent pas à obtenir justice de manière concrète.

⁹ Le principal de ces accords, signé le 23 mars 1995, peut être consulté en annexe à la première sentence rendue par le tribunal arbitral : Cour permanente d'arbitrage, *Chevron Texaco c. République de l'Équateur*, 17 sept. 2013, PCA Case 2009-23.

répercussions immédiates des décisions prononcées par les arbitres. En effet, après que le tribunal de Nueva Loja eut rendu son jugement, la juridiction arbitrale adressa à l'Équateur, à titre de mesure provisoire, l'ordre de prendre toutes les dispositions nécessaires à la suspension de l'exécution du jugement rendu en première instance, et ce, tant en territoire équatorien qu'à l'étranger¹⁰. Cet ordre fut renouvelé après que le jugement fut confirmé en degré d'appel¹¹. Ainsi, après vingt ans de procédure, un tribunal arbitral ordonna que Maria Aguinda et sa communauté fussent empêchées d'obtenir la réparation que la justice avait dit leur être due¹².

5. Les cas décrits ont en commun le fait de combiner des éléments de différentes origines géographiques et normatives, ce qui contribue à leur complexité. Le principal risque d'une réponse inadaptée à ces questions tient au fait que certains intérêts peuvent échapper à la considération des autorités chargées du pouvoir de prendre des décisions à l'égard de la situation. Ce problème a été rapproché dans le cadre de cette étude à l'idée d'*angle mort*, phénomène optique qui décrit les zones qui échappent au champ de vision d'un observateur (I).

6. Le problème est lié à l'exploitation de la diversité des droits par certains justiciables motivés par le souhait de soumettre leur situation à des règles plus favorables à leurs intérêts¹³. Les angles morts sont ainsi le résultat de cette manipulation

¹⁰ Cour permanente d'arbitrage, *Chevron Texaco c. République de l'Équateur*, décision ordonnant des mesures provisoires, 9 janv. 2011, PCA Case 2009-23.

¹¹ Cour permanente d'arbitrage, *Chevron Texaco c. République de l'Équateur*, première sentence provisoire sur les mesures provisoires, 25 janv. 2012, PCA Case 2009-23.

¹² Sur le débat sur la régularité de la décision qui a reconnu le droit des victimes à indemnisation, v. *supra* note 7.

¹³ Ces intérêts sont liés au projet que le justiciable souhaite réaliser. Il est facile de les identifier dans une optique économique, en prenant par exemple les sociétés qui se déplacent afin de réaliser leur activité à un moindre coût. La réduction du coût de production est liée à l'environnement normatif dans lequel l'activité sera insérée, ce qui comprend le droit du travail, la réglementation en matière environnementale ou le droit fiscal. L'intérêt financier va ainsi de pair avec le choix non seulement d'une loi, mais d'un cadre juridique moins coûteux. Dans le cas des sociétés qui réalisent des investissements, en outre, l'intérêt peut être également stratégique, dans l'accès à une ressource naturelle ou à un certain marché. Le même type d'intérêt de diversifier une activité économique peut être observé dans l'activité d'une entreprise qui offre ses services à des clients étrangers, comme Paine Weber. Les intérêts qu'un justiciable entend faire prévaloir en s'insérant dans un cadre juridique plus favorable ne sont cependant pas exclusivement d'ordre économique. Quoique le prix du service fourni par la mère porteuse

du cadre juridique, en ce qu'elle déstabilise l'équilibre établi par une loi entre intérêts concurrents¹⁴. Pour cette raison, une conceptualisation des angles morts passe par une analyse préalable du rôle des justiciables qui exercent leur volonté de manière *stratégique*, terminologie choisie afin de mettre l'accent sur l'objet du choix, plus concentré sur le contenu des règles que sur la recherche de sécurité juridique (II).

7. D'un point de vue méthodologique dans cette thèse, le problème a été identifié à partir de l'observation de cas dans lesquels une décision prise en conformité avec le droit applicable n'a pas conduit à un règlement satisfaisant. Le critère retenu pour identifier le caractère *insatisfaisant* de ces décisions consiste dans le fait que celles-ci, tout en étant formellement correctes, portent une atteinte disproportionnée à certains des intérêts en présence¹⁵. Ainsi, des enfants dont la parenté est biologiquement établie restent sans filiation ; une consommatrice (démarchée à domicile) pourvue de droits finira probablement par abandonner son projet d'agir en justice ; des victimes qui ont obtenu des tribunaux de leur pays la reconnaissance de leur droit à une réparation sont empêchées par leur propre État de faire exécuter le jugement qui leur avait donné gain de cause. Dans les trois cas, la solution est conforme au droit positif¹⁶ ; elle n'est pas satisfaisante. Le rôle joué par le droit international privé dans l'encadrement des cas comportant des angles morts sera envisagé en guise d'introduction (III).

puisse avoir un impact dans le choix du justiciable, dans l'exemple de la gestation pour autrui l'objectif principal est celui d'avoir un enfant. En évitant l'application d'une loi qui interdit la pratique et en se déplaçant vers un Etat où celle-ci est admise, le justiciable cherche un règlement favorable à des intérêts affectifs liés à la réalisation d'un projet familial.

¹⁴ Cet équilibre n'est pas forcément parfait. Si le résultat commandé par une loi était satisfaisant pour toutes les parties que cette loi affecte, il n'y aurait aucune raison pour essayer d'écarter, ou au contraire de s'y soumettre volontairement. Il suffit cependant dans le cadre de cette étude de constater que le rapport entre ces différents intérêts est le résultat d'un choix assumé par un ordre juridique qui dispose des moyens pour envisager les différents éléments d'une situation et de prendre une décision à leur égard.

¹⁵ En plus des intérêts conduisant les choix du justiciable qui part à la recherche d'une solution plus favorable, une situation peut mettre en cause d'autres intérêts, aussi bien individuels (pensons aux parties autour desquelles s'articule la description des trois cas présentés) que collectifs (la protection de l'environnement et la sauvegarde des intérêts des mineurs, qui dépassent le seul cas des parties).

¹⁶ Ce droit positif dont se réclame expressément la Cour de cassation dans son arrêt du 13 septembre 2013, précité (v. *supra*, note 3, et *infra*, § 27).

Les trois cas qui illustreront les propos de la thèse seront finalement présentés de manière plus détaillée sous l'optique des angles morts s'impose en guise d'introduction (IV).

I. Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène

8. Un angle mort est un espace qui échappe au champ de vision de l'observateur. L'expression peut être utilisée aussi bien par rapport à une zone de tir, désignant un espace protégé par un écran et de ce fait hors la portée du tireur. Dans le langage de la vie quotidienne, on se réfère également aux angles morts pour désigner ceux des espaces situés autour d'un véhicule qui ne peuvent pas être vus par le conducteur. Ce qui se trouve dans un angle mort est exclu de la considération de l'observateur qui s'apprête à prendre une décision (ouvrir le feu, garer la voiture). Cette ignorance peut être à l'origine de conséquences néfastes, aussi bien pour l'observateur (l'assaut de l'ennemi) que pour la personne placée dans un angle mort (un piéton blessé par un véhicule manœuvré en marche arrière). Des technologies ont été développées (des flanquements, des rétroviseurs, des senseurs) afin de réduire ces risques.

Plus il y aura d'obstacles empêchant la vision de l'observateur, plus il y aura d'angles morts. Un terrain au relief accidenté aura plus de zones occultes qu'une plaine sans végétation. De même, on peut volontairement ériger une barrière ou délibérément occulter un objet derrière un obstacle existant, comme un arbre ou un rocher. Certaines conditions, naturelles ou volontaires, augmenteront ainsi le nombre d'espaces qui échappent au champ de vision d'un observateur.

9. L'idée d'angle mort est utilisée, dans le cadre de cette thèse, pour décrire un problème né de la complexité du cadre juridique dans lequel des situations comme celles présentées antérieurement ont lieu. L'angle mort fait référence à l'impossibilité pour l'ordre juridique chargé de prendre une décision d'avoir une vision d'ensemble de la situation. Les conséquences sont de deux ordres : l'inadaptation matérielle de la décision à la spécificité de l'espèce portée devant le juge et l'inadaptation substantielle

d'une décision qui n'est pas en mesure de prendre en compte et d'établir un équilibre parmi les différents intérêts en présence.

10. Ainsi, dans les cas d'Adrien Jay, de Romain Nikhil, de Mme Rado et de Maria Aguinda, des décisions prises en conformité aux règles de droit positif manquent à *atteindre* certains intérêts, ce qui a pour conséquence de produire une solution insatisfaisante¹⁷. Cette idée de la *portée* du *regard* d'un ordre juridique constitue le point de départ de l'observation des angles morts. La possibilité pour un ordre juridique d'exercer son pouvoir sur les effets d'une situation est assimilée, suivant cette logique, à son *champ de vision*¹⁸. Un ordre juridique est en mesure de *voir*, et donc de prendre des décisions à l'égard d'une situation, dès lors que celle-ci est comprise dans le champ d'application de ses lois, ou alors que ses effets sont discutés devant les autorités investies du pouvoir de prendre des décisions en son nom¹⁹. Les différents éléments d'une situation purement interne seront ainsi observés plus facilement, alors que les situations qui s'éloignent du cadre interne pour créer des liens avec des ordres juridiques étrangers risquent d'échapper au champ de vision de l'ordre juridique d'origine. Puisque ce mouvement n'est pas ordonné, le risque pour certains intérêts en présence est surtout celui d'échapper à la considération d'un quelconque ordre juridique, demeurant donc occultés dans un angle mort.

11. La complexité de ces cas est le résultat de l'environnement normatif dans lequel ces rapports se nouent – un *monde juridiquement hétérogène*. La diversité des normes entretenant des liens avec la situation et l'impuissance des mécanismes de coordination face à leurs revendications contradictoires ont pour résultat la soumission du rapport à un cadre juridique segmenté et défaillant. Cette hétérogénéité ne découle pas seulement de la variété d'ordres juridiques étatiques en cause, mais aussi de la participation d'autorités non étatiques (comme les institutions d'arbitrage), et de

¹⁷ Le caractère "insatisfaisant" de la situation étant conçu tel que défini *supra*, § 7.

¹⁸ L'idée remet à la notion de juridiction dans le sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme : « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

¹⁹ Pour une présentation plus détaillée de la transposition de l'idée d'angle mort aux cas concrets, v. *infra*, chap. II (§ 88 et s.).

l'enchevêtrement de corps de règles à l'objet (et aux objectifs) variés qui s'appliquent à une même situation (droit de la famille, droit des contrats, droit administratif, droit de la consommation, droit de l'arbitrage, responsabilité délictuelle, droit des investissements internationaux)²⁰. Ces éléments rendent l'observation de la situation plus difficile. La recherche d'une solution juste, qui considère tous les intérêts en cause, se heurte à des obstacles qui occultent certains éléments de la situation. Afin de rendre le parallèle plus clair, il sera question par la suite de présenter les cas d'Adrien Jay, de Romain Nikhil, de Mme Rado et de Maria Aguinda sous cette optique.

12. Cette présentation des angles morts en tant que conséquence de l'hétérogénéité du cadre juridique rapproche la question de la littérature sur le pluralisme juridique, dans le sens d'une prise en compte de phénomènes normatifs désordonnés et indépendants de l'État, en mettant l'accent sur le caractère chaotique²¹ de leur coexistence. Fruits de ce contexte, les rapports tendent à s'éloigner des modèles connus pour constituer des solutions hybrides pour lesquelles un traitement spécifique fait défaut. Les solutions imposées par les règles étatiques risquent quant à elles d'être insatisfaisantes en raison de leur manque de flexibilité²². La conséquence méthodologique de ce constat consiste dans un changement de perspective dans l'élaboration de réponses normatives, de la recherche de solutions harmonisatrices à des mécanismes permettant, dans la mesure du possible, de prendre acte des conflits inévitables dans ce contexte et de permettre un certain degré de coordination. Ces réponses sont délocalisées ; elles reposent tout d'abord dans la possibilité pour un ordre juridique d'identifier un cas d'angle mort pour, ensuite, adapter ses mécanismes afin de remplir la lacune par rapport à ses propres atteintes et valeurs.

²⁰ L'idée d'*hétérogénéité* empruntée ici peut être rapprochée à celle d'*hybridité* employée par Paul Schiff Berman dans « Global Legal Pluralism », *Southern California Law Review*, vol. 80, 2007, pp. 1155-1238 : « *Les complexités du droit dans un monde d'espaces juridiques hybrides, où un seul acte ou acteur peut être potentiellement régulé par multiples régimes juridiques ou quasi-juridiques* » constituent l'objet de l'étude menée par l'auteur (*Ibid.*, p. 1155).

²¹ L'expression est utilisée par Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano pour décrire l'environnement normatif dans lequel des tribunaux (nationaux ou internationaux) peuvent être appelés à prendre des décisions, en raison de l'enchevêtrement de régimes juridiques aux rationalités divergentes : A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions: The Vain Research for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Michigan Journal of International Law* vol. 25, 2004, p. 999, spéc. p. 1023.

²² Dans le sens présenté *supra*, § 7.

II. L'exercice stratégique de volonté

13. En plus de rendre l'observation des différents aspects d'un rapport complexe plus difficile, l'hétérogénéité est également au cœur de la stratégie d'un justiciable souhaitant « décoller »²³ d'un ordre juridique qui, tout en étant initialement en mesure d'accorder un traitement adéquat à la situation, impose un règlement qui ne lui convient pas. La diversité des solutions peut être exploitée par les justiciables afin de créer un cadre juridique optimal, leur permettant de se procurer un résultat certain et un moindre coût. Dans les trois cas présentés en guise d'introduction, la mobilité de certains justiciables déstabilise le cadre de départ et rend l'observation du rapport plus difficile, en le plaçant sous le domaine de normes aux origines et finalités distinctes qui risquent de se chevaucher, et dont le contact est souvent conflictuel²⁴.

14. Dans un monde juridiquement hétérogène, l'exercice par les justiciables de leur volonté afin de se placer sous le domaine d'un ordre juridique de leur choix est un phénomène inévitable, qui ne cesse d'évoluer. Les angles morts se rangent donc parmi les possibles effets collatéraux de cette liberté. Dès lors qu'il est question des risques que comporte l'exposition des justiciables à ce que certains auteurs appellent un marché de produits normatifs²⁵, il est souvent question du risque de déréglementation résultant d'une *course vers le bas*²⁶ dans laquelle les États s'engageraient en offrant des

²³ Sur l'idée de « décollage » (*liftoff*), v. R. WAI, « Regulatory liftoff and juridical touchdown : the regulatory function of private international law in an era of globalization », *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 40, 2001-2002, pp. 209-274.

²⁴ Le *conflit* oppose, dans ce cas, des orientations contradictoires données par des corps de règles spécialisés dans la sauvegarde d'intérêts précis.

²⁵ V. sur cette question G. P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas et Università di Padova, 2004, § 318 ; H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé : réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions », *RCADI* vol. 307 (2004), pp. 25-383, spéc. p. 51 et s.

²⁶ R. WAI, « Regulatory liftoff and juridical touchdown », *op. cit.*, pp. 254-258. Sur le débat sur la course vers le bas résultant de la concurrence législative, l'auteur cite également D. CHAMY, « Competition Among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules : An American Perspective on the "Race to the Bottom" in the European Communities », *Harv. Int'l L.J.* n° 32, 1991, p. 423 ; L. A. BEBEHUK, « Federalism and the Corporation : The Desirable Limits on

conditions plus attrayantes aux justiciables mobiles. Les angles morts ne présupposent cependant pas un positionnement conscient des États par rapport au choix des justiciables. Il s'agit d'un problème structurel, effet collatéral de la pluralité normative dans laquelle s'insère le rapport et du manque de recours techniques et méthodologiques pour assurer que certains intérêts ne tombent pas dans l'ombre.

Le lien entre l'exercice de volonté et les angles morts relève plutôt du développement, par la volonté individuelle, de solutions nouvelles qui, par la répétition et la professionnalisation des parties qui y participent, posent le problème de leur encadrement.

15. Les justiciables jouent un rôle dans l'évolution des règles qui s'appliquent à eux. En évitant des institutions inefficaces et en développant des solutions plus adaptées, les particuliers participent au changement des « règles du jeu », expression utilisée par Douglass C. North pour décrire les institutions. Celles-ci « *définissent et limitent la gamme de choix des justiciables* » et « *comprennent toute forme de contrainte conçue [...] pour délimiter l'interaction entre particuliers* »²⁷. Les institutions, comme les règles du jeu, fournissent le cadre dans lequel cette interaction a lieu²⁸. Le travail de l'auteur américain, dirigé vers l'analyse économique, avait pour objet les alternatives développées par les particuliers pour rendre leur activité plus productive en écartant les institutions inefficaces et en l'insérant dans le cadre de nouvelles institutions. Les personnes exercent ainsi leur créativité pour développer un

State Competition in Corporate Law », *Harv. L. Rev.* n° 105, 1983, p. 1437 ; W. L. CARY, « Federalism and Corporate Law : Reflections upon Delaware », *Yale L.J.* n° 88, 1978, p. 663 et W. W. BRATTON, « Corporate Law's Race to Nowhere in Particular », *Toronto L.J.* n° 4, 1994, p. 401. V. aussi sur la compétition des droits et le cas spécifique du droit international privé H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.*, pp. 66-71 ; G. P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, *op. cit.*, § 318.

²⁷ D. C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, p. 4: « *institutions define and limit the set of choices of individuals... [they] include any form of constraint that human beings devise to shape human interaction* ». Les institutions, « règles du jeu », sont à distinguer des *organisations* qui, suivant le lexique proposé par Douglass C. North, correspondent aux « joueurs », ceux à qui les règles s'adressent. Le jeu prend place au sein d'un *système*, qui correspond à l'environnement dans lequel l'interaction se déroule. Il n'est pas à exclure que le rapport dépasse les limites d'un seul système, en produisant des effets qui traversent différents environnements.

²⁸ *Ibid.* L'auteur définit les institutions comme un « *framework within which human interaction takes place* ».

cadre alternatif, plus adapté à leurs besoins. Cette évolution est inévitable, dès lors qu'elle est poussée par la recherche individuelle d'un environnement plus favorable.

16. En partant à la recherche de solutions plus favorables en dehors de leurs ordres juridiques d'origine, les parties exercent également une influence sur le cadre juridique de départ. Tout d'abord, de manière plus immédiate, il y a un aspect non seulement de choix d'un ordre juridique dont la loi serait plus favorable aux intérêts du justiciable, mais de mise en commun de règles d'origines distinctes (relevant quant à elles de plus d'une discipline) qui, mises en commun, rendent l'objectif du particulier plus facilement atteignable. Les solutions développées par les parties ont ainsi la particularité de prendre place dans un cadre qui dépasse un ordre juridique, en regroupant des éléments d'origines distinctes²⁹. En combinant ces éléments, les justiciables finissent par développer une solution hybride qui, tout en étant dépendante des systèmes sur lesquels elle s'appuie pour être efficace, évolue par rapport à des principes et à des objectifs qui lui sont propres, et qui peuvent être distincts de ceux de l'institution étrangère à laquelle on a initialement eu recours.

17. Ensuite, en cas de réussite, le succès de la stratégie inspirera d'autres particuliers dans la même situation à emprunter la même voie. La répétition de la pratique, en la perfectionnant et en développant des nouveaux outils, finira par faire évoluer la solution élaborée par les parties dans une règle du jeu sur laquelle d'autres particuliers pourront se baser pour organiser leur rapport. Les institutions font, en effet, partie des attentes collectives d'une organisation³⁰ ; elles consistent ainsi dans des modèles de comportement *observables*³¹. Par exemple, le seul modèle certain qui rend possible à un père d'intention étranger de réaliser une gestation pour autrui en Inde se construit peu à peu, à partir de la pratique, des réussites et des erreurs d'autres particuliers qui ont entrepris le projet avant lui. L'évolution du modèle de

²⁹ K. PISTOR, « Contesting Property Rights: Towards an Integrated Theory of Institutional and System Change », *Global Jurist* vol. 11 iss. 2, 2011, art. 6, p. 7.

³⁰ *Ibid.*, p. 4 ; M. AOKI, *Toward a Comparative Institutional Analysis*, Cambridge : Cambridge University Press, 2001.

³¹ *Ibid.*, p. 4 ; A. GREIF, *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade (Political Economy of Institutions and Decisions)*, Cambridge : Cambridge University Press, 2006.

comportement finira par trouver un moyen pour ces parents d'intention non seulement d'*avoir* l'enfant, mais également de pouvoir *vivre avec* le nouveau-né dans leur État d'origine. Cet objectif échappe à ce qui est poursuivi par l'institution étrangère, tout en allant à l'encontre d'une interdiction de la part de l'État d'origine. Et pourtant, avec le développement de techniques spécifiques, propres à atteindre ce but, cela devient possible.

L'attente des autres membres d'une même organisation (ici, les parents d'intention) s'éloigne ainsi progressivement d'une conclusion incertaine pour se rapprocher d'un dénouement plus sûr, même si contraire aux exigences d'une loi qui s'applique initialement à leur situation. Le comportement d'autres personnes qui se seraient trouvées dans la même situation (et qui partageront leur expérience des véhicules comme internet, des conférences ou la création d'associations) pourra ainsi être reproduit. La prévisibilité du résultat joue un rôle central dans la cristallisation de ces pratiques³², mais dans un cas comme celui-ci, ce qui reste d'aléatoire dans le résultat sera compensé par la volonté du justiciable, et par la puissance de son objectif.

18. La création d'un cadre stable est rendue possible en partie par l'apparition de nouveaux sujets qui contribueront à l'organisation du rapport. Il ne s'agit pas seulement du rôle joué par le conseil juridique³³, mais, dans le cas de la gestation pour autrui, de l'importance d'intermédiaires entre les parents d'intention et la mère porteuse. L'exemple indien met en avant l'importance des cliniques qui non seulement s'occuperont du rapport contractuel entre parents d'intention et mère porteuse, mais fourniront également une structure physique au sein de laquelle les mères porteuses seront accueillies pendant la grossesse. D'autres types d'intermédiaires, encore plus indirects, se sont également développés : il s'agit des agences établies dans un État distinct de celui de la mère d'intention, qui mettront en rapport les parents d'intention (provenant également de l'étranger) et la mère d'intention. Ces agences peuvent également fournir des services de support à la gestation, comme la mise à disposition de

³² V. *infra*, § 38.

³³ D. MCBARNET, « Law, Policy, and Legal Avoidance: Can Law Effectively Implement Egalitarian Policies? », *Journal of Law and Society*, vol. 15, 1988, pp. 113-121, spéc. p. 115 (assimilant l'optimisation fiscale à une sophistiquée « industrie de l'évasion fiscale ») et pp. 118-119 (sur le rôle joué par la profession juridique dans l'évasion à la règle de droit).

gamètes. La professionnalisation de ces intermédiaires, ainsi que la création d'un réseau entre parents d'intention qui ont réussi et qui partagent leur expérience, permettent à d'autres particuliers d'être assez rassurés pour emprunter la même voie.

La stratégie de départ, qui avait pour but de créer une solution indisponible au sein de l'ordre juridique auquel étaient rattachés les justiciables, jouit alors d'un certain degré de certitude à partir de la répétition et de la professionnalisation de la pratique : une *règle du jeu* à part entière³⁴.

19. Ces nouvelles solutions soulèvent la question de leur encadrement. Puisque leur élaboration est guidée par les objectifs des entrepreneurs³⁵ qui sont à l'origine de leur développement, le cadre qui en résulte risque de ne pas prendre suffisamment en compte des intérêts concurrents. En outre, la spécificité et la nouveauté de la solution développée par les particuliers créent un décalage³⁶ entre l'initiative individuelle et une réponse réglementaire de la part des États. Les effets de cette solution sur des intérêts concurrents ne fait donc pas l'objet d'une réglementation spécifique, et leur encadrement dépend des règles et mécanismes existants. Les intérêts qui échappent à l'élaboration de la solution et ne peuvent pas, lors de la réception de ses effets par un ordre juridique, être pris en compte et protégés de manière équilibrée par rapport aux autres intérêts en présence, se trouvent occultés dans un angle mort.

³⁴ Il est ainsi possible de rapprocher les gestations pour autrui étrangères d'une "institution transnationale", à l'image de celles décrites par Katharina Pistor, « Contesting Property Rights: Towards an Integrated Theory of Institutional and System Change », *op. cit.*, p. 8. L'internationalisation de la pratique peut être motivée non seulement par une interdiction à l'État d'origine, mais également par la recherche d'un moindre coût.

³⁵ Les entrepreneurs sont les « agents qui ont un intérêt dans des structures institutionnelles spécifiques, et qui mobilisent des ressources qui peuvent être employées afin d'influencer des règles institutionalisées, soit en employant ces ressources pour supporter des institutions existantes, soit en les utilisant pour la création de nouvelles institutions » : J. BECKERT, « Agency, Entrepreneurs and Institutional Change. The role of strategic choice and institutionalized practices in organizations », *Organization studies*, vol. 20, 1999, pp. 777-799, spéc. p. 781 ; P. DIMAGGIO, « Interest and agency in institutional theory », in L. ZUCKER (ed.), *Institutional patterns and organizations*, Cambridge : Ballinger, 1988, pp. 3-32.

³⁶ D. MCBARNET, « Law, Policy, and Legal Avoidance: Can Law Effectively Implement Egalitarian Policies? », *op. cit.*, p. 114 : « at the most general level of all is the notion of lag: law is just too slow to keep up with the pace of changing economic reality » (c'est nous qui soulignons).

III. Les angles morts et le droit international privé

20. Les angles morts sont une conséquence de la possibilité pour les justiciables d'exercer leur volonté de manière *stratégique* afin de tailler sur mesure une solution normative plus adaptée à leur situation. Différemment du cadre interne, au sein duquel les règles du jeu sont déjà sur la table, les activités qui dépassent les frontières ne sont pas immédiatement soumises à un ensemble cohérent et identifiable de règles. Plutôt que d'élaborer leur stratégie à partir de règles préétablies, les justiciables jouent. Les effets pervers du jeu ne seront identifiés qu'à la fin de la première mi-temps. Et en l'absence d'un corps de règles univoque auquel faire appel, la mise en place *a posteriori* des règles du jeu est susceptible de failles qui peuvent peser sur la sauvegarde de certains intérêts. Les réponses qu'un ordre juridique peut adresser aux angles morts sont ainsi liées aux questions classiques de conflit, de lacune, de cohérence et de coordination, d'où le rôle qui peut être joué par le raisonnement de droit international privé.

21. L'identification d'un cadre normatif qui dépasse les limites étatiques, en se dotant d'une certaine autonomie, peut être également rapprochée de celle de systèmes fonctionnels à rationalité³⁷ propre, telle que théorisée par Niklas Luhmann³⁸ et reprise par la suite par Gunther Teubner³⁹, afin de réfléchir à un « droit des conflits entre systèmes ». Chaque régime ainsi théorisé, à l'image des institutions, « *dépass[e] les frontières territoriales et se constitu[e] globalement. Ce processus n'est pas limité aux seuls marchés, mais comprend également la science, la culture, la technologie, la santé, l'armée, le transport, le tourisme et le sport, ainsi que – sous une forme nettement plus récente– la politique, le droit et le système de l'État-providence, dont chaque logique de*

³⁷ Le terme « rationalité » fait référence aux objectifs propres à chaque système ou régime, qui découlent du type d'activité qui est exercée dans ce cadre et des personnes qui en font partie. Les décisions prises au sein de ces régimes seront guidées par une rationalité commune, qui peut entrer en conflit avec la rationalité d'un régime voisin. Il est ainsi possible de distinguer un but de productivité et d'augmentation des échanges internationaux de l'objectif de protection de l'environnement ; la protection de la propriété intellectuelle de l'accès à la technologie ; la sauvegarde des droits de l'homme du combat au terrorisme, etc.

³⁸ N. LUHMANN, *Die Gesellschaft Der Gesellschaft*, 2^e éd., Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1997, p. 133.

³⁹ G. TEUBNER, *Law As An Autopoietic System*, Oxford/Cambridge: Blackwell, 1993.

développement a aujourd'hui taillé un système mondial autonome »⁴⁰. Il demeure ainsi possible de rapprocher le raisonnement en termes d'institutions à une approche sociologique, qui dépasse l'aspect normatif des *règles du jeu* pour se concentrer davantage sur les *joueurs*, mais qui revient, de toute manière, à se placer depuis une perspective pluraliste.

22. La présentation des régimes comme cadre d'analyse alternatif à l'État a eu pour principal apport de mettre en avant les collisions qui résultent des objectifs antagonistes poursuivis par différents régimes. Il devient ainsi difficile de faire coexister un but de prévisibilité et de sécurité juridique, indispensable aux rapports économiques, et un but de justice matérielle qui peut être identifié dans la protection des droits fondamentaux. La tension qui existe entre différents régimes risque de conduire à la neutralisation réciproque des objectifs antagonistes⁴¹. L'environnement dans lequel le régime évolue, qui peut être rapproché de l'idée de système dans le lexique proposé par Douglass C. North, jouera un rôle dans le contrôle des effets néfastes de ces collisions, en exigeant de chaque régime un objectif et une pratique légitimes⁴². Il s'agit d'un autre point en commun entre l'analyse en termes de régimes fonctionnels et celle basée sur les institutions : ce qui conduit un système à accepter un certain corps de règles du jeu est l'existence d'une source de légitimité commune (légalité ; efficacité économique ; justice matérielle ; etc.)⁴³.

23. Face à ces collisions, il a été suggéré que le droit international privé, conçu en tant que *droit des conflits*, puisse fournir des outils pour résoudre les difficultés propres au chaos normatif révélé par le changement de perspective proposé par Gunther

⁴⁰ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *RIDE* 2013, pp. 187-228, spéc. p. 193.

⁴¹ *Ibid.*, p. 194 : « À travers leur propre clôture opérationnelle, les systèmes fonctionnels mondiaux créent une sphère pour eux-mêmes dans le cadre de laquelle ils sont libres d'intensifier leur propre rationalité sans égards aux autres systèmes sociaux ou, en effet, à leur environnement naturel et humain ».

⁴² N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, *op. cit.*, p. 133.

⁴³ K. PISTOR, « Contesting Property Rights: Towards an Integrated Theory of Institutional and System Change », *op. cit.*, pp. 8-12.

Teubner⁴⁴. Le conflit dont il est question ici ne se situe cependant pas sur le même plan que le conflit opposant deux ordres juridiques étatiques sur le contenu matériel de leurs règles. Pour cette raison même, il est stérile de répondre au constat du conflit avec une méthode d'inspiration *conflictuelle*, dans le sens d'une méthode d'inspiration savignienne, fondée sur des règles bilatérales de rattachement⁴⁵. Le raisonnement de droit international privé contribue, certes, à apporter des réponses à cette problématique, mais encore faut-il qu'il distingue parmi les méthodes de la discipline celles compatibles avec une approche pluraliste, indispensable pour une pleine compréhension du problème⁴⁶. En effet, si le « *dialogue des sources* » caractérise le droit international privé de l'avenir⁴⁷, il est encore difficile d'ouvrir les données classiques du conflit (opposant les règles de droit privé de deux États) au-delà du conflit entre « *les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux* »⁴⁸.

24. Au-delà d'une source d'inspiration dans la conceptualisation théorique des collisions de régimes, le droit international privé positif constitue *un* parmi les régimes qui participent à l'encadrement des situations⁴⁹. En matière de gestation pour autrui, par exemple, il n'est pas seulement question de la reconnaissance du lien de famille, mais également de l'entrée de l'enfant sur le territoire français, ainsi que de l'accès en Inde des parents d'intention et de la légalité du procédé dans l'État où l'enfant sera conçu et

⁴⁴ Cette piste est brièvement présentée par l'auteur dans l'article écrit avec Andreas Fischer-Lescano, *op. cit.*, et fait l'objet d'un développement plus approfondi dans l'ouvrage *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, 2012. Pour une analyse du rôle joué par le droit international privé dans la littérature contemporaine sur le pluralisme juridique, v. H. MUIR WATT, « Conflict of laws unbounded : the case for a legal-pluralist revival », étude présentée à l'Université de Cambridge, disponible sur : http://www.law.cam.ac.uk/repo-documents/pdf/events/PILConf/muir_watt.pdf

⁴⁵ Dans le même sens, v. A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions: The Vain Research for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *op. cit.*, p. 1000 ; G. TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁶ V. dans ce sens H. MUIR WATT, « Conflict of laws unbounded : the case for a legal-pluralist revival », *op. cit.* Sur les méthodes pluralistes de droit international privé, v. D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. Phil. Droit*, 2005, pp. 275-316.

⁴⁷ E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne », *RCADI* vol. 251 (1995), pp. 1-267, spéc. p. 259.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ R. WAI, « Transnational private law and contestation in global economic governance », in D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, H. MUIR WATT (eds.), *Private international law and global governance*, Oxford : Oxford University Press, p. 34 et s., spéc. p. 45.

mis au monde. L'exemple de Mme Rado illustre la tension qui peut opposer la sauvegarde des droits de parties faibles au besoin de prévisibilité et d'autonomie propres au droit de l'arbitrage. Le cas de Maria Aguinada et de sa communauté se trouve quant à lui au centre d'un difficile dialogue entre le droit (étatique) régissant la responsabilité délictuelle et les traités qui protègent les investisseurs, dans un cas d'atteinte grave aux droits des personnes qui soulève également des questions relatives aux droits de l'homme. Ces différents corps de règles fournissent chacun leurs propres orientations aux parties. La complexité du cadre juridique dans les cas analysés est ainsi liée à la multiplicité de règles (d'origines variées) qui prennent part dans l'encadrement de la situation, et dont les orientations se révèlent contradictoires.

IV. Présentation sous l'optique des angles morts des cas choisis pour illustrer le propos

25. La théorie des angles morts est née de l'observation de cas difficiles. Cette thèse est donc le résultat de l'analyse de ces cas, de la recherche de points communs et de meilleures solutions. Deux observations sont à faire à propos de ce choix méthodologique.

Tout d'abord, cette étude poursuit une finalité, parmi les travaux sur le pluralisme juridique, distincte d'une analyse plus abstraite ayant pour objet l'identification (et la légitimité) de nouvelles formes de normativité en dehors de l'État. Sans nier la nécessité de développer des mécanismes qui retiennent une approche pluraliste⁵⁰, il sera ici question de prendre la diversité des droits en tant de donnée

⁵⁰ Pour une analyse de ces mécanismes depuis la perspective de leur contribution au droit global, v. P. S. BERMAN, « Global Legal Pluralism », *op. cit.*, p. 1164 : « *le développement de mécanismes procéduraux, d'institutions et de pratiques pluralistes peut être une stratégie utile pour gérer, sans éliminer, l'hybridité* » (c'est nous qui traduisons). « L'hybridité » du cadre juridique est quant à elle une donnée structurelle, que même des mécanismes qui ne poursuivraient pas l'objectif de la « gérer » ne seraient pas en mesure « d'éliminer ». Le risque demeure cependant qu'un raisonnement qui n'incorpore pas cette donnée faille à tenir compte de certains aspects de la situation, et conduise ainsi à une solution peu adaptée, comme il sera illustré avec les cas qui seront présentés dans les paragraphes 2 et suivants. En s'abstenant de reconnaître l'hybridité, la décision a tout de même un impact sur l'équilibre des droits en présence et la résolution des conflits entre commandements opposés. En pratique, comme l'affirme Phocion Francescakis dans le préface de *l'ordre juridique* de Santi Romano, « *ce que fait en réalité le droit international privé... c'est gérer un pluralisme juridique* » : S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2002, pp. XV-XVI.

structurelle⁵¹, et d'examiner les conséquences sur les rapports entre justiciables de l'interaction entre ces différentes formes de normativité. L'accent sera donné aux « *micro-interactions entre systèmes normatifs différents* »⁵² dans la mesure où ces interactions déstabilisent le cadre juridique dans lequel un rapport prend place.

Ensuite, la possibilité de revenir sur les mêmes cas au fil de la présentation de la thèse permet d'identifier ceux parmi leurs éléments qui posent plus des difficultés, ainsi que de tester des possibles réponses afin d'envisager une issue valable dans d'autres cas présentant la même structure. La familiarisation avec les cas de ces quatre justiciables permet en outre au lecteur de, au fur et à mesure de la lecture, établir des liens entre le propos et les cas présentés, le but étant celui de rendre l'exposition plus claire.

Les cas choisis présentent l'avantage de, dans la durée, être passés par plusieurs étapes. Il est ainsi possible, en les analysant, d'identifier de manière plus concrète le procès de création des angles morts, ainsi que les réponses juridiques permettant de traiter leurs conséquences ou au contraire d'aggraver le déséquilibre parmi les intérêts en présence. Afin de mieux identifier ces différentes étapes, ces cas seront présentés par la suite sous l'optique des angles morts, en commençant par les jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil (A), pour ensuite s'intéresser au cas de Mme Rado (B), avant de finalement envisager le cas de Maria Aguinda (C).

⁵¹ L'idée de la diversité de droits en tant que donnée structurelle permet ainsi d'identifier dans une règle une « offre » juridique qui rencontre la « demande » d'un justiciable qui pourrait en favoriser. Ce vocabulaire invoque la question de l'existence d'un *marché des produits normatifs*, et des limites qui peuvent être posées à l'activité des justiciables qui exploitent « *les interstices, les "poches" de non-droit ou plutôt "d'anti-droit" que laissent subsister les défauts de coordination des systèmes en présence* » (G. P. ROMANO, « Les justiciables face à la comparaison des droits : vers la démocratisation d'un droit savant ? », in : E. CASHIN RITAINE, L. FRANCK, S. LALANI, *Legal Engineering and Comparative Law [Ingénierie juridique et le droit comparé] : Rapports préparés par les collaborateurs ISDC à l'occasion du 25e anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne*, Tome 1. Genève : Schulthess, 2008, pp. 95-139, spéc. p. 132). Plutôt que de plaindre le fait que ce phénomène existe, il sera pris en question de le prendre tel qu'il est et d'essayer de mieux encadrer ses conséquences, sans devoir forcément sanctionner l'exploitation de ce marché et sans attendre des accords internationaux permettant de remplir ces « poches » de non-droit. Le droit international privé n'est alors que « *l'équilibre final du jeu de ces forces opposées, le "précipité" de leur intersection enchevêtrée* » (G. P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, *op. cit.*, § 318 : c'est nous qui traduisons).

⁵² P. S. BERMAN, « Global Legal Pluralism », *op. cit.*, p. 1168.

A. Adrien Jay et Romain Nikhil, les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui.

26. Quand Philippe, le père d'Adrien Jay et de Romain Nikhil, Français et domicilié en France, envisagea d'avoir un enfant en recourant à une mère porteuse, l'ordre juridique français le lui interdisait. En prenant la décision d'aller en Inde mettre en œuvre son projet, Philippe est sorti du champ de vision de l'ordre juridique français. En effet, aucune loi ou décision ne lui empêchaient de partir, et l'interdiction mise en place par l'article 16-2 du Code civil n'était pas concrètement prise en compte par l'ordre juridique indien dans l'encadrement des effets de la gestation pour autrui réalisée sur son territoire⁵³. Par la soumission de la situation à la loi indienne⁵⁴, il a été possible non seulement de conclure la convention de gestation pour autrui, mais aussi d'établir le certificat de naissance des enfants, où Philippe figure en tant que père. Il était alors l'heureux parent de jumeaux. Du moins l'était-il en Inde.

Quand Philippe soumet au consulat français la demande de transcription du certificat de naissance des enfants, il revient dans le champ de vision de l'ordre juridique français. Il produit un certificat de naissance régulier – il est bien le père des enfants et la mère, Pushpa, est bien celle qui leur a donné naissance. Le consulat est cependant suspicieux. Le père et la mère se connaissent à peine. Ils ne parlent pas la même langue. Et il est désormais courant que des Français viennent en Inde pour avoir

⁵³ Cette solution en droit indien a évolué. Tout d'abord, la possibilité pour les parents d'intention étrangers de faire reconnaître le lien de filiation avec l'enfant a été imposée en tant que condition pour l'obtention d'un visa médical (permettant aux parents d'intention de se rendre en Inde afin de réaliser la gestation pour autrui). Plus récemment, cette solution a été abandonnée au profit d'une interdiction générale de la gestation pour autrui réalisée pour le compte de parents d'intention étrangers: <http://boi.gov.in/content/surrogacy>. Cette interdiction regarde non seulement l'obtention d'un visa par les parents d'intention étranger, mais également l'autorisation de sortie de l'enfant né en Inde d'une mère porteuse. Les circulaires émises par le *Ministry of Health and Family Welfare* d'Inde peuvent être consultées sur le lien <http://www.dhr.gov.in/latest%20Govt.%20instructions%20on%20ART%20Surrogacy%20Bill.pdf>.

⁵⁴ On ignore si l'établissement de la filiation en Inde a suivi un raisonnement sur la loi applicable, mais il est fort probable que cette question n'ait pas été abordée (sur cette tendance, v. gén. G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : Développements en matière d'état des personnes ». *Rev. crit. DIP* 2006.457). En tout cas, une fois que la gestation pour autrui est licite en Inde, que l'enfant y est né et que la mère est indienne, l'application unilatérale de la loi indienne n'aurait point été exorbitante. En outre, d'après le droit international privé français, mises à part les exceptions de fraude à la loi et d'ordre public international, la loi personnelle de la mère aurait régi la filiation en vertu de l'article 311-14 du Code civil.

recours à la gestation pour autrui. La transcription du certificat de naissance finit par être refusée en raison de l'interdiction de la pratique qui est à l'origine de la naissance des deux enfants. La seule raison justifiant le déplacement de Philippe aurait été son intention de contourner l'interdiction imposée en droit français.

En conséquence de la décision du consulat, Adrien Jay et Romain Nikhil ne peuvent pas accéder à la nationalité française. Ils sont bloqués en Inde, et leur mère n'avait pas le projet de les élever. Le rapport en général revient dans le champ de vision de l'ordre juridique français, mais la situation des enfants (sanctionnés en raison d'une manœuvre de la part de leur père pour éviter une interdiction qui avait pour objet de protéger la mère porteuse) lui échappe. Le déplacement du père l'avait éloignée de la portée de l'ordre juridique français dans un premier lieu, et la sanction de la manœuvre du père d'intention ignore les intérêts propres aux jumeaux nés à l'étranger.

27. Si le cas des enfants avait été plus dramatique, par exemple s'ils étaient définitivement restés bloqués en Inde, abandonnés par leur mère et dans l'attente d'une adoption, leur intérêt supérieur ne serait peut-être pas resté occulté. Mais des décisions administratives, qui imposent au consulat de fournir aux enfants des documents de voyage, finissent par rendre possible que les jumeaux rejoignent leur père en France. À ce moment-là, ils n'y étaient pas reconnus en tant que les enfants de leur père d'intention, et leur droit de séjour à l'avenir demeurait incertain. La famille pouvait, toutefois, vivre ensemble. L'intérêt des enfants Adrien Jay et Romain Nikhil a été méconnu, mais il ne l'a pas été au point de contraindre le juge à adapter sa décision en accordant à l'intérêt supérieur des enfants son juste poids dans une mise en balance avec l'intérêt collectif qui sanctionne la fraude et le recours à une mère porteuse. Le 13 septembre 2013, avant donc que la Cour de Strasbourg ne se soit prononcée en la matière, la Cour de cassation concluait : « *en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes des deux premiers textes susvisés* »⁵⁵.

⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 13 septembre 2013, préc.

B. Mme Rado, la consommatrice signataire d'une clause compromissoire.

28. Au moment de la visite du représentant de la société Paine Webber à son domicile, Mme Rado est protégée en tant que consommatrice par la loi française. Le choix d'une loi étrangère dans le contrat d'ouverture de compte qu'elle signe avec la société américaine n'aurait pas dû faire obstacle au caractère impératif de cette protection. Toutefois, le contrat contenait également une clause compromissoire. Quand, après avoir perdu le montant investi, Mme Rado saisit les tribunaux français, ceux-ci renvoyèrent les parties à mieux se pourvoir⁵⁶. Comme dans le cas d'Adrien Jay et de Romain Nikhil, où il est indéniable que le refus de reconnaissance porte atteinte à leur intérêt supérieur, dans l'affaire de Mme Rado le juge admet que la partie est « *non commerçante* », et que le litige peut mettre en cause des « *règles d'ordre public international [...] spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige* ». Il aurait cependant incombé à l'arbitre de se prononcer sur cette question⁵⁷.

Le contrat stipulait qu'en l'absence d'accord des parties sur la désignation d'un arbitre unique, le tribunal serait constitué sous l'égide de la National Futures Association, institution établie aux États-Unis. Sans remettre en cause la légitimité de la National Futures Association, le fait pour Mme Rado de devoir initier un arbitrage aux États-Unis a eu une influence fondamentale sur son accès matériel à la justice⁵⁸. Quoiqu'il ne soit pas possible de connaître le sort précis de la consommatrice, on peut constater par les informations publiées par l'association qu'aucune sentence n'a été prononcée dans un arbitrage opposant Mme Rado à la société Paine Webber⁵⁹.

⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, préc.

⁵⁷ La National Futures Association est spécialisée dans l'arbitrage de litiges opposant consommateurs aux sociétés membres de l'association. Le fait donc pour Mme Rado d'être consommatrice ne devrait pas en soi faire obstacle à l'arbitrabilité du litige en application du Code d'arbitrage de la National Futures Association (disponible sur : <https://www.nfa.futures.org/nfamanual/NFAManual.aspx?Section=5>).

⁵⁸ Sur cette solution, v. not. E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles ». *TCF.DIP*, 2004-2006, pp. 135-164 ; Ch. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre ». *Gaz. Pal.*, n° 349, 15 déc. 2007, p. 5, § 14.

⁵⁹ Il est possible, depuis le site de la National Futures Association, de prendre connaissance de la liste de litiges auxquels a été partie chaque société adhérent à cette institution. Parmi les

29. Ainsi, malgré le fait que le juge ait reconnu des éléments de l'affaire qui auraient pu mettre en cause l'arbitrabilité du litige, le principe de compétence-compétence l'obligea à décliner sa compétence au profit de l'arbitre. La stipulation d'une clause compromissoire écarta la situation de la portée de l'ordre juridique français, malgré le fait que la loi française vise, et protège, Mme Rado en tant que consommatrice. Dès lors qu'il est question du champ de vision d'un ordre juridique, il ne suffit ainsi pas de se limiter aux cas auxquels la loi étatique veut s'appliquer ; encore faut-il que la loi puisse, concrètement, imposer ses conditions. Si dans le cas des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil le déplacement vers un autre État crée un obstacle à l'application de la loi française, dans le cas de Mme Rado c'est le recours contractuel à l'arbitrage qui écarte la situation de la portée de la loi française. Dans le premier cas, l'interdiction de la gestation pour autrui s'imposa au moment de la reconnaissance, au prix toutefois de s'appliquer à des parties dont les intérêts ne sont pas suffisamment pris en compte (les enfants). Dans le second, toutefois, la possibilité de *second regard*⁶⁰ de la part du juge français, tout en ne risquant pas les effets collatéraux observés dans les cas de gestation pour autrui, demeure essentiellement virtuelle. Le risque principal est celui que la procédure n'ait jamais lieu, pour des raisons telles que la distance, la langue et le coût, ainsi que le délai de deux ans imposé par l'association au consommateur qui entend initier une procédure arbitrale⁶¹.

Ces aspects ne furent cependant pas pris en compte par le juge français, qui s'abstint d'adapter la solution préconisée par l'effet négatif du principe de compétence-compétence. La spécificité du cas, qui met en cause une partie faible, ne fit pas l'objet d'une analyse concrète et satisfaisante, et les intérêts de Mme Rado restèrent occultés dans un angle mort.

différentes entités du groupe Paine Webber (y compris après le rachat de la société par le groupe UBS), il y a eu en tout six arbitrages les opposant à des consommateurs. Paine Webber a été demandeur dans une affaire et défendeur dans les cinq autres. Toutes les sentences ont été en faveur de la société, qui a dans un seul cas été condamnée à payer une partie de ce qui était demandé par le consommateur (US\$ 5.880,84 de US\$ 150.000,00), dans une décision de 1990. Pour plus d'informations : <https://www.nfa.futures.org/basicnet/SearchResults.aspx?type=firm&firm=PAINE+WEBBER>.

⁶⁰ Reprenant la formule utilisée lors de l'affaire *Mitsubishi* : Cour suprême des États-Unis, 2 juillet 1985, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614, 637 n19, 105 S. Ct. 334446, 87 L. Ed. 2d 444 (1985).

⁶¹ Code d'arbitrage de la National Futures Association, préc., section 5.

C. Maria Aguinda, la victime d'un dommage causé par une société étrangère empêchée par un tribunal arbitral d'obtenir l'exécution du jugement étatique qui lui reconnaît un droit à compensation.

30. Le litige qui oppose Maria Aguinda et son groupe à Chevron, par son étendue et sa complexité, est pluriel en ce qui concerne la dynamique de création d'angles morts. Au cœur de la question, l'ordre juridique des États-Unis tout autant que celui de l'Équateur reconnaissent le droit pour ces parties de faire juger leur cause par un tribunal. Bien que la preuve des agissements qui ont été à l'origine de la pollution de la région de Lago Agrío soit encore discutée devant les tribunaux américains⁶², les parties qui allèguent un préjudice doivent avoir les moyens de le démontrer et, si la responsabilité de la société est établie, d'en obtenir réparation.

31. Un premier obstacle s'interpose entre Maria Aguinda et le juge saisi de la demande en réparation dès la première phase du contentieux, lors du procès opposant les victimes à Texaco devant les tribunaux américains⁶³. Après neuf ans de litige, la Cour d'appel du deuxième district accueillit le moyen soulevé par la société, selon lequel les tribunaux équatoriens étaient mieux placés pour juger l'affaire. La justice américaine opposa ainsi une exception de *forum non conveniens* à la demande de Maria Aguinda et de son groupe, invitant les parties à mieux se pourvoir en Équateur. Cette exception procédurale, fondamentalement déduite de la bonne administration de la justice, peut, comme dans le cas de Mme Rado, affecter de manière déterminante l'accès des victimes à une réparation adéquate. Dans l'affaire opposant la société américaine Union Carbide aux victimes d'intoxication par isocyanate de méthyle lors de l'accident de Bhopal en 1984, par exemple, le renvoi des victimes à la justice indienne conduisit à un accord entre la société et l'État indien pour un montant nettement inférieur à leur préjudice effectif⁶⁴. La décision du tribunal d'éloigner la situation de sa

⁶² V. *supra*, note 7.

⁶³ *Aguinda v. Texaco*, préc. note 5.

⁶⁴ U.S. court of appeals, 2nd circuit, 14 janv. 1987, *In re Union Carbide Corporation gas plant disaster at Bhopal, India in December, 1984*, 809 F.2d 195, 55 USLW 2401, 89 a.l.r. fed. 217,

portée, à la suite d'un raisonnement concentré sur la proximité entre le tribunal et l'affaire, eut donc un impact concret sur le traitement accordé à la situation.

32. Texaco négocia la mise en place d'un deuxième obstacle au droit à réparation des victimes quand la procédure aux États-Unis était en cours. Entre 1994 et 1998, Texaco conclut une série d'accords avec l'Équateur pour la « *réparation de l'environnement et la libération des obligations* »⁶⁵. Aux termes de ces accords, Texaco s'engageait à nettoyer les puits abandonnés depuis la cessation des activités d'extraction de pétrole, en échange de la libération par l'Équateur de sa responsabilité pour dommages à l'environnement⁶⁶.

Quand les parties présentèrent leur demande à la justice équatorienne, à la suite de la décision américaine de *forum non conveniens*, Chevron, qui racheta Texaco en 2001, invoqua l'accord pour s'opposer à l'ouverture du procès. Le juge équatorien écarta cependant cet argument, et la procédure se poursuivit. La justice finit par reconnaître la responsabilité de la société américaine, et la condamna à verser aux victimes une réparation d'un montant de 18 milliards de dollars (une décision ultérieure réduisit cette somme à 9,5 milliards de dollars).

33. En 2009, Chevron saisit une juridiction arbitrale d'une demande contre l'Équateur, en s'appuyant sur les accords de réparation et de libération de 1994 et de 1998 et sur le traité bilatéral d'investissements conclu entre l'Équateur et les États-Unis d'Amérique. Dans le cadre de cet arbitrage, Chevron demanda et obtint que le tribunal ordonne des mesures provisoires visant à préserver le *statu quo*⁶⁷ – troisième obstacle occultant les droits des victimes. Le contentieux équatorien avançait désormais vers sa

17 *Envtl. L. Rep.* 20, 580 ; Supreme court of India, 14 fév. 1989, *Union Carbide Corporation v. Union of India and others*, JT 1989 (1) 296 1989 SCALE (1) 380.

⁶⁵ V. *supra* note 8.

⁶⁶ L'article 5.1 de l'accord stipule que « à la date de souscription de ce contrat et considérant l'accord de Texpet pour réaliser le Travail de Réparation Environnementale, [...] le Gouvernement et Petroecuador libéreront, acquitteront, et déchargeront Texpet pour toujours ».

⁶⁷ L'arbitrage était régi par le règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), qui dans son article 26 reconnaît le pouvoir pour le tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires afin de « *préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché* ».

phase finale. Les mesures provisoires avaient pour objectif d'empêcher qu'un éventuel jugement établissant la responsabilité de Chevron puisse être exécuté avant la décision finale du tribunal arbitral quant aux effets de l'accord conclu entre la société et l'Équateur.

En pratique, cette procédure arbitrale, à laquelle sont parties la société et l'État équatorien, empêche les victimes d'être indemnisées. Les mesures provisoires ordonnent à l'Équateur de « *prendre toutes les mesures disponibles pour suspendre ou faire suspendre l'exécution ou la reconnaissance au sein de l'Équateur et à l'étranger de tout jugement à l'encontre de [Chevron] dans l'affaire de Lago Agrio* »⁶⁸. Tout en étant conforme aux conditions prévues à l'article 26 du règlement de la CNUDCI, applicable à la procédure, cette décision a un effet immédiat sur les droits de Maria Aguinda et de son groupe, qui ne furent pas pris en compte par le tribunal arbitral⁶⁹.

34. Le contentieux qui suivit, aussi bien sous l'égide de la Cour permanente d'arbitrage que face aux tribunaux des États où l'*exequatur* du jugement équatorien fut demandé, eut pour objet les conditions dans lesquelles ce jugement fut rendu. La situation des victimes est hors la portée d'une considération approfondie de la part des juges ou arbitres qui prennent ces décisions. Le cas de l'arbitrage d'investissements opposant la société américaine à l'Équateur est particulièrement parlant en ce que la perspective limitée de l'arbitre n'est pas uniquement le résultat du type de demande soumise au juge, mais également du nombre de sources qui peuvent servir de fondement pour la décision d'un tribunal qui tire sa compétence d'un traité bilatéral d'investissements. Le mode de raisonnement propre à l'arbitrage d'investissements limite ainsi en soi la portée du regard de l'arbitre vers l'intérêt des parties qui, tout en n'étant pas présentes au procès, en sont directement affectées. Il est possible d'assimiler le regard de l'arbitre à celui d'un individu atteint de la vision de tunnel – les intérêts des victimes lui échappent en tant que tels, car périphériques à l'objet central des règles qui

⁶⁸ Décision ordonnant des mesures provisoires, préc. note 9, p. 3.

⁶⁹ Les victimes ne sont pas uniquement exclues de manière métaphorique. Leur participation au procès n'est pas comprise dans le système en tant que tel, dès lors qu'elles ne sont pas parties à la convention d'arbitrage. En outre, même si l'ordre est adressé à l'État, la sanction d'une éventuelle exécution du jugement pèserait de toute manière sur les comptes publics et, par conséquent, sur sa population.

servent de fondement à la compétence du tribunal arbitral : la protection de l'investisseur.

35. En proposant une perspective alternative à l'analyse de ces cas difficiles, la théorie des angles morts a l'intérêt de contribuer aussi bien à une littérature plus large sur la gouvernance d'activités transnationales qu'au règlement pratique des cas qui atteignent une autorité chargée de prendre une décision à leur égard. Premièrement, en conceptualisant un problème qui découle de l'interaction entre fragmentation juridique et volonté individuelle. Ensuite, en analysant les réponses données en droit positif à ces problèmes depuis le point de vue des intérêts en présence, et notamment de ceux occultés dans un angle mort.

À la suite de l'identification des mécanismes qui conduisent à la création d'angles morts (**Première partie**), il sera possible de s'interroger sur les moyens permettant leur traitement (**Seconde partie**).

Première partie.
La création des angles morts

36. Dans cette partie, il sera question de l'origine de l'angle mort. L'acte individuel de volonté y joue un rôle déterminant, en déstabilisant le cadre juridique de départ par l'inclusion d'éléments étrangers ou appartenant à des régimes⁷⁰ concurrents. Un **Titre I^{er}** aura pour objet les modalités de cet exercice de volonté et son impact dans la création des angles morts, qui seront présentés de manière plus détaillée. Une fois le problème identifié, le **Titre II** s'interrogera sur l'efficacité des instruments juridiques qui peuvent servir à encadrer *a priori* l'exercice de volonté, dans la mesure où un tel encadrement éviterait la création d'angles morts.

⁷⁰ Sur le sens du mot "régime" dans ce contexte, v. *supra*, § 21.

Titre Ier. Le rôle de la volonté individuelle dans la création d'angles morts

36. Dans les cas analysés en guise d'introduction, l'aspect critiquable des solutions rendues à l'égard d'Adrien Jay, de Romain Nikhil, de Mme Rado et de Maria Aguinda résulte d'une règle formellement applicable, mais inadaptée au cas concret. La règle qui l'emporte dans le traitement de l'affaire ne tient pas compte de manière équilibrée des différents intérêts en présence, ce qui conduit à un résultat insatisfaisant⁷¹. Ainsi, le refus de reconnaissance de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger, tout en étant justifié par l'ordre public et la sauvegarde de la dignité de la mère porteuse, fait abstraction des intérêts de l'enfant. Les aspects procéduraux des décisions prises dans le cadre de l'affaire opposant la communauté de Maria Aguinda à Chevron poursuivent un but de prévisibilité et d'efficacité économique, objectifs chers à l'investisseur, mais incapables de prendre en compte la situation de victimes d'externalités créées par l'activité. Finalement, la prévisibilité et la promotion du commerce international se rangent parmi les principaux objectifs sous-jacents au droit de l'arbitrage, qui demeure toutefois inadapté dès lors que sont en cause les droits de parties non professionnelles, signataires de clauses compromissaires stipulées dans un contrat d'adhésion. La spécificité des cas, et le fait que le conflit sous-jacent ne soit pas pris en compte par les règles applicables, conduit ainsi à l'absence d'une solution adaptée.

Il sera par la suite question de l'origine de cette spécificité: la créativité d'un justiciable qui élabore une solution plus favorable à ses intérêts, en prenant la distance nécessaire par rapport à l'ordre juridique auquel il se trouve initialement rattaché (**Chapitre I^{er}**). Le développement de ces solutions sur mesure a pour conséquence la création de zones d'ombre dans le traitement des rapports internationaux : des espaces pour lesquels l'absence d'une réglementation compréhensive des différents intérêts en présence fait défaut, ce qui conduit à un règlement insatisfaisant (**Chapitre II**).

⁷¹ Dans le cadre de cette étude, le caractère *insatisfaisant* d'un règlement découle de l'absence de prise en considération et de mise en balance des différents intérêts en cause, conduisant à un résultat qui, tout en étant conforme à la règle appliquée, porte une atteinte disproportionnée à l'un (ou plusieurs) de ces intérêts. V. *supra*, § 7.

Chapitre I^{er}. L'initiative individuelle de changement du cadre juridique : la recherche d'un résultat favorable et certain par le recours à une stratégie internationale.

37. La soumission volontaire par les justiciables de leur situation à un cadre juridique plus favorable est un phénomène inévitable, que l'évolution des moyens de transport et de communication ne fait qu'accélérer. Les justiciables sont conduits par le souhait de trouver une alternative à un cadre institutionnel qu'ils considèrent insatisfaisant ou inefficace.

Il est possible de réaliser un bref parallèle entre la manipulation du cadre juridique et la théorie économique sur le changement institutionnel. Cette dernière a pour objet les processus qui conduisent à l'évolution des institutions, dynamique dans laquelle les entrepreneurs, qui prennent l'initiative d'élaborer des nouvelles solutions, jouent un rôle important⁷².

38. Les institutions sont les *règles du jeu* de l'interaction en société⁷³. Il s'agit des briques⁷⁴ qui structurent un système social, en coordonnant l'interaction entre les différents sujets qui en font partie. Il se peut cependant que les joueurs ne soient pas satisfaits de ces règles, et décident de jouer autrement. Ces joueurs seront alors à l'origine d'un mouvement qui contribuera, peu à peu, à un changement des règles de départ. Les éléments qui déclenchent le changement institutionnel ont fait l'objet d'études notamment en fonction du lien entre la modification des institutions et le développement économique du système en son entier⁷⁵. De même, les institutions peuvent offrir un espace de contestation au sein duquel il est possible, par une nouvelle

⁷² Sur le concept d'entrepreneur, v. *supra*, § 19 et note 31.

⁷³ Ce parallèle a été proposé par Douglass C. North, v. *supra*, § 15.

⁷⁴ Briques qui, même après avoir été posées, peuvent être réutilisées dans la construction d'une différente maison : K. PISTOR, « Contesting Property Rights: Towards an Integrated Theory of Institutional and System Change », *op. cit.*, p. 8.

⁷⁵ L'étude précurseur est celui de l'économiste D. C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, *op. cit.*

interprétation des règles, d'intervenir sur leurs effets⁷⁶. La direction du changement institutionnel peut également ne dépendre que d'une stratégie individuelle, conduite par la recherche de bénéfices⁷⁷, et dont les effets sur le système sont plus aléatoires.

Quoi qu'il en soit, il est possible d'identifier dans le comportement du justiciable qui exerce sa volonté afin de soumettre sa situation à un cadre juridique plus favorable non seulement le manque de satisfaction avec les règles qui s'appliquent à son cas, mais également la mise en place d'une solution alternative qui pourra être à l'origine d'un vrai changement normatif. De ce point de vue, les justiciables mobiles sont des entrepreneurs.

39. Avant de dépenser des ressources et de prendre le risque de ne pas obtenir ce qu'il souhaite, le justiciable doit tout d'abord être en mesure d'anticiper ses chances de succès. Pour cette raison, la prévisibilité du résultat joue un rôle central dans l'élaboration de la stratégie individuelle⁷⁸. Or ce qui permet aux justiciables de jouir d'une certaine sécurité juridique sont justement les règles du jeu qu'ils veulent écarter. Ce rapport contradictoire entre d'un côté la recherche d'institutions sûres sur lesquelles baser une stratégie et de l'autre le souhait de changer les règles de départ a été mis en avant par Jens Beckert comme l'un des obstacles au changement institutionnel. Cette contradiction est une conséquence du rapport entretenu entre l'entrepreneur et son système. Plus une institution est intégrée dans le système et reconnue en tant que telle par la société, plus l'entrepreneur risque de faire face à une réaction négative de la part de l'environnement dès lors qu'il voudra s'écarter de la règle⁷⁹.

⁷⁶ V. dans ce sens K. PISTOR, « Contesting Property Rights: Towards an Integrated Theory of Institutional and System Change », *op. cit.*

⁷⁷ L'exercice stratégique de volonté est celui qui consiste dans « *la tentative systématique d'atteindre des objectifs par l'application planifiée et raisonnée de moyens* » (c'est nous qui traduisons) : J. BECKERT, « Agency, Entrepreneurs and Institutional Change », *op. cit.*, p. 782.

⁷⁸ Sur le lien entre certitude et exercice stratégique de volonté, v. J. BECKERT, « Agency, Entrepreneurs and Institutional Change », *op. cit.*, pp. 182-183 : « *only if there is a sufficiently high correlation between ends and the means applied to achieve these ends does purposeful action make a predictable difference for outcomes. Strategic choice in this sense needs relatively stable (social) environments in which means-ends relationships are recognizable* ».

⁷⁹ Sur le rapport entre l'environnement et la stabilité des institutions face à l'exercice stratégique de volonté par les entrepreneurs, v. *ibid.*, pp. 791-793.

40. L'internationalisation de la stratégie permet en revanche au justiciable d'avoir recours à des institutions étrangères dont les résultats sont consolidés, sans pour autant devoir créer une pratique nouvelle et moins sûre dans son environnement social de départ. Ce type de comportement peut être observé dans la soumission volontaire par les justiciables de leur situation à une loi étrangère leur permettant d'obtenir un résultat injoignable au sein de leur ordre juridique d'origine. Dans les cas observés antérieurement, cette stratégie est celle suivie par le père d'intention des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil, qui exploite la certitude offerte par le recours à une mère porteuse dans un système qui tolérait la pratique⁸⁰ (**Section Ière**). Ce cas illustre également les limites de cette stratégie, qui risque d'être confrontée à des obstacles au moment de la reconnaissance de ses effets. Une **Section II** aura alors pour objet l'exploitation des conflits qui vont outre la diversité entre droits étatiques, stratégie qui peut également être observée dans les cas de Mme Rado et de Maria Aguinda.

Section Ière. La soumission volontaire à des institutions étrangères: l'exemple de la gestation pour autrui internationale.

41. La nécessité d'un cadre certain pour qu'un justiciable soit encouragé à se lancer dans la recherche d'une solution alternative peut être comblée par le développement d'une stratégie internationale. En effet, si une attaque frontale à une institution légitime peut être à l'origine d'une réaction négative de la part de l'environnement auquel le justiciable est rattaché, il demeure possible de recourir aux règles d'un système distinct, dont les membres acceptent la pratique, en s'y soumettant volontairement. La dimension internationale d'une stratégie permet ainsi au justiciable d'écarter l'application des règles du jeu locales, à savoir celles en place dans l'État où il est établi, et de se soumettre aux règles d'un autre ordre juridique. Les institutions étrangères offriront, au moins dans un premier moment⁸¹, la certitude de succès dont le justiciable a besoin pour avancer dans son projet.

⁸⁰ L'Inde a depuis interdit la gestation pour autrui pour le compte de couples étrangers, v. *supra*, note 49.

⁸¹ Un justiciable, surtout dans une position comme celle du parent d'intention qui souhaite avoir recours à une mère porteuse, doit également prendre en compte le risque de refus de reconnaissance du rapport créé à l'étranger, s'il souhaite revenir sur le territoire de l'ordre

42. L'exemple des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil, envisagé depuis la perspective de leur père d'intention, illustre cette dynamique. La gestation pour autrui est interdite en France. Le recours à une mère porteuse sur le territoire français, tout en violant directement cette interdiction, comporte des grands risques pour le père d'intention. Il serait tout d'abord passible d'une sanction pénale⁸². En outre, dans l'hypothèse où la mère porteuse se refuse de lui rendre l'enfant, ou profite de sa vulnérabilité pour lui demander un montant supérieur à celui initialement prévu, il ne pourra pas faire appel aux règles du jeu, inexistantes, pour sauvegarder ses intérêts. Enfin, l'interdiction de la gestation pour autrui demeure un trait culturel, l'expression d'une certaine conception des libertés fondamentales dans le domaine des rapports familiaux. Le père d'intention qui aurait choisi d'engager une mère porteuse malgré l'interdiction prévue à l'article 16-7 du Code civil risque de ne pas pouvoir compter sur la solidarité de la société en cas de dérive malheureuse de son entreprise. En envisageant ces risques, le père est découragé d'oser défier les règles qui interdisent la maternité de substitution. La certitude dont il a besoin pour développer une solution alternative fait défaut.

43. En Inde, en revanche, la gestation pour autrui ne fait pas encore l'objet d'une réglementation spécifique. La pratique n'est cependant pas interdite, et la société locale tolérerait, au moment où les jumeaux ont été conçus, la maternité de substitution pour le compte d'étrangers⁸³. En l'absence de règles spécifiques, le recours à une mère porteuse est organisé sur le fondement d'une autre institution – le droit des contrats. La stipulation des conditions et des obligations réciproques des parties à une gestation pour

juridique d'origine. Or au moment où Adrien Jay et Romain Nikhil sont nés en Inde, même une recherche superficielle aurait permis au père d'intention de comprendre que les chances de reconnaissance du lien de filiation par la Cour de cassation étaient réduites à l'éventualité d'un revirement de jurisprudence avant la conclusion du processus en Inde. Toutefois, au moins dans un premier moment, il aura suffi de se soumettre au droit indien pour avoir, matériellement, un enfant dans les bras (et un lien de filiation établi à l'étranger). D'autres éléments complétaient ce cadre de départ pour garantir, même avant le revirement de jurisprudence opéré le 3 juillet 2015, que le père biologique puisse vivre en France avec les enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger, et réaliser ainsi au moins en partie son souhait de parentalité. À ce propos, v. *infra*, § 76 et s.

⁸² En application des articles 227-12 et 227-13 du Code pénal.

⁸³ Solution qui a été modifiée depuis, v. *supra*, note 49.

autrui suffisent, ainsi, pour procurer la certitude nécessaire, sans pour autant heurter l'environnement dans lequel le contrat sera exécuté.

44. Évidemment, il n'est pas possible d'envisager le recours à la certitude offerte par une institution étrangère sans prendre en compte les conditions dans lesquelles la situation créée à l'étranger pourra exercer des effets sur le territoire de l'ordre juridique de départ. Dans le cas des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil, où l'état de la jurisprudence française indiquait au contraire un échec certain, la stratégie de se rendre à l'étranger pouvait être complétée par l'exploitation des contradictions au sein de l'ordre juridique français, qui feront plus tard l'objet d'une analyse détaillée⁸⁴. Toutefois, l'obstacle de la reconnaissance ultérieure du lien de filiation pouvait également être incorporé dans le *choix* de l'État où la gestation pour autrui serait réalisée. En effet, une analyse empirique des décisions françaises selon l'origine de l'acte de naissance permet de conclure que certains modèles de gestation pour autrui ont plus de chances de conduire à une reconnaissance du lien de filiation que d'autres. Ainsi, face à l'incertitude d'avoir l'enfant reconnu en France, il n'était pas suffisant de vérifier le contenu des règles étrangères ; des éléments accessoires étaient essentiels pour déterminer les chances de succès de la stratégie poursuivie par le père d'intention. En effet, le type d'encadrement réservé à la gestation pour autrui a un impact non négligeable sur les démarches à suivre pour l'établissement de l'acte de naissance et sa reconnaissance en France (**Paragraphe Ier**). On peut observer que les chances de succès sont directement liées à l'opacité du procédé suivi (**Paragraphe II**).

Paragraphe Ier. Les solutions institutionnelles au-delà de la règle applicable au rapport de droit privé : l'importance des règles et pratiques accessoires au rapport principal.

45. Dans un échantillon réunissant 23 décisions rendues en appel et en Cassation en matière de reconnaissance des effets de gestations pour autrui réalisées à l'étranger

⁸⁴ V. *infra*, § 76 et s.

entre 2007 et 2015⁸⁵, il est possible d'identifier les principaux États d'origine des enfants : l'Inde, le Minnesota, la Californie, la Russie et l'Ukraine. À partir de ces données, on peut procéder à une distinction des cas selon les chances de succès de la pratique réalisée dans chacun de ces pays.

À cet égard, il est fondamental de tenir compte du fait qu'à part une décision isolée en 1990, où la Cour d'appel de Paris a reconnu les effets de l'adoption plénière par la mère d'intention d'un enfant né aux États-Unis⁸⁶, la jurisprudence française a toujours été hostile à la reconnaissance des effets en France d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Cette position n'a changé qu'à la suite d'une décision de la Cour de Strasbourg ayant retenu que le fait pour l'enfant de n'avoir pas sa filiation établie en France portait atteinte à son droit à une vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁷. Le revirement de jurisprudence qui a suivi cette décision a, certes, eu un impact sur la manière par laquelle les personnes qui souhaitent avoir recours à une mère porteuse organisent leur départ vers un ordre juridique qui admet la gestation pour autrui. Il n'a cependant pas complètement basculé

⁸⁵ Les arrêts ont été sélectionnés à partir d'une recherche exhaustive sur les bases de données Légifrance et Lexisnexis. Le choix d'exclure les juridictions de première instance est motivé par le difficile accès à toutes les décisions rendues, et de l'intérêt relatif d'inclure seulement certaines de ces décisions dans l'analyse. La période a été sélectionnée à partir d'une courbe de la fréquence des décisions, après avoir identifié que les décisions sont plus concentrées dans cette période et suivent des lignes de raisonnement plus homogènes. Puisque l'élément central de la question posée était la réaction des tribunaux, les arrêts relatifs à une même affaire, jugée en appel et en cassation, ont été indexés deux fois, afin de distinguer la solution en appel de celle en cassation. Cet échantillon ne fait référence qu'aux décisions rendues par les tribunaux judiciaires qui se sont prononcés sur les effets de la gestation pour autrui sur la filiation des enfants. Les arrêts sont : Rennes, 30 nov. 2015, pourvoi n° 14-01043 ; Rennes, 28 sept. 2015, pourvoi n° 14-05537 ; Rennes, 28 sept. 2015, pourvoi n° 14-07321 ; Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, n° 14-21323 ; Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 15-50002 ; Rennes, 16 déc. 2014, référé dans Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 15-50002 ; Rennes, 15 avril 2014, pourvoi n° 13-0147 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, pourvoi n° 13-50005, *Rev. crit. DIP*, 2014.619, note S. BOLLEE ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, pourvoi n° 12-18315 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, pourvoi n° 12-30138 ; Rennes, 15 janv. 2013, référé dans Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, préc. ; Rennes, 8 janv. 2013, pourvoi n° 12-01538 ; Rennes, 21 fév. 2012, pourvoi n° 11-02758 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66486 ; Rennes, 29 mars 2011, pourvoi n° 10-02646 ; Rennes, 10 janv. 2012, pourvoi n° 11-01846 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17130 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19053 ; Paris, 18 mars 2010, pourvoi n° 09-11017 ; Douai, 14 sept. 2009, pourvoi n° 07-02201 ; Paris, 26 fév. 2009, pourvoi n° 07-18559 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, pourvoi n° 07-20468 ; Paris, 25 oct. 2007, pourvoi n° 06-0057.

⁸⁶ Paris, 15 juin 1990, *Dr. enfance et fam.* 1990.1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *D.* 1990.540, obs. BOULANGER ; *JCP* 1991, éd. G, II, p. 21653 note B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU.

⁸⁷ CEDH 26 juin 2014, *Mennesson c. France et Labbassée c. France*, *Rev. crit. DIP* 2015.144, note S. Bollée ; *D.* 2014.1797.

les considérations qui peuvent être faites au moment de ce choix, dès lors que l'ouverture demeure restreinte à une catégorie de justiciables (le père d'intention génétiquement lié à l'enfant), et que la pratique développée dans certains États peut avoir plus de poids sur le choix individuel que la réglementation locale à proprement parler.

46. Tenant compte de ces éléments, on procédera à la distinction de deux modèles de gestation pour autrui par rapport aux chances de succès que chaque modèle offriraux parents d'intention dans les différents moments de la jurisprudence française. D'un côté, un cadre dans lequel le recours à la mère porteuse est souvent précédé par un jugement d'adoption ou par un accord sur l'autorité parentale antérieur à la naissance de l'enfant (A). De l'autre, un modèle où l'acte de naissance est directement établi au nom des parents d'intention, sans qu'il ne soit toujours possible d'identifier le recours à une mère porteuse (B).

A. Les gestations pour autrui réalisées en Californie et au Minnesota.

47. La certitude joue un rôle fondamental dans l'élaboration du plan de se déplacer afin d'obtenir un résultat plus favorable. À cet égard, le recours à une mère porteuse dans un ordre juridique où la pratique est diffuse, et où d'autres parents d'intention français ont antérieurement réalisé leur projet d'avoir un enfant peut être encourageant. Toutefois, le contrôle judiciaire, les accords notariés entre les parties et les jugements précédent l'établissement de la filiation de l'enfant rendent visible le recours à la gestation pour autrui. Le débat judiciaire au moment de la reconnaissance du lien de filiation sera alors nécessairement concentré autour de la régularité de la pratique, ainsi que d'une éventuelle fraude réalisée par les parents d'intention⁸⁸.

⁸⁸ Ce qui distingue ce type de décisions de celles où le débat se place surtout sur le terrain de la preuve du recours à une mère porteuse, v. *infra*. § 64 et s.

48. Dans trois arrêts du 6 avril 2011⁸⁹, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la reconnaissance en France de liens de filiation établis aux États de Californie et du Minnesota entre des couples français et des enfants nés d'une mère porteuse. Aucun des deux États fédérés en cause ne disposait d'une réglementation spécifique de la gestation pour autrui, mais les tribunaux acceptaient d'en reconnaître les effets⁹⁰.

Dans l'État de Californie, où la loi autorise la procédure de gestation pour autrui sous contrôle judiciaire, un jugement intervient avant la naissance des enfants afin d'établir leur filiation à l'égard des parents d'intention. Le père d'intention, qui est souvent le père génétique de l'enfant, figure en tant que tel sur l'acte, alors que la mère d'intention y est indiquée en tant que « mère légale ». Dans l'État du Minnesota, où la procédure est moins encadrée, le processus se déroule en trois étapes. Avant la naissance, le père d'intention procède, de son côté, à la reconnaissance de l'enfant, alors que la mère porteuse (et, le cas échéant, son mari) manifeste sa volonté de l'abandonner dès sa naissance.

Ce cadre n'est pas tout à fait complet, puisqu'il laisse les modalités du processus à la discrétion des parties, qui en prévoient les conditions contractuellement. Des dispositions impératives du droit local limitent la liberté contractuelle, en prévoyant par exemple le nombre d'embryons implantés, la possibilité de choisir le sexe de l'enfant, l'interruption volontaire de grossesse⁹¹, etc. Il reste en outre possible que la mère

⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, *Azjner, Mennesson et Labassée*, *Rev. crit. DIP* 2011.722, note P. HAMMJE.

⁹⁰ Sur ce type de régime de la gestation pour autrui, v. K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, « General report on surrogacy », in : K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International surrogacy arrangements : Legal regulation at the international level*, Oxford, Portland : Bloomsbury, pp. 449-451.

⁹¹ La possibilité pour un père d'intention d'exiger que la mère porteuse mette fin à la grossesse à l'égard de certains parmi les embryons implantés fait l'objet d'un contentieux devant la Los Angeles Superior Court. La mère porteuse s'est opposée à la demande, et a saisi les tribunaux californiens pour demander que la loi locale sur la gestation pour autrui soit déclarée inconstitutionnelle (en violation avec le 14^e Amendement, *due process*). Elle a par la suite demandé la garde des trois enfants. Ceux-ci ont cependant été éloignés de la mère porteuse dès leur naissance, sur le fondement d'un certificat de naissance préalablement dressé au profit du père d'intention. Selon les documents du procès, ce dernier est un homme célibataire de 50 ans qui réside avec ses parents en Géorgie. V. sur l'affaire M. GOLDBERG, « Is a surrogate a mother ? A battle over triplets raises difficult questions about the ethics of the surrogacy industry and the meaning of parenthood », *Slate*, 15 fév. 2016, disp. sur : http://www.slate.com/articles/double_x/doublex/2016/02/custody_case_over_triplets_in_california_raises_questions_about_surrogacy.html ; C. Langford, « After fighting abortion demand, surrogate mom demands custody », *Courthouse News Service*, 4 fév. 2016, disp. sur :

porteuse refuse d'abandonner l'enfant, donnant origine à un contentieux classique quoique de plus en plus rare⁹².

49. À la fin du processus, l'acte de naissance de l'enfant sera dressé en indiquant non pas la mère porteuse, mais les parents d'intention. La paternité qui en résulte ne pose normalement pas de difficultés, dès lors que le père d'intention est dans la plupart des cas le père génétique de l'enfant. La mère d'intention, cependant, figure sur l'acte de naissance alors que, quoiqu'elle puisse être également la mère biologique de l'enfant⁹³, il ne s'agit pas de la femme à lui avoir donné naissance.

Les parents d'intention français qui ont recours à une gestation pour autrui dans l'État du Minnesota ou en Californie peuvent demander que le lien de filiation produise des effets en France aussi bien par la transcription de l'acte de naissance étranger dans les registres de l'état civil français que par une reconnaissance du jugement d'adoption ou encore par la possession d'état.

50. Dans les arrêts de 2011, les demandes formées par les parents d'intention ont été écartées par la Cour de cassation sur le fondement de l'ordre public international français⁹⁴. Il s'agissait de la position de la jurisprudence française avant la décision de la

<http://www.courthousenews.com/2016/02/04/after-fighting-abortion-demand-surrogate-mom-demands-custody.html>.

⁹² V., pour un récit d'un tel contentieux et sa rareté, en raison notamment de la systématisation du processus par l'intermédiaire d'agences, M. HANSEN, « And Baby Makes Litigation: As Surrogacy Becomes More Popular, Legal Problems Proliferate », 97 *ABA Journal* 52 (2011).

⁹³ Le modèle de gestation pour autrui le plus courant – parce que le plus sûr – est le modèle dit « gestationnel » (de l'anglais *gestational*), où la mère de substitution porte un embryon issu des gamètes des parents d'intention ou, si cela n'est pas possible, de ceux d'un donneur. La mère porteuse n'a ainsi aucun lien biologique avec l'enfant, à part le fait de lui avoir donné naissance, ce qui a des effets psychologiques et juridiques importants. En effet, dans le cas où elle refuse de rendre l'enfant aux parents d'intention, ceux-ci risquent davantage de perdre l'enfant si la mère porteuse est aussi la mère biologique (suivant ledit modèle « traditionnel » de gestation pour autrui). Certains avocats refusent même de se charger de tels cas, comme il a été démontré par les propos recueillis par Mark Hansen dans son article *op. cit.*

⁹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, *Azjner*, préc. : « est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux

Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Menesson et Labassée*⁹⁵ : un refus strict de reconnaissance du lien de filiation résultant d'une gestation pour autrui. L'interdiction de la pratique en France par les articles 16-7⁹⁶ et 16-9⁹⁷ du Code civil servait de fondement à ces décisions, où le recours à une mère porteuse étrangère était assimilé à une fraude et n'était pas réputé conciliable avec l'ordre public international français. Ce raisonnement était le même face à la reconnaissance de l'acte de naissance étranger, du jugement d'adoption ou encore des effets de la possession d'état. Il suffisait la preuve (apportée par le ministère public) du recours à une mère porteuse pour que les parents d'intention soient déboutés de leur demande de reconnaissance du lien de filiation. Face à ces décisions, donc, le fait que la gestation pour autrui soit apparente augmente le risque de refus de reconnaissance ; d'où l'intérêt de comparer les chances de succès du type de pratique qui vient d'être présenté aux gestations pour autrui réalisées dans des pays où l'acte de naissance est dressé directement au nom des parents d'intention, et la pratique n'apparaît pas immédiatement aux yeux des autorités.

B. Les gestations pour autrui réalisées en Inde, en Ukraine et en Russie.

51. La gestation pour autrui n'est pas encadrée de la même manière en Ukraine, en Russie et en Inde. Alors que dans les deux premiers États la pratique fait l'objet d'une réglementation⁹⁸, en Inde un corps de règles encadrant la gestation pour autrui de manière spécifique fait défaut⁹⁹. Les rapports entre parents d'intention et mères

termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ». Le même attendu est répété lors de l'arrêt *Menesson*, du même jour, et une altération marginale l'adapte aux circonstances du troisième arrêt de la journée, *Labassée*, fondé sur la possession d'état.

⁹⁵ CEDH 26 juin 2014, *Menesson c. France et Labassée c. France*, préc. Les familles *Menesson* et *Labassée* étaient elles-mêmes parties aux arrêts du 6 avril 2011.

⁹⁶ Code civil, art. 16-7, créé par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994, *JORF* 30 juillet 1994, art. 3 : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

⁹⁷ Code civil, art. 16-9, créé par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994, *JORF* 30 juillet 1994, art. 3 : « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public ».

⁹⁸ La réglementation en Ukraine est cependant plus détaillée qu'en Russie, v. K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, « General report on surrogacy », *op. cit.*, pp. 451-454.

⁹⁹ Sur le cadre normatif indien, v. *ibid.*, pp. 444-449.

porteuses y sont régis par un contrat tripartite conclu entre les deux et la clinique qui organise le procédé. Le contrat reste soumis au régime de droit commun des contrats, sans pour autant faire l'objet de conditions spécifiques par rapport aux prérogatives de la mère porteuse¹⁰⁰ ou au jugement par lequel la filiation est reconnue à l'égard des parents d'intention.

52. En ce qui concerne l'accès par l'enfant à la citoyenneté et la possibilité pour celui-ci d'accéder au territoire de l'État d'origine des parents d'intention, il est important de souligner que l'Inde et l'Ukraine ne prévoient pas, au contraire des États-Unis, une règle fondée sur le *jus soli* pour l'attribution de la nationalité. Ainsi, un enfant né en Californie ou au Minnesota aurait pu accéder à des documents –américains– lui permettant de voyager avec les parents d'intention, malgré un possible refus opposé par le consulat de France à la transcription de l'acte de naissance. En revanche, un enfant né en Inde ou en Ukraine risque davantage de se trouver empêché de quitter l'État de naissance afin de rejoindre ses parents d'intention. Dans la plupart de ces cas, la mère porteuse n'est pas intéressée par l'enfant, et les parents d'intention ne peuvent pas, pour des questions d'immigration (au-delà des contraintes professionnelles), rester sur place pour s'en occuper. Selon Dominique Mennesson, l'un des parents d'intention dans les affaires jugées le 6 avril 2011 par la Cour de cassation, les autorités françaises conseillaient à ce moment-là « *d'abandonner les enfants aux organismes locaux d'adoption* »¹⁰¹. Cette situation a évolué à la suite de la circulaire Taubira¹⁰², qui invite les consulats à concéder le certificat de nationalité française aux enfants dont la filiation

¹⁰⁰ Les directives données aux cliniques de reproduction assistée par le Ministère de la Santé constituent la principale source de réglementation sont.

¹⁰¹ D. MENNESSON, « L'impact sur la vie des enfants en l'absence de reconnaissance officielle des actes de naissance établis après GPA à l'étranger », conférence présentée le 6 avril 2013 à la Mairie du III^e arrondissement de Paris, disp. sur : <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/614.pdf>, p. 6.

¹⁰² Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – état civil étranger, NOR : JUSC1301528C (dite circulaire Taubira) : J.-R. BINET, « Circulaire Taubira – ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP (G)* n° 7, 11 févr. 2012, p. 161 ; N. MATHEY, « Circulaire Taubira – entre illusions et contradictions », *JCP (G)* n° 7, 11 févr. 2012, p. 162.

avec un français peut être établie à l'étranger, malgré les soupçons de recours à une mère porteuse¹⁰³.

53. Le principal trait commun à la pratique de la gestation pour autrui en Inde, en Ukraine et en Russie consiste dans le fait que, au moment où l'enfant viendra au monde, l'acte de naissance sera rédigé en indiquant directement le nom des parents d'intention. Il n'y a donc pas une mention expresse du fait que l'enfant soit le fruit d'une gestation pour autrui. Dans la jurisprudence française ayant précédé la décision de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, la discussion dans ce type de cas était concentrée sur la preuve du recours à une mère porteuse, distinction qui justifie pourquoi certaines destinations seraient à préférer, en raison de leurs chances de succès, du fait de l'opacité du recours à une mère porteuse aux yeux des autorités qui doivent se prononcer sur la transcription de l'acte de naissance étranger.

Paragraphe II. L'influence des caractéristiques de l'institution choisie sur la décision finale des tribunaux

54. Une différence essentielle entre les gestations pour autrui réalisées en Californie et au Minnesota d'un côté, et en Inde, en Russie et en Ukraine de l'autre, concerne l'opacité du processus. Les différentes étapes et le passage par un jugement rendent la procédure réalisée dans les États américains transparente aux yeux des autorités. En Californie et au Minnesota, l'établissement d'un acte de naissance mentionnant directement les parents d'intention n'évite pas l'existence d'une convention de mère porteuse, et cette dernière n'est même pas contestée par les parties. En revanche, dans le cas d'un enfant né en Inde ou en Ukraine, il ne ressort pas toujours clairement des circonstances que l'enfant est en réalité né d'une mère porteuse.

55. Avant les arrêts du 3 juillet 2015¹⁰⁴, alors que la position de la Cour de cassation à l'égard de la reconnaissance des effets d'une gestation pour autrui réalisée à

¹⁰³ Sur la contradiction entre les décisions administratives et judiciaires en matière de gestation pour autrui et la manière par laquelle cette contradiction peut être exploitée par les parents d'intention, v. *infra*, § 76 et s.

l'étranger était encore celle d'un refus systématique, la principale question dans le contentieux opposant les parents d'intention au ministère public concernait la preuve du recours à la pratique. En effet, avant de sanctionner les parents d'intention et de refuser de reconnaître le lien de filiation, encore fallait-il démontrer que l'enfant était né d'une mère porteuse.

Dans ces affaires, l'argumentation factuelle pouvait alors être extrêmement détaillée, comme l'on peut observer dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes le 23 mars 2011¹⁰⁵. Le premier indice de gestation pour autrui mis en avant par le parquet fut l'absence de mention du nom de la mère sur l'acte de naissance, alors que l'accouchement sous X est interdit en Inde. Ensuite, il attira l'attention sur le désintérêt de la mère pour les enfants, ainsi que sur le doute qui pouvait exister quant à l'existence d'un rapport réel entre les deux parents. Sur ce dernier point, l'enquête n'est pas superficielle : le ministère public constate que les deux ne parlent pas de langue commune, et méconnaissent les intérêts l'un de l'autre. La Cour d'appel souligne surtout que « *le ministère public est d'autant plus fondé à s'interroger sur la réalité de cette relation au regard du PACS conclu par Monsieur X... avec Monsieur A... et enregistré le 6 juin 2005, union qu'il semble aujourd'hui vouloir justifier par "son retour miraculeux du tsunami"* ».

Malgré tous ces soupçons, la Cour d'appel a tout de même retenu que le ministère public ne présentait pas suffisamment de preuves démontrant que l'enfant était né à la suite d'une gestation pour autrui. Ce qui ne constitue pas l'admission implicite du recours à la gestation pour autrui par un parent français s'étant rendu à l'étranger, mais atteste, tout simplement, l'incapacité administrative de l'État à mettre en œuvre sa propre politique législative, qui au moment de cette décision était encore celle d'un refus systématique de reconnaissance des filiations résultant de la pratique. Concrètement, cette solution sanctionnait plus facilement les parents d'intention qui se seraient rendus dans un État où le recours à une mère porteuse ne pouvait pas être occulté aux yeux des autorités françaises.

¹⁰⁴ Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 14-21323 et n° 15-50002, *Clunet* 2016, p. 103, note J. GUILLAUME.

¹⁰⁵ Rennes, 29 mars 2011, n° 10-02646, *Droit de la famille* 2012, p. 21, note C. NEIRINCK.

56. On ajoute à cette différence de traitement le fait que la rémunération des mères porteuses en Inde et Ukraine est moins élevée qu'aux États-Unis, ce qui peut conduire à encourager un déplacement vers ces pays. Avec un moindre coût et plus de chances de succès, se trouvait ainsi favorisé un procédé qui, selon les mots du ministère public, « [s'inscrit] dans le contexte particulier d'un très fort développement en Inde des conventions de gestation pour autrui et de l'émergence d'un "tourisme procréatif" », et concerne possiblement des « filières organisées », dès lors que « dans les différents dossiers de mères porteuses dont le Parquet a eu à connaître, les accouchements ont tous eu lieu dans le même hôpital [...] et que les tests ADN ont été pratiqués dans le même laboratoire »¹⁰⁶.

57. Le revirement de jurisprudence opéré le 3 juillet 2015 par la Cour de cassation réduit l'impact du choix du lieu où la gestation pour autrui sera réalisée sur les chances de succès des parties, surtout en ce qui concerne la reconnaissance du lien de filiation par leur État d'origine. Le déplacement vers un État où le recours à une mère porteuse saute moins aux yeux demeure toutefois une considération nécessaire pour certains justiciables qui ne sont pas contemplés par l'ouverture de la jurisprudence.

En effet, l'arrêt du 3 juillet 2015 inverse le fondement de la décision, afin de se conformer *a minima* à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Mennesson* et *Labassée*. Avant 2012, la jurisprudence en matière de gestations pour autrui se partageait entre un fondement formaliste pour le refus de reconnaissance du lien de filiation et un fondement ancré sur l'ordre public international. Le premier fondement était celui de l'article 47 du Code civil¹⁰⁷, et se limitait à constater que l'acte de naissance étranger ne correspondait pas à la vérité (notamment parce qu'y figurait une mère distincte de celle ayant accouché de l'enfant). Le second était déduit de

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Code civil, art. 47, modifié par la loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006, *JORF* 15 novembre 2006, art. 7 : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

l'interdiction des conventions de gestation pour autrui énoncée aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil¹⁰⁸.

Dans l'une des dernières affaires jugées en matière de gestation pour autrui avant l'intervention de la Cour de Strasbourg, par exemple, la Cour de cassation était face à un arrêt de la Cour d'appel de Rennes qui reconnaissait le lien entre père d'intention et enfant du fait que l'acte de naissance, où figuraient le père génétique et la mère porteuse, correspondait à la vérité, et était donc conforme à l'article 47 du Code civil. Afin de casser la décision en appel, la décision de la Cour de cassation s'est alors concentrée sur la contrariété de la pratique à l'ordre public international français. Ainsi, le seul fait d'avoir eu recours à une mère porteuse faisait obstacle à la reconnaissance de l'acte étranger, même si celui-ci était formellement régulier. Ce fondement, tout en pouvant être critiqué en raison de son caractère systématique, évitait une discrimination entre hommes et femmes ayant recours à la gestation pour autrui, dès lors que le refus de reconnaissance touchait tous les actes de naissance, mêmes ceux formellement réguliers (qui ne pouvaient quant à eux concerner que des pères d'intention, dès lors que la mention d'une mère distincte de celle à avoir accouché aurait entaché l'acte d'irrégularité).

58. La décision de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu le fondement de la seule interdiction de la gestation pour autrui au niveau national insuffisant pour justifier le refus de reconnaissance du lien de filiation. À la suite de cette décision, il n'était plus possible de procéder à un refus systématique de reconnaissance sur le fondement de la contrariété de la pratique à l'ordre public. Cependant, plutôt que d'admettre, de manière générale, les effets des gestations pour autrui réalisées à l'étranger, les arrêts rendus par la Cour de cassation le 3 juillet 2015 reviennent au fondement formel de l'article 47 du Code civil. La décision, rendue à l'égard d'un père d'intention, dans une affaire où il était question de la reconnaissance d'un acte de naissance russe où apparaissaient aussi bien le père d'intention que la mère porteuse, se limite ainsi à reconnaître l'identité entre ce qui est décrit dans l'acte et la vérité biologique.

¹⁰⁸ V. *supra*, notes 92 et 93.

60. L'ouverture observée dans les arrêts du 3 juillet 2015 ne peut pas être étendue à la mère d'intention. Alors que la paternité peut être démontrée par le lien génétique entretenu entre le père et l'enfant, la définition de maternité reste plus complexe. La Cour d'appel de Rennes a récemment réitéré que « *en l'état actuel du droit positif, la filiation maternelle ne peut être attribuée qu'à la femme qui a accouché* »¹⁰⁹. Ainsi, malgré le fait que le recours à une mère porteuse étrangère ne soit plus considéré par les tribunaux français comme étant contraire à l'ordre public international, deux arrêts postérieurs aux décisions de l'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ont refusé de reconnaître les actes de naissance étrangers¹¹⁰. Dans les deux affaires, était en cause la reconnaissance d'actes de naissance où figuraient aussi bien le père et la mère d'intention. En raison du fait que l'acte ne correspondait pas à la vérité biologique telle que définie en France, la Cour d'appel de Rennes a débouté les parents d'intention de leur demande de reconnaissance du lien de filiation.

61. À la lumière de ce nouveau cadre, et tenant compte des différentes possibilités dont disposent les justiciables pour avoir recours à une mère porteuse à l'étranger, il conviendra distinguer (quant aux chances de succès respectives) les aspirants pères (A) des mères d'intention (B).

A. Le caractère indifférent de la destination pour le père d'intention

62. Depuis les arrêts du 3 juillet 2015 (anticipés par un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 16 décembre 2014¹¹¹), le seul recours à une mère porteuse ne peut plus être sanctionné par le refus de reconnaissance du lien de filiation avec l'enfant. Il suffit que l'acte de naissance étranger puisse être reconnu en vertu de l'application de l'article 47 du Code civil, selon lequel « *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si*

¹⁰⁹ Rennes, 28 sept. 2015, n° 14-05537 et n° 14-07321, *JCP G* 2015, p. 1848 ; *RTD Civ.* 2016, p. 78, note J. HAUSER.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ Rennes, 16 déc. 2014, référé dans Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, préc.

d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité » (c'est nous qui soulignons). Ce qui est au centre de la distinction entre pères et mères d'intention dans l'établissement de leur filiation avec l'enfant, c'est la condition imposée par l'article 47 du Code civil selon laquelle *les faits doivent correspondre à la réalité*. En ce qui concerne la mère la « réalité » selon la jurisprudence française correspond à la femme à avoir accouché de l'enfant¹¹².

63. Le père, en revanche, sera souvent le père génétique de l'enfant. En pratique, l'établissement du lien génétique peut être beaucoup plus aléatoire : une affaire récente concernant un couple israélien mit en lumière les erreurs qui peuvent être commises par les agences organisant la gestation pour autrui, qui risquent d'implanter le mauvais embryon (celui fécondé avec le sperme d'un autre homme) dans la mère porteuse¹¹³. Dans le cas de l'Israël, cette erreur obligea les parents d'intention à rendre l'enfant, dans l'attente que leur embryon eut été implanté dans une autre mère porteuse¹¹⁴. En Italie, l'enfant né à l'étranger risquait également d'être éloigné des parents d'intention dans le cas où une expertise génétique démontrait l'absence de lien entre le père d'intention et l'enfant¹¹⁵. Cette démarche fut cependant considérée contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de Strasbourg, dans une affaire particulièrement dramatique en ce qu'elle mettait en cause, également, une erreur de la clinique localisée en Russie¹¹⁶.

Différemment de l'Israël, où la démonstration du lien génétique est nécessaire pour que l'enfant puisse accéder à la nationalité des parents d'intention¹¹⁷, en France la

¹¹² V. *supra*, § 55.

¹¹³ S. SURKES, « Israeli gay couple discovers surrogate baby is not their child », *The Times of Israel*, 7 janv. 2016, disponible sur: <http://www.timesofisrael.com/gay-couple-discovers-surrogate-baby-is-not-their-child/>

¹¹⁴ La preuve du lien génétique est nécessaire en Israël pour l'établissement de la nationalité de l'enfant : K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, « General report on surrogacy », *op. cit.*, p. 242.

¹¹⁵ Pour une décision dans ce sens, v. Trib. Campobasso, 20 nov. 2011, référé dans CEDH *Paradiso Campanelli*.

¹¹⁶ CEDH, 25 janv. 2015, *Paradiso Campanelli c. Italie*, affaire n° 25358/12, *RJPF* 2015, n° 4, p. 16, note I. CORPART.

¹¹⁷ K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, « General report on surrogacy », *op. cit.*, p. 242.

reconnaissance de l'enfant par le père suffit jusqu'à preuve contraire¹¹⁸. L'expertise génétique ne pourra être exigée que dans le cadre d'une action en contestation de la paternité, qui doit être intentée par le ministère public.

Si la reconnaissance par le père peut faire foi jusqu'à preuve contraire, la maternité demeure liée à un indice naturel irréfutable : l'accouchement. Pour cette raison, la démonstration du recours à la mère porteuse porte immédiatement obstacle à la reconnaissance d'une autre femme en tant que génitrice de l'enfant. D'où la tentation qui persiste, dans ce type de cas, d'avoir accès à une mère porteuse dans un pays où il serait possible de dissimuler la procédure, dans l'espoir que la mère d'intention soit reconnue en raison de sa mention sur l'acte de naissance.

B. Recherche d'opacité nécessaire pour la mère d'intention

64. L'article 47 et le critère selon lequel la mère est celle à avoir accouché rendent impossible que le lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention soit établi en même temps que celui avec le père d'intention. En effet, parmi les 23 décisions analysées, une seule a reconnu le lien de filiation à l'égard de la mère d'intention, pour ensuite être renversée en cassation¹¹⁹. Dans les affaires du 28 septembre 2015, dans lesquelles la Cour d'appel de Rennes a refusé de reconnaître le lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger et la mère d'intention, le débat reste similaire à celui des affaires ayant précédé les arrêts du 3 juillet 2015. La question principale est en effet celle de la preuve du recours à une mère porteuse, nécessaire pour démontrer que l'acte de naissance qui fait mention de la mère d'intention est un faux et ne peut pas être reconnu au titre de l'article 47 du Code civil. Les arguments sont donc très concrets, et la

¹¹⁸ V. en ce sens Rennes, 30 nov. 2015, pourvoi n° 14-01043: « *Si l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas l'ordonner, dans les procédures de contestation de paternité, l'article 310-1 du code civil ne soumet la reconnaissance paternelle à aucun contrôle, ni aucune vérification et la filiation est légalement établie par la reconnaissance volontaire, laquelle est présumée sincère et véritable jusqu'à preuve contraire. Ces actes de reconnaissance sont suffisants pour établir la filiation paternelle de l'enfant, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une mesure d'expertise biologique, le ministère public ne remettant en cause ni la filiation paternelle, ni la valeur de l'acte de naissance étranger* ». V. dans le même sens Rennes, 28 sept. 2015, préc.

¹¹⁹ Paris, 25 oct. 2007 (décision renversée par la Cour de cassation le 17 déc. 2008, pourvoi n° 07-20468).

démonstration est basée sur un faisceau d'indices (tampons sur le passeport, âge de la mère, existence de documents accessoires dans le cas d'une gestation pour autrui réalisée en Californie). De la même manière que dans l'arrêt du 29 mars 2011¹²⁰, le ministère public ne fut pas en mesure de convaincre la Cour d'appel de Rennes, il est possible que le recours à une mère porteuse ne soit pas non plus décelé à l'égard de la mère d'intention. Les indices sont tout de même plus difficiles à éluder pour la mère que pour le père : la déclaration de grossesse, le suivi du médecin à l'étranger, l'entrée à l'hôpital et l'accouchement lui-même doivent souvent être démontrés si, au moment de la transcription de l'acte de naissance, les circonstances soulèvent un soupçon et le ministère public enquête sur la régularité de l'acte¹²¹. Dans le cas des couples dont il était question dans les arrêts rendus le 28 septembre 2015, les parents d'intention ont eux-mêmes avoué avoir eu recours à une mère porteuse étrangère.

65. Un élément indispensable pour l'opacité du processus est l'établissement de l'acte de naissance directement du nom des parents d'intention, sans les distinguer entre parents biologiques et parents « légaux »¹²². En Ukraine, il est possible pour la mère d'intention de figurer sur l'acte de naissance même en absence de lien génétique avec l'enfant, ce qui rend le procédé plus accessible pour les femmes qui, en plus de ne pas pouvoir porter l'enfant, ne produisent pas de gamètes¹²³. En Inde, en revanche, la mère d'intention ne peut être mentionnée sur l'acte de naissance que dans le cas où l'enfant est génétiquement lié aux parents d'intention et seule la grossesse a été confiée à un tiers¹²⁴.

¹²⁰ V. *supra*, § 55.

¹²¹ En effet, une déclaration de l'hôpital prouvant l'accouchement faisait défaut lors de l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 8 janvier 2013 (préc.). Cette affaire ne peut cependant pas servir d'exemple d'un plan bien orchestré par les parents d'intention – la mère étant incapable de dire aux autorités consulaires le jour où les enfants étaient nés. Peut-être si l'entretien avait été plus convaincant, les autorités n'auraient pas demandé la preuve de l'accouchement, la preuve de fraude demeurant à la charge de ceux qui la dénoncent.

¹²² Dénomination adoptée pour identifier les parents d'intention en Californie (v. par ex. Rennes, 28 sept. 2015, préc.).

¹²³ K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, « General report on surrogacy », *op. cit.*, pp. 452-453.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 446. En l'absence de réglementation spécifique, les règles en matière de gestation pour autrui en Inde peuvent être identifiées dans la pratique, où interviennent également les *National Guidelines for Accreditation, Supervision and Regulation of ART Clinics* en Inde, qui ont pour objet l'activité des cliniques.

66. L'ouverture de la jurisprudence vers une acceptation des effets des gestations pour autrui réalisées à l'étranger laisse toutefois présager que le déplacement vers un État où l'acte de naissance sera établi au nom de la mère d'intention n'est pas forcément la meilleure stratégie pour le couple qui veut avoir recours à une mère porteuse. En effet, la certitude (sous réserve des erreurs commises par les cliniques dans la création de l'embryon qui sera implanté dans l'utérus de la mère porteuse) de reconnaissance du lien paternel qui résulte de la jurisprudence fondée sur l'article 47 rend l'établissement de l'acte de naissance à l'égard du seul père un choix plus sûr pour l'enfant. La mère d'intention pourra ensuite demander l'adoption de l'enfant de son conjoint – possibilité qui a déjà fait l'objet d'un refus en jurisprudence¹²⁵, mais qui peut évoluer eu égard des décisions plus récentes non seulement en matière de gestation pour autrui, mais également sur l'adoption par la conjointe de l'enfant mis au monde par sa compagne dans le cadre d'une reproduction médicalement assistée qui n'aurait pas pu être réalisée en France¹²⁶.

Section II. Le recours à des règles contradictoires au-delà de l'exploitation de la diversité entre droits étatiques

67. Le recours immédiat à des institutions étrangères n'est envisageable que dans les cas où l'objectif du justiciable mobile passe par la constitution d'un rapport ou d'une entité à l'étranger. Par contre, les phénomènes dans lesquels l'exercice individuel de volonté risque d'être à l'origine d'un encadrement défaillant ne se limitent pas à ce type de cas. Dans le contentieux qui oppose la société américaine Texaco (rachetée par Chevron) et la communauté de Lago Agrío, la constitution d'une filiale en Équateur

¹²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, n° 01-03927, *D.* 2004, p. 1998, note E. POISSON-DROCOURT, *Gaz. Pal.* n° 149, 2004, p. 15, note J. MASSIP ; Rennes, 4 juillet 2002, pourvoi n° 01-02471. V. sur l'adoption de l'enfant du conjoint et la gestation pour autrui M.-Ch. LE BOURISCOT, « Légiférer en matière de gestation pour autrui ? », in : G. DAVID, R. HENRION, P. JOUANNET et C. BERGOIGNAN-ESPER, *La gestation pour autrui*, Paris : Médecine Sciences : Lavoisier, 2001, pp. 167-178, spéc. p. 172.

¹²⁶ V. l'avis favorable à l'adoption rendu par la Cour de cassation saisie pour avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.006 et n° 14-70.007, ainsi que la décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence accueillant la demande d'adoption dans le cadre d'une reproduction médicalement assistée réalisée en Belgique (Aix-en-Provence, 14 avril 2015, n° 2015/2013).

n'est qu'un aspect marginal du cadre complexe dans lequel intérêts individuels et collectifs, tels que la protection de l'environnement, la promotion des échanges internationaux, la croissance économique et la sauvegarde des droits de l'homme, sont en collision. De même, la société Paine Weber n'a pas eu besoin de créer une filiale en France pour vendre des obligations à Mme Rado. La certitude dont ont besoin ces sociétés afin de réduire leurs coûts de transaction et de poursuivre leurs affaires internationales découle ainsi d'autres sources, qui seront exploitées dans un cadre fragmenté et souvent contradictoire : le droit de l'arbitrage (**Paragraphe Ier**) et les accords conclus par l'État d'accueil (**Paragraphe II**).

Même le recours aux institutions étrangères peut être découragé par le manque de certitude quant à la reconnaissance du rapport constitué à l'étranger. En effet, au moment où le père d'intention des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil a décidé de partir en Inde pour avoir recours à une mère porteuse (dans une période qui précédait les décisions de la Cour de Strasbourg et les arrêts rendus par la Cour de cassation le 3 juillet 2015), il devait être conscient du fait que la preuve d'une gestation pour autrui par le ministère public aurait conduit à un refus de reconnaissance. Il pouvait néanmoins compter sur les décisions administratives pour pouvoir rentrer sur le territoire français avec les enfants, en exploitant donc une contradiction entre justice judiciaire et justice administrative au sein même de l'ordre juridique français (**Paragraphe III**).

Paragraphe Ier. La certitude fournie par le droit de l'arbitrage à une partie professionnelle dans un contrat de consommation

68. La stratégie suivie par une société qui envisage élargir son marché vers d'autres États a un point de départ distinct de celle suivie par un justiciable qui souhaite constituer un rapport de famille à l'étranger. Alors que ces exemples partagent les caractéristiques d'initiative individuelle et d'impact sur l'équilibre des intérêts en présence dans l'encadrement de la situation, la manière par laquelle la volonté est exercée diffère dès son point de départ.

Un cas comme celui de la gestation pour autrui part d'une situation interne qui devient internationale à la suite de la décision des parents d'intention de se déplacer vers un État où il sera possible d'avoir recours à une mère porteuse. Le cadre juridique est

initialement celui de leur ordre juridique d'origine, avant que la gestation pour autrui (du contrat à l'acte de naissance) n'ait lieu exclusivement sur le territoire d'un autre État. Les parents d'intention partent donc à la recherche d'institutions étrangères afin d'échapper à l'emprise d'une interdiction qui les empêche de réaliser leur projet sur le territoire de leur État d'origine.

En revanche, une société qui, tout en gardant son siège sur le territoire de son État d'origine, part à la recherche de nouveaux clients à l'étranger, est initialement motivée par la recherche d'un bénéfice matériel (une augmentation du chiffre d'affaires) plutôt que par l'environnement juridique dans lequel les transactions avec les nouveaux clients auront lieu. Au contraire – des clients aux origines variées seront potentiellement protégés par des législations au contenu disparate, ce qui, plutôt qu'une source de certitude, crée des coûts de transaction que la société cherchera à éviter. La stratégie interviendra alors sur l'élaboration d'un cadre sûr dans lequel réaliser ces nouvelles opérations. Dans le cas de Mme Rado, le risque de se voir appliquer des législations protectrices locales, ou encore d'être attiré devant des tribunaux étrangers, est éloigné par la stipulation dans le contrat d'une clause selon laquelle les litiges entre les parties au contrat seront jugés par un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la National Futures Association, aux États-Unis.

69. Différemment de la constitution d'un rapport de famille, où il n'est possible pour les justiciables de se soumettre à une loi de leur choix qu'en se déplaçant vers le territoire de l'État qui l'a édictée, le choix d'un cadre juridique plus favorable est simplifié dans un rapport contractuel international, en raison du principe d'autonomie dont bénéficient les parties. Dans le cas d'un contrat d'adhésion, comme celui conclu entre Paine Weber et Mme Rado, ce choix est en outre déséquilibré. La société américaine a eu la possibilité d'élaborer la convention en choisissant une langue, un modèle et une loi qui lui étaient plus familières. Le risque lié à la diversité des droits des États dans lesquels la société propose ses produits est ainsi réduit par la soumission à un régime homogène et indépendant de l'origine des clients.

70. Le succès de cette stratégie contractuelle risque néanmoins d'être anéanti par l'intervention des tribunaux de l'État de résidence du co-contractant partie faible. En

effet, le contrat proposé par la partie forte risque de ne pas prendre compte d'autres intérêts en jeu, qui peuvent être sauvegardés par des règles impératives. La jurisprudence française retient cependant que le fait pour une situation de tomber dans le champ d'application d'une règle impérative d'application immédiate ne fait pas obstacle à l'efficacité d'une clause compromissoire¹²⁷. Le contrat stipulé par la société lui permet ainsi de réaliser son activité en France dans un cadre juridique contrôlé et sûr.

71. Les risques résultant de ce cadre juridique pour les intérêts de la partie faible co-contractante ne se limitent pas au contenu matériel des clauses du contrat ou de la *lex contractus* choisie par la partie forte. Comme le démontre le cas de Mme Rado, la partie faible se trouve surtout menacée dans l'exercice de son droit d'accès à la justice, dans l'hypothèse où le tribunal élu dans le contrat se trouve éloigné de son lieu de résidence, ou le coût de la procédure y soit trop élevé.

La portée des clauses prorogatives de compétence est limitée à l'égard des consommateurs par le système de la Convention de Bruxelles¹²⁸, dont la manifestation la plus récente est celle de l'article 19 du règlement Bruxelles 1 bis¹²⁹. La législation française ne prévoit cependant pas le même type de limites pour une clause d'élection de for arbitral, alors que le risque et l'impact pour la partie faible est le même, sinon plus important en raison de la spécificité, de l'aspect privé et de l'absence de voies de recours dans la justice arbitrale. Une clause compromissoire peut être considérée

¹²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, *Rev. crit. DIP* 2009.1, note D. BUREAU et H. MUIR WATT ; *D.*, 2009, p. 200, note F. JAULT-SESEKE.

¹²⁸ Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968).

¹²⁹ Règlement (UE) n°1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *J.O.U.E.* 20 déc. 2012, L 351/1 (ci-après : « règlement Bruxelles I bis »). L'article 19 du règlement limite la dérogation aux dispositions concernant la compétence des tribunaux en matière de contrats conclus avec les consommateurs aux conventions « 1) postérieures à la naissance du différend; 2) qui permettent au consommateur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées à la présente section; ou 3) qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux juridictions de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions ». La règle de principe est présentée à l'article 18.1 : « L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié » (c'est nous qui soulignons).

comme étant abusive¹³⁰, mais l'effet négatif du principe compétence-compétence implique que le juge étatique doive inviter les parties à discuter la question de la régularité de la clause devant le for arbitral¹³¹. Dans le cas de Mme Rado, le droit de l'arbitrage de l'État où la société américaine est partie chercher des nouveaux clients assure la certitude de stabilité du cadre juridique choisi, même dans l'hypothèse où des règles locales protectrices des consommateurs auraient, effectivement, voulu s'appliquer.

Paragraphe II. La certitude fournie à un investisseur étranger par les accords conclus par l'État d'accueil

72. Un investissement international, en raison de son coût et de sa durée, présente des risques non négligeables pour une société qui souhaite exercer une partie de son activité à l'étranger. Ce risque est également rattaché au cadre juridique dans lequel l'investissement aura lieu, et notamment à l'instabilité des règles applicables à l'activité¹³². La société qui souhaite élargir son marché et exploiter des ressources indisponibles dans l'État de son siège peut néanmoins compter sur des institutions qui lui permettent d'avoir la certitude recherchée avant d'entreprendre. Dans le cas des sociétés américaines Texaco et ensuite Chevron, les risques liés à une perte de l'investissement ont été contrastés par des accords conclus par l'État d'accueil, aussi bien avec la société elle-même qu'avec l'État de son siège.

73. Comme dans le cas de la société qui part à l'étranger à la recherche de nouveaux clients, la stratégie de la société qui entreprend un investissement

¹³⁰ Dans le sens de l'article L132-1 du Code de la consommation : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* »

¹³¹ La Cour d'appel de Paris a eu à se prononcer sur le caractère abusif des clauses compromissaires à deux reprises, le 2 avril 2003 et le 28 avril 2004. Lors de ces deux décisions, la Cour a renvoyé à l'arbitre la tâche de se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage au regard de la réglementation des clauses abusives.

¹³² Le risque pour l'investisseur est que l'État modifie le cadre juridique dans lequel l'investissement est inséré, au détriment des droits du premier : P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *Clunet*, 1986, p. 5.

international ne se limite pas à la création d'un rapport juridique en application d'une loi étrangère. Un investissement international peut comprendre, certes, la création d'une filiale sur le territoire de l'État d'accueil, mais il ne s'agit pas de l'élément central permettant à la société de bénéficier d'un cadre juridique certain. La principale différence dans les deux exemples réside dans le fait que, contrairement à la société qui conclut des contrats avec des clients établis à l'étranger, un investissement international ne devra pas faire face au risque lié à la diversité de règles impératives qui risquent d'être imposées au rapport avec chaque client. L'investissement est surtout lié au cadre juridique de l'État d'accueil, qui peut être connu et analysé avant d'entreprendre la nouvelle activité. Le choix d'investir dans un certain État peut même être motivé par des considérations normatives, telles qu'un régime fiscal ou social imposant un moindre coût à l'investisseur¹³³.

74. En revanche, le même droit étranger qui permet à un investisseur de réaliser une activité à un moindre coût peut présenter des risques. Une crise économique ou un changement d'orientation politique peuvent conduire à des modifications du cadre juridique dans lequel l'investissement s'insère, en augmentant par exemple les charges dues par l'investisseur, en l'expropriant de son patrimoine ou restreignant son accès à la ressource exploitée.

Ce risque est tout d'abord contrecarré par les traités internationaux portant sur la protection de l'investisseur conclus entre l'État d'accueil et l'État d'origine. Ces traités non seulement protègent l'investisseur d'une expropriation directe ou indirecte de l'investissement, mais garantissent également qu'il puisse jouir d'un environnement normatif juste et équitable. Le droit de l'investisseur à un traitement juste et équitable a été développée par les décisions arbitrales, et constitue « *un principe aux finalités multiples consistant dans une opulence de sous-principes, parmi lesquels : bonne foi ; accès à la justice et droit à un procès équitable ; transparence normative ; des décisions non-arbitraires et raisonnables ; et les attentes légitimes des deux parties* »¹³⁴.

¹³³ Les conséquences de ce type de considération sur la réglementation de l'activité par les États d'accueil, qui seraient tentés de s'engager dans une « course vers le bas » afin d'attirer les investisseurs, va outre l'analyse menée dans le cadre de cette étude.

¹³⁴ A. STONE SWEET, « Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez », *N.Y.U. Journal of International Law & Politics* vol. 46, 2013-2014, pp. 911-954, spéc. p. 925, citant également S. W. SHILL, « Fair and Equitable

Dans le litige opposant Chevron à l'Équateur¹³⁵, ce principe a été invoqué par l'investisseur pour ordonner que l'État d'accueil revienne sur une décision judiciaire reconnaissant la responsabilité de la société et la condamnant à indemniser les victimes. Dans l'attente d'une décision au fond, des mesures conservatoires ont été ordonnées par le tribunal arbitral afin d'éviter que le jugement soit reconnu à l'étranger, en limitant donc ses effets pendant une période de temps, et en permettant à l'investisseur de bénéficier d'un cadre stable non seulement au sein de l'État d'accueil, mais dans tous les États où l'*exequatur* du jugement pouvait être demandé par les victimes.

75. Les attentes légitimes mises en avant par Chevron pour revendiquer sa protection au titre du droit à un traitement juste et équitable étaient fondées sur un second accord conclu par l'État d'accueil, cette fois-ci avec l'investisseur lui-même. Cet accord exemptait la société de toute responsabilité environnementale à la suite de certains travaux de bonification des sites d'extraction de pétrole. La certitude assurée par le droit des investissements de manière générale a ainsi été complétée par un accord direct entre l'investisseur et l'État, permettant au premier d'étendre le domaine de ses attentes légitimes. Le tribunal arbitral a finalement conclu que l'accord ne concernait pas les dommages causés aux personnes (seulement un dommage environnemental collectif), et a débouté la société américaine de sa demande¹³⁶. L'exécution du jugement équatorien demeure cependant bloquée en raison d'un contentieux américain qui discute la régularité de la décision¹³⁷, et la procédure aura au moins permis à l'investisseur

Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law », in : S. W. SHILL (ed.), *International investment law and comparative public law*, Oxford : Oxford University Press, 2010, p. 151 ; C. SCHREUER, « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice », *Journal of World Investment & Trade* vol. 6, 2005, p. 357 ; K. VANDEVELDE, « A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment », *N.Y.U. Journal of International Law & Politics* vol. 43, 2010, p. 47. Les « deux parties » dont il est question dans le texte cité sont, certes, l'investisseur et l'État d'accueil. Or cette limite dans les parties directement concernées par le droit des investissements pose des difficultés dans un cas comme celui qui oppose Chevron à Maria Aguinda, dès lors que la décision du tribunal arbitral a un impact immédiat sur la situation des villageois affectés par l'activité de la société américaine.

¹³⁵ Cour permanente d'arbitrage, *Chevron Texaco c. République de l'Équateur*, préc., § 3.

¹³⁶ Cour permanente d'arbitrage, *Chevron Texaco c. République de l'Équateur*, deuxième sentence sur le fond, 12 mars 2015, PCA Case 2009-23.

¹³⁷ U.S. District Court Southern District of New York, *Chevron corporation v. Steven Donziger et al.*, 4 mars 2014, préc. Cette décision a été récemment citée par l'avocat général brésilien Nicolao Dino pour s'opposer à la reconnaissance du jugement équatorien au Brésil (*parecer* n° 2811/2015 du 11 mai 2015, affaire SEC 8542/EC).

d'éviter les conséquences immédiates du jugement équatorien, dès lors que la procédure arbitrale été déjà en cours au moment de la décision en appel.

Paragraphe III. L'exploitation des contradictions entre décisions judiciaires et administratives en matière de gestation pour autrui

76. Les institutions n'interagissent pas de manière harmonieuse et ordonnée au sein d'un même système. Dans l'affaire concernant Mme Rado, par exemple, le droit de l'arbitrage et le droit des consommateurs poursuivaient des objectifs difficilement conciliables. Si dans cette affaire le conflit a culminé dans un règlement insatisfaisant pour la partie consommatrice, en matière de gestations pour autrui réalisées à l'étranger le manque de coordination entre décisions administratives et judiciaires permettait à un père d'intention de pouvoir au moins vivre en France avec l'enfant, indépendamment de la décision sur la reconnaissance, qui était alors toujours refusée par la Cour de cassation. Cet exemple se distingue donc de celui de Mme Rado en ce que les intérêts du justiciable mobile (le père) vont dans le même sens de ceux de l'enfant, dont l'intérêt supérieur servait de fondement aux décisions administratives lui permettant de rejoindre le territoire Français (A). L'opposition entre les décisions administratives et judiciaires, en permettant aux parents d'intention de revenir sur le territoire français avec les enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger, finissait toutefois par amputer la décision judiciaire de son objectif (B).

A. L'intérêt supérieur de l'enfant sauvegardé par la délivrance de documents de voyage aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger

77. L'hétérogénéité dans la politique de réception des effets des gestations pour autrui réalisées à l'étranger ne se limite pas à une opposition entre solutions judiciaires et administratives, mais concerne également les décisions des autorités administratives de différents niveaux. Quoique nous ne puissions pas avoir de statistiques crédibles sur le nombre des demandes, d'acceptations et de refus de transcription d'actes de naissance

qui passent par les consulats de France à l'étranger, il ressort de certains récits de parents¹³⁸ et de la jurisprudence que la position des autorités consulaires est des plus strictes en la matière. Le consulat général de France à Bombay a publié en 2011 un communiqué avertissant les Français tentés de recourir à une mère porteuse que « si la pratique de la gestation pour autrui est tolérée en Inde, la loi française interdit tout contrat de mère porteuse et prévoit de lourdes sanctions pénales en cas de simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant, ou de provocation à l'abandon d'enfant ». L'avertissement du consulat était clair : « les Français qui recourent malgré tout à la gestation pour autrui en Inde s'exposent à de sérieuses difficultés d'ordre juridique et administratif en matière d'établissement de l'état civil de l'enfant et de délivrance d'un titre de voyage pour ramener celui-ci en France »¹³⁹. Si cette position devrait s'assouplir à l'égard des actes de naissance mentionnant le père d'intention (génétique) et la mère porteuse, le soupçon de fausse déclaration subsiste dans les cas où la mère d'intention figure sur l'acte de naissance¹⁴⁰. Les affaires portées devant les juridictions françaises concernant les effets d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger commencent souvent par un refus de transcription opposé par le consulat, qui saisit le ministère public en cas de soupçon d'irrégularité¹⁴¹.

78. La jurisprudence administrative en matière de gestation pour autrui se développe dans ce contexte. Les demandes formées par les parents d'intention se fondaient initialement sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative, qui encadre la requête en référé-liberté. Selon ce texte, « saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale ». Les

¹³⁸ V. par ex. le récit publié sur le site de C.L.A.R.A., l'association mise en place par le couple Mennesson : « Visite au Consulat de France : chronique d'un cauchemar judiciaire annoncé », disp. Sur <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/34.pdf>.

¹³⁹ Communiqué du 13 sept. 2011, disponible sur : <<http://www.ambafrance-in.org/13-09-2011-Cas-de-Gestation-Pour>>.

¹⁴⁰ V. les arrêts rendus par la Cour d'appel de Rennes le 28 septembre 2015, préc.

¹⁴¹ Dans la jurisprudence, aussi bien administrative et judiciaire, les éléments mis en avant par le consulat constituent normalement les pièces les plus importantes à l'appui de la demande du ministère public.

parents doivent ainsi démontrer que la décision du consulat ayant refusé ou suspendu leur demande *aurait porté une atteinte manifestement illégale à leurs libertés fondamentales*, ou –et surtout– à celles de l’enfant.

Or les enfants nés dans un pays qui ne retient pas le *jus soli* parmi les critères pour la nationalité risquent, face au refus de transcription de l’acte de naissance, de rester matériellement bloqués dans l’État où ils sont nés, dès lors qu’ils ne disposent pas des documents leur permettant de voyager¹⁴². L’élément central dans ces affaires était donc l’accès par l’enfant à un laissez-passer au sens du décret du 30 décembre 2004¹⁴³, qui lui permettrait de joindre la France avec les parents d’intention. À l’encontre de cette demande, le ministère des Affaires étrangères (qui représentait les consulats) invoquait l’article 7 de la Convention internationale sur les droits de l’enfant (sur l’intérêt de l’enfant à grandir avec sa mère dans le pays où il est né)¹⁴⁴. Cet argument ne correspondait cependant pas à la réalité dans les pays les plus pauvres, où l’enfant empêché de voyager aurait le plus probablement été confié à un organisme d’adoption, et non à la femme l’ayant mis au monde.

79. Les tribunaux administratifs sont d’accord sur le fait que l’impossibilité pour l’enfant de quitter l’État où il est né porte atteinte à ses droits et libertés fondamentales, tout en étant contraire à son propre intérêt. Les critères prévus par le décret du 30 décembre 2004 soulevaient toutefois des difficultés, dès lors que selon l’article 7 du texte le laissez-passer ne peut être délivré à l’enfant qu’après « vérification de son identité et de sa nationalité française ». C’est alors sur ce front que les principaux arguments soulevés par le ministère des Affaires étrangères s’articulaient, et c’est l’impossibilité d’une telle vérification qui a justifié la seule décision négative rendue par

¹⁴² Il s’agit de la situation en Inde et en Ukraine. Aux États-Unis et au Canada, au contraire, l’enfant peut avoir accès à des documents d’identité locaux lui permettant de rentrer en France avec les parents d’intention.

¹⁴³ Décret n° 2004-1543 du 30 décembre 2004 relatif aux attributions des chefs de poste consulaire en matière de titres de voyage.

¹⁴⁴ Convention relative aux droits de l’enfant, faite à New York le 26 janvier 1990, art. 7.1 : « *L’enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d’acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d’être élevé par eux* ».

le Conseil d'État¹⁴⁵. Cette décision n'était toutefois pas définitive, et l'enfant ne se retrouvait pas devant un refus absolu d'accéder au territoire français. La décision était justifiée par une nécessaire vérification de l'identité de la mère (porteuse) et de son consentement au départ de l'enfant. Les juridictions administratives participaient, ainsi, souvent en tant que contre-pouvoir aux décisions strictes des autorités consulaires, faisant en sorte que les enfants soient en mesure de vivre en France avec les parents d'intention.

80. Le ministère de la justice est venu corroborer cette solution, en prescrivant, dans une circulaire, une interprétation de l'article 47 du Code civil selon laquelle « le seul soupçon du recours à une [convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui] conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de [certificat de nationalité française] dès lors que les actes de l'état civil local attestant du lien de filiation avec un Français, légalisés ou apostillés sauf dispositions conventionnelles contraires, sont probants au sens de l'article 47 [du Code civil] »¹⁴⁶. Ainsi, avant la décision de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question, la circulaire retenait déjà une approche concentrée sur la régularité formelle de l'acte étranger indépendamment de la pratique qui en serait à l'origine. La circulaire prescrivait aux consulats celle qui était déjà l'approche retenue par les décisions du

¹⁴⁵ CE 8 juillet 2011, n° 350486, *RJPF* n° 11, 2011, p. 26, note I. CORPART. Les parents d'intention invoquent, afin d'établir la nationalité française de l'enfant, l'article 18 du Code civil, selon lequel est français l'enfant d'un citoyen français. Afin de vérifier toutefois l'identité de l'enfant, aussi bien que la filiation invoquée, les parties doivent démontrer la régularité de l'acte de naissance dans le sens de l'article 47 du Code civil. Il reviendra alors au ministère des Affaires étrangères de démontrer que l'acte dressé à l'étranger est en réalité « irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Dans l'affaire jugée par le Conseil d'État le 8 juillet 2011, la décision du consulat ayant fait connaître « qu'une vérification plus poussée était nécessaire avant de faire droit à la demande de laissez-passer » n'a pas été censurée car les faits justifiaient, au regard des juges, que les autorités consulaires procèdent à des telles vérifications, notamment en raison « des incertitudes quant à l'identité et la volonté exactes de la mère des enfants en cause ». Des doutes ressortaient en l'espèce d'une série de déclarations contradictoires du médecin, du père et de la mère de l'enfant. Dans ces circonstances, il n'a pas été retenu que le refus immédiat de délivrance de documents de voyage constituait une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales des demandeurs. Le Conseil d'État a en revanche admis que la délivrance de tels documents rendrait la situation difficilement réversible dans l'hypothèse où les faits invoqués par le demandeur ne seraient pas exacts.

¹⁴⁶ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – état civil étranger, (dite circulaire Taubira), préc.

Conseil d'État, en permettant aux enfants d'éviter l'attente d'une décision définitive à la suite d'un refus initial¹⁴⁷.

81. Puisque la circulaire Taubira est fondée, comme les dernières décisions de la Cour de cassation, sur l'article 47 du Code civil, l'application du texte soulève également la question du sort des actes de naissance où figurent à la fois le père et la mère d'intention, qui ne seraient donc pas probants au sens de l'article 47. La seule affaire de ce type jugée par les juridictions administratives concernait des parents d'intention résidant à Dubaï¹⁴⁸, pour qui le séjour régulier en territoire français n'était donc pas la question prioritaire¹⁴⁹.

82. De manière générale, toutefois, la jurisprudence administrative et la circulaire Taubira avaient pour effet d'assurer au moins au père d'intention la possibilité de vivre en France avec l'enfant né d'une gestation pour autrui à l'étranger. Ces décisions réduisaient donc la portée de l'interdiction considérée pourtant comme étant d'ordre public international par la jurisprudence judiciaire précédant la décision de la Cour de Strasbourg dans les affaires *Menesson* et *Labassée*. Le refus d'établissement d'un lien de filiation demeurait en réalité une solution plus symbolique qu'efficace au regard du maintien de l'ordre public, puisque certains effets du tourisme procréatif étaient en tout cas autorisés en France.

¹⁴⁷ Cette mesure bénéficie non seulement des enfants nés en Inde ou en Ukraine, qui pourront enfin accéder au territoire français, mais également les enfants nés dans des pays reconnaissant le *jus soli*, qui pourront tout de même accéder à la nationalité française.

¹⁴⁸ CA Rennes, 8 janvier 2013, préc.

¹⁴⁹ La question du séjour de l'enfant en territoire français a cependant joué un rôle central dans la décision de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant la France (CEDH 26 juin 2014, *Menesson c. France* et *Labassée c. France*, préc.). Si dans la jurisprudence la condition pour l'enfant de « pénétrer le sol français » (Rennes, 10 janv. 2012, pourvoi n° 11/01846) et de « vivre en France avec les [parents d'intention] » (Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, *Menesson* et *Azjner*, préc.) est présentée en tant que gage de la sauvegarde de ses intérêts, la décision de la Cour de Strasbourg et le cas présenté ci-dessus démontrent que la situation de séjour de l'enfant n'est pas toujours sûre.

B. L'objectif de sauvegarde de la dignité de la mère porteuse bafoué par l'admission de l'enfant en France

83. Dans les arrêts du 6 avril 2011¹⁵⁰, la Cour de cassation avait justifié le refus de reconnaissance du lien de filiation par le fait que l'enfant pouvait vivre avec les parents d'intention en France. Le critère de la violation des droits fondamentaux en cause demeurait, donc, pratique : la famille peut-elle vivre ensemble *comme s'il* s'agissait d'une *vraie* famille aux yeux de la loi ?

Dans les affaires en matière de gestation pour autrui recensées¹⁵¹, la réponse était affirmative. Même dans une affaire où la Cour d'appel de Rennes a été particulièrement dure à l'égard du père d'intention célibataire – rapprochant le recours à la gestation pour autrui à un achat d'enfant –, le refus de transcription de l'acte de naissance n'aurait pas porté atteinte aux droits de l'enfant dès lors « qu'il [avait] été admis à faire pénétrer cette même enfant sur le territoire français »¹⁵².

84. La décision de la Cour de cassation était ainsi justifiée par des effets concrets mitigés (la possibilité pour l'enfant de pouvoir vivre en France avec les parents d'intention). Ces effets étaient assurés par les décisions rendues par les juridictions administratives, dont il vient d'être question. Toutefois, cet apparent regard ne va pas dans le sens d'un résultat cohérent, qui prenne en compte de manière équilibrée les principaux droits en conflit.

En effet, les décisions de refus de reconnaissance du lien de filiation étaient pour la plupart fondées sur l'article 16-7 du Code civil. Ce texte poursuit la finalité de sanctionner les contrats portant sur les éléments du corps humain. Le refus de reconnaissance des effets d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger se trouve

¹⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, *Azjner, Labassée et Mennesson*, préc.

¹⁵¹ V. *supra*, note 81.

¹⁵² Rennes, 10 janv. 2012, préc. Les arrêts rendus par la Cour de cassation le 13 septembre 2013 (préc.) n'énoncent pas cette condition dans leurs attendus, concentrant tout l'argumentaire sur la contrariété à l'ordre public (ou, suivant la terminologie employée dans les arrêts, sur l'existence d'une « fraude », répondant probablement à la base légale de l'action du ministère public, désormais entièrement fondée sur l'article 336 du Code civil). Il est possible que l'intervention de la circulaire Taubira (préc.) en janvier 2013, assurant désormais que les fruits d'une gestation pour autrui puissent accéder à un certificat de nationalité française, ait conforté cette position, rendant un rappel de la part de la Cour de cassation moins indispensable.

justifié, à la lumière de la *ratio* de l'article 16-7, par deux buts principaux : sanctionner les parents d'intention, qui sont allés à l'encontre de cette interdiction, et éviter que d'autres êtres humains fassent l'objet de ce type de pratique. Or en refusant de reconnaître le lien de filiation sur ce fondement, les juridictions n'ont été en mesure d'atteindre aucun de ces objectifs.

85. Quoiqu'il puisse être admis que les parents d'intention souffrent en voyant la situation de leurs enfants¹⁵³, ils ne subissent personnellement que les effets collatéraux du refus d'établissement du lien de filiation. Celui dont les droits sont véritablement heurtés, c'est l'enfant. Le ministère public avait essayé de poursuivre les parents d'intention pénalement, mais cette démarche n'a pas eu de succès, et a été écartée par la Cour de cassation¹⁵⁴. En ligne générale, il est donc possible de conclure que les individus français ayant recours à la gestation pour autrui à l'étranger réalisaient leur désir d'être parents, malgré le manque de reconnaissance formelle du lien. Il n'est donc pas certain que le refus opposé par les juridictions françaises à la reconnaissance du lien de filiation ait eu un effet dissuasif¹⁵⁵. Le fait que, en pratique, il était en tout cas possible de vivre avec l'enfant en France, même si ce dernier se trouvait privé de plusieurs droits, ne décourageait pas les individus de tenter leur chance de devenir parents¹⁵⁶. La décision n'était donc pas l'aboutissement d'une mise en équilibre des intérêts en présence. Tout en portant atteinte aux intérêts de l'enfant, la solution ne conduisait pas pour autant à la sauvegarde des droits des mères porteuses étrangères, dès lors que le départ à l'étranger motivé par le désir d'avoir un enfant n'était pas assez

¹⁵³ Pour un récit, v. D. MENNESSON, « Retour d'expérience du père d'un enfant né d'une mère porteuse », *RLDC* n° 76, 2010, pp. 85-88.

¹⁵⁴ À ce propos, v. C. BLANCHARD, « Tourisme procréatif : consolider ou réprimer l'illicite ? Le droit pénal », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 349. En Italie, en revanche, la poursuite des parents d'intention a conduit à des condamnations : v. une présentation de la jurisprudence pénale en matière de gestations pour autrui dans T. TRINCHERA, « Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali », *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 2015, p. 418.

¹⁵⁵ Dans ce sens, D. MENNESSON, « L'impact sur la vie des enfants en l'absence de reconnaissance officielle des actes de naissance établis après GPA à l'étranger », préc.

¹⁵⁶ Une solution alternative, quoique radicale (et récemment condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Paradiso Campinelli*, préc.), consiste dans l'éloignement de l'enfant, confié à des familles d'accueil dans l'attente de pouvoir être adopté.

contrecarré pour être découragé. Au contraire : un refus systématique de reconnaissance des effets de la gestation pour autrui encourageait toutes les personnes qui voudraient avoir recours à une mère porteuse à se tourner vers des États où la procédure est plus opaque aux yeux des autorités (alors qu'à la suite des décisions plus récentes, un tel intérêt ne persiste que pour les mères d'intention voulant figurer dans l'acte de naissance)¹⁵⁷. Or dans un cas comme l'Inde, cet avantage est doublé d'un coût plus attractif, et il ne faut pas ignorer le fait que les abus et violations des droits de l'homme, surtout en ce qui regarde la mère porteuse, ont le plus de chances d'avoir lieu dans un État où la pratique est moins encadrée, et où les mères porteuses sont économiquement plus vulnérables¹⁵⁸.

Conclusion du chapitre

86. Ce chapitre part du constat qu'un exercice individuel de volonté est à la source du difficile encadrement des cas envisagés en guise d'introduction (le recours à une mère porteuse à l'étranger, la stipulation de clauses arbitrales dans les contrats de consommation, les victimes de dommages liés à l'activité des filiales de sociétés étrangères). À partir de ce constat, il a été question d'examiner de quelle manière cette volonté se manifeste, en identifiant dans le comportement des justiciables les éléments qui les encouragent à élaborer des techniques afin de soumettre leur situation à un cadre juridique plus favorable.

Les études réalisées sur le rôle de l'initiative individuelle dans le changement institutionnel mettent l'accent sur l'importance pour un particulier de pouvoir compter sur un résultat certain avant d'entreprendre la recherche d'une solution plus adaptée à sa situation. Ce chapitre s'est alors concentré sur la manière par laquelle les justiciables peuvent atteindre la certitude nécessaire pour garantir le succès de leur opération : par le recours à des institutions étrangères ou en exploitant la contradiction entre les solutions internes à un même ordre juridique.

¹⁵⁷ V. *supra*, § 64 et s.

¹⁵⁸ Sur la situation actuelle des mères porteuses en Inde, v. A. RABINOWITZ, « Paying for baby : the trouble with renting a womb », *The Guardian*, 28 avril 2016.

87. Le cadre qui résulte du déplacement ou de la stipulation de nouvelles conditions entre les parties au rapport bénéficie les intérêts de la partie qui a été à l'origine de l'adaptation du cadre. Toutefois, l'orientation de la solution vers la satisfaction d'un intérêt individuel peut se faire au détriment d'intérêts concurrents, individuels ou collectifs. Il incomberait au législateur d'assurer cet équilibre, mais la stratégie du justiciable qui a exercé sa volonté a des effets sur la manière par laquelle la loi applicable interviendra dans la situation. L'encadrement initialement prévu afin de protéger certaines catégories d'intérêts est menacé par la prédominance d'un intérêt individuel dans le cadre résultant de l'exercice de volonté. Les intérêts qui échappent à la portée de la décision rendue par un ordre juridique se trouvent dans un angle mort, notion qui fera l'objet du chapitre suivant.

Chapitre II. Les angles morts dans l'encadrement des situations internationales complexes

88. Les décisions prises par les tribunaux étatiques et arbitraux dans les cas d'Adrien Jay, de Romain Nikhil, de Mme Rado et de Maria Aguinda ont pour trait commun le fait que, tout en assurant à certains intérêts la protection qui leur est garantie par la loi, ces décisions finissent par porter atteinte à des intérêts concurrents. L'aspect insatisfaisant de ces décisions découle donc de leur incapacité à prendre en compte les intérêts en présence de manière équilibrée.

Le chapitre précédent illustre comment le cadre juridique ayant conduit à ces décisions est le résultat d'une stratégie poursuivie par certains justiciables dans le but de soumettre la situation à des règles plus favorables à *leurs* intérêts. Puisque cette stratégie a pour objectif la satisfaction d'intérêts individuels, elle risque d'ignorer les effets que le cadre résultant peut créer sur des intérêts concurrents. La poursuite d'un but spécifique par la manipulation de l'environnement normatif dans lequel la situation s'insère déstabilise le cadre de départ, au risque de créer des solutions imprévues par les différents ordres juridiques dont les règles servent de fondement à cette solution nouvelle. De ce point de vue, l'aspect problématique des solutions rendues dans ces espèces dépasse la question de droit international privé pour mettre en cause le traitement résultant d'un cadre juridique plus vaste et segmenté, qui dans sa complexité n'est pas en mesure de prendre en compte les différents intérêts en présence et d'en accorder un règlement adéquat.

Si, depuis la perspective du justiciable mobile, la question principale était celle de la réalisation d'un projet avec un certain degré de certitude, il sera maintenant question des conséquences de cette stratégie sur l'encadrement de la situation de manière générale. Quoique l'approche soit ici qualitative (dès lors qu'elle tient compte du caractère satisfaisant de la solution, tel que défini dans le premier alinéa de ce chapitre), il ne sera pas question de s'interroger quant à la *teneur* du droit matériel appliqué. Le caractère satisfaisant de la solution est ici envisagé depuis la perspective des intérêts en présence, en vérifiant si une décision a failli à tenir compte de certains parmi ces intérêts et pourquoi.

89. La stratégie poursuivie par les justiciables tend à éviter l'application d'une norme en interposant un obstacle, ou en éloignant la situation de son champ d'application. Ce mouvement a inspiré une analogie avec la manipulation du champ visuel d'un observateur. En restreignant l'espace qui peut être vu par celui-ci, on réduit le domaine des variables qui pourront être considérées au moment d'une prise de décision. La métaphore de l'angle mort est alors parue adaptée pour une meilleure description du problème qui lie des cas aussi distincts comme ceux des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil, de Mme Rado ou encore de Maria Aguinda.

Celle-ci facilite la compréhension en fournissant une ligne d'analyse commune aux cas difficiles envisagés antérieurement, ainsi qu'à ceux d'autres justiciables qui se trouveraient dans une situation similaire. L'idée s'articule autour de deux éléments principaux: l'aspect optique, remettant au champ de vision d'un ordre juridique (**Section I^{ère}**) et l'aspect volontaire du maniement de ce *champ de vision*, par l'éloignement ou l'interposition d'obstacles entre la situation et la portée d'un regard que l'on voudrait éviter (**Section II**).

Section I^{ère}. La perspective adoptée dans l'identification de l'angle mort

90. En tant que phénomène optique, l'angle mort n'existe que depuis une certaine perspective. Ce qui se trouve occulté aux yeux d'un observateur peut être vu par un autre, et le même observateur dont la vision était limitée peut avoir un regard plus large en adoptant une différente perspective (depuis un lieu plus élevé, par exemple). On ne peut ainsi s'inspirer de cette métaphore qu'après avoir établi une perspective de départ – de quel point de vue les situations présentées antérieurement peuvent être comparées à un angle mort. À cette fin, il demeure nécessaire d'identifier ce qui se trouve dans la position de l'observateur (**Paragraphe I^{er}**) et, ensuite, ce qui se trouve occulté dans l'angle mort (**Paragraphe II**).

**Paragraphe 1^{er}. L'observateur incapable de voir l'objet :
l'ordre juridique chargé de prendre une décision.**

91. La perspective adoptée pour l'identification des angles morts est celle d'un ordre juridique en mesure de prendre des décisions à l'égard d'une situation. La position de l'ordre juridique par rapport à l'angle mort peut être distinguée selon qu'il s'agit d'une approche optique du phénomène (A) ou de l'aspect balistique de la métaphore, où il n'est pas suffisant de voir l'objet, mais aussi de l'avoir à portée de tir (B). Ces deux approches permettent de distinguer parmi les angles morts relatifs et les angles morts absolus (C).

**A. Le champ de vision de l'observateur : la volonté d'un
ordre juridique de prendre des décisions à l'égard de la
situation.**

92. Si l'on compare la position d'un ordre juridique par rapport à une situation à celle d'un observateur par rapport à un objet, il faut avoir comme point de départ l'élément essentiel de la métaphore : le champ de vision. Dans le cas d'un observateur, le champ visuel détermine les contours de l'environnement qui l'entoure, et dans lequel il exercera une action. Cette expérience sera transposée, dans le cas de l'ordre juridique, au champ d'application des règles et au domaine de la compétence des tribunaux et des autorités – ou bien le domaine dans lequel cet ordre juridique entend exercer son pouvoir et prendre des décisions¹⁵⁹.

93. Le champ visuel d'un ordre juridique est ainsi composé d'une multitude de faisceaux qui correspondent aux cas visés par chaque règle. En optique, le phénomène de la vision humaine correspond à l'image qu'un rayonnement de lumière crée sur la rétine. La qualité et la couleur de l'image varient selon la quantité de lumière éclairant l'environnement observé. Suivant le même raisonnement, dans le cas de l'observateur-

¹⁵⁹ Idée proche de celle de « juridiction » dans le sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme : « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

ordre juridique, une situation sera plus facilement observable si celle-ci est assez proche ou si elle est directement visée par une règle. Un ordre juridique étatique peut donc tout d'abord « voir » l'ensemble des situations internes, en raison de leur proximité. De même, dans la mesure où une situation correspondra au cas prévu par une règle, la qualité de l'image sera plus nette, avec moins de distorsions.

En revanche, au fur et à mesure que l'objet s'éloigne, son observation sera plus difficile, jusqu'à échapper complètement de la portée du regard de l'observateur. Cet événement sera rapproché, dans le cas d'un ordre juridique, aux situations qui s'éloignent du cadre interne pour créer des liens avec des ordres juridiques étrangers. Un distancement n'est pas, cependant, le seul moyen pour masquer un objet aux yeux d'un observateur. L'objet peut être occulté derrière un écran, ou être observé depuis une lumière si faible ou particulière que ses caractéristiques sont dénaturées. Ces aspects peuvent être transposés aux cas difficiles, ou bien ceux où la manière par laquelle la loi sera appliquée soulève plus de questions, et risque de ne pas conduire à un résultat optimal (à l'égard aussi bien du cas concret que de ce qui était envisagé par le législateur).

La vision est un phénomène sensoriel, et donc relatif. Les jeux sur les illusions d'optique, les œuvres d'art exploitant la sensation de profondeur ou le dilemme autour de la couleur d'une robe devenue célèbre sur les réseaux sociaux illustrent la richesse et la complexité de ce phénomène. La métaphore du champ de vision pour décrire le rapport entre un ordre juridique et une situation n'est cependant pas suffisante pour analyser les cas qui ont inspiré cette étude. La notion d'angle mort ne se limite pas à une question optique, mais peut également faire référence à la possibilité pour une personne d'*atteindre* l'objet, ce qui nous amène à rapprocher le phénomène depuis une perspective *balistique*.

B. La portée de tir de l'observateur : l'emprise effective de l'ordre juridique sur la situation.

94. Il ne suffit pas pour un ordre juridique de vouloir que sa loi s'applique à la situation ; encore faut-il que celle-ci s'applique effectivement. Le champ d'application de la règle doit ainsi être envisagé en même temps que la possibilité pour l'ordre juridique d'atteindre la situation. L'emprise matérielle sur le cas ne se limite pas à l'existence d'un chef de compétence, mais comprend également le fait que l'affaire soit effectivement portée devant les tribunaux de l'ordre juridique. Ainsi, dans un cas comme celui de Mme Rado, par exemple, il n'était pas suffisant que la protection de la consommatrice soit envisagée par la loi française. En éloignant la procédure des tribunaux français par l'application du droit de l'arbitrage, l'ordre juridique a perdu la possibilité de faire valoir effectivement cette protection.

95. Une emprise de la loi sur la situation peut être également rendue possible par la voie de la coopération entre ordres juridiques. Quand un ordre juridique dont les tribunaux ont été saisis applique une loi étrangère, il redonne à l'ordre juridique la possibilité de prendre en main une situation qui est comprise dans son champ de vision, mais qui est échappée à sa portée de tir. La coopération est d'autant plus efficace qu'elle s'étend à une application de la loi aussi proche que possible de la pratique au sein de l'ordre juridique étranger. Dans cette hypothèse, l'ordre juridique qui applique la loi permettra non seulement à la loi étrangère de l'atteindre, mais reproduira plus fidèlement la « vision » de l'ordre juridique étranger, dans le sens de la manière par laquelle ce dernier perçoit et traite la situation.

Une coopération de ce type peut aussi être observée dans les décisions en matière de compétence, notamment dans les cas où un tribunal sursoit à statuer et invite les parties à se pourvoir devant les juges d'un autre État, aussi bien sur le fondement de l'exception de *forum non conveniens* que dans les cas de litispendance. Dans ces cas, l'ordre juridique devant lequel les parties devront présenter leur demande reprendra l'emprise matérielle sur la situation.

Finalement, une coopération en dehors du cadre contentieux peut également permettre à un ordre juridique d'exercer son influence sur la situation. Dans le cas de la

gestation pour autrui, ce dialogue est visible dans les conditions imposées naguère par l'Inde à la délivrance de visas médicaux aux parents d'intention : une éventuelle interdiction de la pratique dans l'État d'origine constituait un obstacle à l'obtention du visa par les parents d'intention¹⁶⁰.

C. Angles morts relatifs, angles morts absolus et *regulatory gaps*

96. Chaque observateur dispose de son propre champ de vision. Ainsi, un objet qui échappe à la portée du regard ou à la portée de tir d'un observateur peut être compris dans le champ de vision d'un autre. Dans cette hypothèse, l'angle mort dans lequel se trouve l'objet ne sera que relatif. En revanche, si l'objet se trouve dans une situation où il échappe au regard de tout observateur, alors dans ce cas-là l'angle mort dans lequel il se trouve est absolu.

97. Transposant cette image à la définition d'angles morts exploitée dans ce chapitre, le fait que des aspects d'une situation échappent à l'empire d'une loi ou à l'emprise effective d'un ordre juridique n'implique pas que certains intérêts en présence seront forcément ignorés dans la prise de décision. Si tous les éléments de la situation sont soumis à un ordre juridique en mesure d'en accorder un traitement qui prenne en compte l'ensemble des intérêts en présence, la décision qui en résulte ne présentera pas les défaillances (règle inadaptée, règlement déséquilibré qui porte atteinte à certains intérêts) que la problématique des angles morts suscite. Le traitement accordé à la situation sera certainement distinct de celui qui aurait prévalu dans l'ordre juridique de départ, mais il s'agirait en tout cas de la réponse donnée par un ordre juridique

¹⁶⁰ Les conditions pour l'obtention du visa medical étaient les suivantes : « *The Ministry of Home Affairs has decided that Foreign nationals intending to visit India for the purpose of Commissioning Surrogacy shall be issued Medical Visa subject to the fulfillment of following conditions: [...] (ii) A letter from the Embassy of the foreign country in India or the Foreign Ministry of the country should be enclosed with the visa application stating clearly that (a) the country recognizes surrogacy and (b) the child/children to be born to the commissioning couple through the Indian surrogate mother will be permitted entry into their country as a biological child/children of the couple commissioning surrogacy* ». Avant l'interdiction de la gestation pour autrui pour le compte d'étrangers, qui a rendu ces conditions obsoletes, le texte était disponible sur le site <http://www.immigrationindia.nic.in/content/surrogacy>.

autonome à un problème prévu. Dans la limite du respect de l'ordre public international, ce type de règlement ne serait pas en soi problématique.

98. La stratégie individuelle peut, en revanche, éloigner la situation de la portée d'un ordre juridique sans pour autant la soumettre en tant que telle à un ordre juridique étranger, chargé de prendre toutes les décisions à son égard. Ce qui rend complexes les cas envisagés en guise d'introduction, c'est la manière par laquelle le cadre juridique dans lequel ces affaires se trouvent insérées est fragmenté à plusieurs niveaux (interétatique, supranational ou encore à l'intérieur d'un même ordre juridique). La stratégie individuelle peut alors être le résultat d'une combinaison entre pratique et règles qui ne conduisent pas à un traitement cohérent de la situation. Il s'agit ainsi d'un problème de gouvernance¹⁶¹, dès lors qu'il est question d'une pratique pour laquelle aucune réponse normative n'a été élaborée, et dont les différents aspects sont encadrés par des règles aux origines variées et au contenu parfois conflictuel. Dans cette hypothèse, il existe un risque que certains aspects de la situation soient exclus dans le puzzle des décisions prises à son égard. Sans pouvoir être pleinement appréhendés par un ordre juridique, ces aspects (et les intérêts qu'ils concernent) se trouveront dans un angle mort *absolu*, phénomène qui suscite plus de difficultés et qui est au cœur de cette étude. Le problème dans ce cas-ci va outre la question de la coordination et de la continuité des rapports au travers des frontières, et relève de la gouvernance d'un problème spécifique qui échappe à l'emprise des règles applicables prises isolément.

99. L'idée de problèmes spécifiques à un contexte international pour lesquels une réponse normative satisfaisante fait défaut peut être rapprochée de la notion de *regulatory gaps*, indiquée par Robert Wai comme étant un obstacle fondamental à la coopération internationale pour la régulation des activités qui prennent place dans un contexte global¹⁶². Ces *gaps* surviennent « *dans la structure du système international contemporain là où il y a des problèmes transnationaux, mais des organes peu*

¹⁶¹ Sur le sens accordé au terme gouvernance dans le cadre de cette étude, v. *supra*, note 2.

¹⁶² R. WAI, « Regulatory liftoff and juridical touchdown : the regulatory function of private international law in an era of globalization », *op. cit.*, p. 250.

nombreux ou inadéquats »¹⁶³. Certes, comme fait noter l'auteur, la recherche de solutions internationales (traités, institutions, coopération ayant pour objet un problème spécifique) pour ce type de défaillance est favorisée. De ce point de vue, angles morts et *regulatory gaps* partagent l'origine et le point d'arrivée : s'agissant de problèmes issus de la fragmentation et du manque de cohésion dans le cadre normatif des activités internationales, la recherche d'une solution unique et harmonieuse permettrait d'éviter les effets pervers de ces défaillances. Si l'exemple donné pour illustrer les *regulatory gaps* est celui des dommages environnementaux, qui dans une certaine mesure est à l'ordre du jour dans le cas opposant Maria Aguinda à Chevron, la possibilité d'un traité en matière de gestations pour autrui internationales fait l'objet d'études à la Conférence de La Haye, et une protection supranationale des consommateurs aurait empêché au juge français de renvoyer Mme Rado à présenter sa demande à un tribunal arbitral¹⁶⁴. Dès lors que ces solutions internationales font défaut, cependant, reste la question de savoir de quelle manière d'autres instances de pouvoir prendront en charge ces types de problèmes. À cet égard, *regulatory gaps* et angles morts diffèrent légèrement quant à la définition du problème à résoudre.

100. *Regulatory gaps* relèvent d'un concept économique identifiant les cas pour lesquels l'intervention d'une autorité est nécessaire. Le constat de la carence de régulation dans un certain type de cas est également lié à une définition économique, telle que l'existence d'externalités négatives (une partie des coûts d'une activité est imposée sur d'autres acteurs) ou positives (l'activité crée un bénéfice pour d'autres acteurs, ce qui décourage un acteur de l'entreprendre)¹⁶⁵. Les différentes solutions

¹⁶³ *Ibid.*, p. 251.

¹⁶⁴ Cette solution a été retenue en matière de protection des consommateurs en droit européen par la Cour de Justice dans l'affaire *Claro* du 26 octobre 2006 (*Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. IDOT ; *JCP* 2007, p. 16, n° 1, chron. Ch. SERAGLINI ; *JDI* 2007, p. 581, note A. MOURRE).

¹⁶⁵ Il est également possible de voir dans la littérature relative aux activités économiques internationales une définition de *regulatory gap* qui assimile le problème au décalage entre le niveau de réglementation assuré à une activité d'un État à l'autre. Un article propose une formule mathématique pour les définir, où $\text{Reg Gap}_{s,r,t} = \text{Regulation}_{s,t} - \text{Regulation}_{r,t}$, s étant l'État de source et r l'État d'accueil : J. F. HOUSTON, C. LIN, Y. MA, « Regulatory arbitrage and international bank flows », *Journal of finance*, 2012, pp. 1845-1895, appendix p. 8. La même utilisation du terme *regulatory gaps* a été faite s'agissant des distorsions globales au sein d'une activité transnationale en matière de régimes applicables aux travailleurs de différents secteurs, pays et entreprises participant à une même chaîne globale d'approvisionnement : A. POSTHUMA, « Beyond 'regulatory enclaves' : challenges and opportunities to promote decent work in global

régulatrices suggérées pour ce type de problème supposent la possibilité d'internalisation aussi bien des coûts imposés aux autres (pour que l'acteur évite de les produire) que des bénéfices (afin d'inciter l'acteur à prendre des mesures d'intérêt général). Les économistes depuis l'étude fondatrice de Ronald Coase¹⁶⁶ s'interrogent quant aux moyens et au niveau de régulation nécessaire pour répondre à ces problèmes. En sciences politiques, une étude géographique a analysé la question du point de vue des autorités en mesure d'adopter des règles pour répondre aux externalités, en mettant l'accent sur le fait que ces autorités hésitent à prendre des mesures à l'égard des problèmes qui ne sont pas entièrement locaux, raison pour laquelle les activités transnationales demeurent sous-régulées¹⁶⁷.

La contribution du juriste est alors celle de s'interroger sur la mesure dans laquelle les mécanismes juridiques peuvent contribuer à éviter ou à contrecarrer les effets pervers des externalités, surtout de celles négatives. À cet égard, Robert Wai a insisté sur l'importance du contentieux international afin de permettre aux victimes de ces externalités d'obtenir une réparation, en forçant les acteurs économiques à internaliser, dans une certaine mesure, le coût imposé sur des tiers¹⁶⁸.

101. Les angles morts comprennent une gamme de problèmes plus vaste que les *regulatory gaps*, en se détachant de la nature économique de cette définition. Tout en constatant que la principale difficulté dans le traitement d'un cas comportant un angle mort revient à une carence de règles adéquates, cette carence ne se définit pas par rapport à des externalités, et s'étend à une question générale de gouvernance : quelles

production networks », in A. POSTHUMA et D. NATHAN, *Labour in global production networks in India*, Oxford : Oxford University Press, 2010, pp. 57-80. Cette définition n'est cependant qu'un prolongement de la notion fondée sur les externalités, dès lors que le décalage entre les règles applicables par différents États serait à l'origine d'un déplacement des activités vers des États où il serait possible de réduire les coûts par une plus grande tolérance envers les externalités négatives. La carence réside alors aussi bien dans l'État d'accueil que dans une régulation internationale de ces activités qui empêcherait aux États de tolérer des activités présentant des risques pour la société et de prendre partie à une « course vers le bas ».

¹⁶⁶ R. COASE, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, p. 1.

¹⁶⁷ W. W. BUZBEE, « Recognizing the Regulatory Commons: A Theory of Regulatory Gaps », *Iowa Law Review* vol. 89, 2003-2004, p. 1.

¹⁶⁸ Il s'agit du « touch down » permettant aux activités délocalisées de « revenir sur terre » et de faire l'objet de réglementations qu'elles auraient voulu éviter : R. WAI, « Regulatory Liftoff and Juridical Touchdown », *op. cit.*, pp. 265-266.

sont les sources de pouvoir participant à l'encadrement de la situation et de quelle manière ce pouvoir s'exerce-t-il.

Un cas comme celui des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil ne peut pas, par exemple, être appréhendé depuis une logique d'externalités et de dédommagement. De même, le cas de Mme Rado concerne davantage la question de l'accès par la partie à la justice que la réparation qui lui serait due. Finalement, si le cas de Chevron comporte en effet le problème des effets d'une externalité négative imposée à la population de Lago Agrio (la pollution de l'environnement), l'approche retenue ici se concentre sur le rôle de l'enchevêtrement des procédures dans le difficile accès par les victimes à des dommages-intérêts.

L'étude des angles morts a ainsi pour objet les rapports entre ordres juridiques dans le traitement de cas complexes, dont certains aspects échappent à la considération des autorités en mesure de prendre des décisions à leur égard. Alors qu'un *regulatory gap* peut être local, un angle mort concerne forcément une problématique qui traverse les frontières. Le dernier ne préjuge pas l'orientation retenue par un ordre juridique pour régler une certaine activité (ou au contraire s'abstenir de le faire), mais se concentre sur les effets de la diversité des règles et de leur exploitation stratégique sur la sauvegarde de certains intérêts qui finissent par être occultés.

Paragraphe II. L'objet occulté dans un angle mort : les intérêts ignorés dans la prise de décision.

102. Une situation peut être comprise dans le champ de vision d'un ordre juridique sans pour autant que tous les intérêts en présence soient également à la portée de son regard. En effet, dès lors que certains aspects d'une situation se trouvent visés par les règles d'un ordre juridique, la situation sera comprise, ne serait-ce que partiellement, dans son champ visuel. Il demeure cependant que cette vision sera limitée ; la décision qui sera rendue, en ne tenant pas compte des éléments qui échappent à la portée de la règle appliquée, risque d'ignorer certains des intérêts en présence, qui demeureront occultés dans un angle mort. Ce regard limité de la situation contribue en effet au cadre segmenté dans lequel les angles morts risquent d'apparaître. Alors qu'un premier ordre juridique dispose de règles qui s'appliquent à un aspect de la

situation, un second ordre juridique veut exercer son pouvoir à l'égard d'autres aspects, et cette fragmentation rend un traitement cohérent plus difficile.

103. La critique apportée aux cas envisagés antérieurement s'articule autour de la situation de trois justiciables (Adrien Jay, Romain Nikhil, Mme Rado et Maria Aguinda) dont la spécificité est ignorée dans le processus décisionnaire. Dans aucun de ces trois cas, cependant, il n'a été question de sciemment porter atteinte aux intérêts de ces parties : l'objectif de la règle appliquée à l'espèce n'était pas celui de nier à un enfant d'établir sa filiation, d'empêcher un consommateur d'avoir accès à la justice, ou encore d'imposer des obstacles à l'obtention de dommages-intérêts par une communauté victime de pollution. La solution n'était pas le fruit d'une prise de position équilibrée par rapport au sort de ces parties, mais l'effet collatéral du traitement accordé à ces situations par ceux qui devaient se prononcer à leur égard.

104. Les intérêts en présence dans les trois cas sont très distincts. Dans le cas des jumeaux nés d'une gestation pour autrui à l'étranger, leur intérêt individuel contraste avec un intérêt collectif de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, traduit en tant que limite à la reconnaissance en France de la filiation de ces enfants¹⁶⁹. Dans les autres deux cas, les intérêts des justiciables se trouvent opposés à ceux de la partie contre laquelle ils agissent : une société ayant son siège à l'étranger. L'intérêt de la société est toutefois doublé d'un objectif général de faciliter les échanges internationaux, sous-jacent aux règles procédurales appliquées aussi bien par le juge français à l'égard de Mme Rado que par le tribunal arbitral ou encore le juge américain dans le cas de Maria Aguinda. De leur part, l'intérêt individuel de ces parties peut lui aussi être rapproché d'intérêts collectifs, comme la protection des consommateurs et des parties faibles, ou, de manière encore plus sensible dans le cas des villageois équatoriens, la protection de l'environnement et des droits de l'homme.

¹⁶⁹ Dans sa décision du 26 juin 2014, la Cour de Strasbourg n'a pas considéré que cet objectif d'ordre public portait en soi atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais que la mise en œuvre de l'exception portait une atteinte disproportionnée aux droits des enfants : CEDH 26 juin 2014, *Menesson c. France*, préc., § 84.

105. Tous ces intérêts se trouvent sauvegardés, de manière générale, dans un ordre juridique étatique, et leur incorporation en tant que principes généraux du droit aux sources du procès arbitral est également possible, à partir du raisonnement adopté par un nombre croissant de tribunaux¹⁷⁰. Toutefois, dans le traitement concret des cas analysés, on observe que les règles appliquées ne tiennent pas compte de l'antagonisme central au cas, en laissant certains parmi les intérêts en présence dans l'ombre. De ce fait, la solution finale est non seulement insatisfaisante, mais également incompatible avec des intérêts que l'ordre juridique entend sauvegarder, mais qui échappent à la portée de la règle applicable prise isolément.

106. Une fois que les éléments qui servent de référence à l'identification des angles morts (l'observateur et l'objet occulté) ont été présentés, il sera question par la suite de la manière par laquelle l'exercice individuel de volonté tel qu'envisagé dans le chapitre antérieur interfère sur le champ de vision d'un ordre juridique.

Section II. La manipulation du champ de vision par un justiciable insatisfait des solutions immédiatement applicables à son cas

107. Le justiciable qui ne serait pas satisfait d'une solution qui s'applique à lui (commandée par un ordre juridique qui le *voit*) peut être tenté de sortir de la portée de cette règle, et de partir à la recherche d'une solution plus favorable à ses intérêts. Le chapitre antérieur a exploité les conditions dans lesquelles ce choix s'exerce, entre intérêts individuels et recherche de certitude. Il a alors été question des moyens dont peuvent se prévaloir les justiciables pour rechercher cette certitude, tout en se détachant des règles prévues par leur ordre juridique d'origine.

108. La stratégie dont il a été question dans le chapitre antérieur poursuit la finalité de satisfaire des intérêts individuels, sans forcément envisager son impact sur des intérêts concurrents. Le rôle joué par la volonté individuelle dans la création d'angles morts ne devient apparent qu'en envisageant ses effets depuis la perspective de

¹⁷⁰ Pour une étude empirique sur la pratique des tribunaux arbitraux dans ce sens, v. A. STONE SWEET, « Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez », *op. cit.*

l'observateur. La stratégie poursuivie par le justiciable mobile aura un impact sur le champ de vision d'un ordre juridique de deux manières : par l'interposition d'un obstacle entre l'observateur et l'objet (**Paragraphe I^{er}**) ou par le simple éloignement de l'objet, jusqu'à un point où l'observateur le perdrait de vue (**Paragraphe II**).

Paragraphe I^{er}. L'interposition d'un obstacle entre observateur et objet

109. Il est possible, par l'interposition d'un écran, d'occulter un objet initialement compris dans le champ de vision d'un observateur. De la même manière, le recours par un justiciable à certaines techniques conduit à éviter l'application d'une règle qui comporte la situation dans son champ d'application. Deux de nos trois exemples illustrent cette hypothèse : celui de Mme Rado et celui des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil.

110. En ce qui concerne le cas de Mme Rado, la clause compromissoire a été envisagée dans le chapitre antérieur en tant qu'élément permettant à une partie de pouvoir mieux anticiper le cadre juridique applicable à son contrat. Dans le cas d'une partie forte à un contrat d'adhésion, comme celui conclu entre Mme Rado et la société Paine Weber, les clauses qui stipulent les obligations réciproques des parties n'ont pas été négociées, et le cadre prévisible ne reflète que les choix exercés par la société. La clause compromissoire cristallise les attentes quant à la juridiction compétente, notamment en raison des effets négatifs du principe compétence-compétence, tels que reconnus par le droit français de l'arbitrage¹⁷¹.

La convention d'arbitrage s'interpose entre un ordre juridique et les intérêts affectés par la stratégie individuelle de deux manières principales. *Primo*, en compromettant la protection assurée par les règles qui facilitent l'exercice par une partie faible de son droit d'agir en justice. L'obstacle créé par la clause compromissoire concerne alors le cadre procédural de la situation. Un consommateur résident en France

¹⁷¹ Sur la contrariété des objectifs poursuivis par différents corps de règles comme élément permettant à un justiciable de se procurer plus de certitude, v. *supra*, § 76 et s.

aurait normalement pu bénéficier des dispositions protectrices du règlement Bruxelles I lui permettant de saisir les tribunaux de son lieu de domicile. Du point de vue de la compétence des tribunaux, donc, la situation est comprise dans le champ de vision de l'ordre juridique français, qui entend prendre une décision à son égard. La stipulation d'une clause compromissoire fait cependant échec à l'application de cette règle, comme un écran empêchant à un observateur de voir un objet qui se trouverait normalement compris dans son champ de vision.

Secundo, la stipulation d'une clause compromissoire a également pour effet d'enlever la situation de la « portée de tir » des tribunaux qui seraient en mesure d'appliquer certaines règles matérielles protectrices visant le consommateur. Certes, la stipulation d'une clause compromissoire n'empêche pas que les arbitres se chargent de faire respecter les lois de police protectrices¹⁷². L'absence d'une obligation dans ce sens-là rend toutefois cette hypothèse aléatoire. L'application de lois de police par un tribunal arbitral échappe au cadre étroit du contrôle de conformité à l'ordre public international tel que reconnu par la jurisprudence française¹⁷³. Plus concrètement, dans le litige opposant Mme Rado à Paine Weber, c'est la consommatrice qui aurait intérêt à demander l'*exequatur* de la sentence, dès lors qu'il s'agit de la partie lésée qui a pris l'initiative d'agir en justice à l'encontre de la société. Dans cette hypothèse, un contrôle *a posteriori* de l'application de règles protectrices aurait uniquement pu conduire, devant les tribunaux du siège, à annuler la sentence arbitrale afin de recommencer la procédure. Or le cas de Mme Rado a pour principal point critique le fait que la partie faible soit tout d'abord découragée d'initier le procès. Affronter des nouveaux dépens à

¹⁷² Dans sa thèse (*Lois de police et justice arbitrale*, Paris : Dalloz, 2001), Christophe Seraglini soutient qu'une véritable obligation pèse sur l'arbitre de donner effet aux lois de police qui se voudraient applicables. D'après l'auteur, l'élargissement du domaine de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause des règles d'ordre public ne devrait pas avoir pour corollaire l'abandon par l'État des politiques qu'il voulait assurer par le moyen de ses lois de police. Il n'y aurait là que le transfert à l'arbitre du devoir qui pesait sur le juge étatique de faire respecter cette réglementation.

¹⁷³ Les arrêts *Thalès* (Paris, 18 novembre 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 751 ; *JDI* 2005, p. 357, note A. MOURRE ; *Rev. crit. DIP* 2006.104, note S. BOLLEE) et *Cytec* (Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2008, *D.* 2008, p. 1684, obs. X. DELPECH) retiennent une approche minimaliste du contrôle de conformité à l'ordre public international, selon laquelle seule doit être sanctionnée la violation « *flagrante, effective et concrète* » de l'ordre public. La Cour de justice des communautés européennes a cependant retenu une approche opposée à l'égard des règles impératives du droit de l'Union. Dans l'arrêt *Eco Swiss* (CJCE 1^{er} juin 1999, *Rev. arb.* 1999, p. 631, note L. IDOT ; *RTD Com.* 2000, p. 340, obs. E. LOQUIN), la Cour a en effet imposé aux juges étatiques la charge de contrôler la conformité des sentences arbitrales à ces règles, dès lors que leur droit procédural interne admettrait un contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public.

la suite d'une première sentence arbitrale défavorable (admettant que la non-application des règles protectrices eut été à l'origine de la défaite) serait inconcevable. En outre, si dans un cas similaire le siège du tribunal arbitral se trouvait dans un État différent du siège de la société, il y aurait un risque de reconnaissance de la première sentence dans cet État, alors même qu'elle aurait été annulée¹⁷⁴. Une nouvelle procédure serait alors inutile, dès lors qu'il ne serait pas possible pour la partie faible d'obtenir l'*exequatur* d'une éventuelle décision favorable dans l'État où la partie défenderesse dispose de biens sur lesquels exécuter la sentence.

La clause compromissoire conduit donc à interposer un obstacle entre une situation et un ordre juridique qui voulait initialement conférer une protection à la fois procédurale et matérielle à la partie faible.

111. La stratégie mise en place par le père d'intention des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil, en revanche, suit celle d'autres justiciables qui se rendent à l'étranger pour constituer des rapports de famille que leur loi personnelle interdit. On présente ainsi la demande aux institutions d'un État étranger, après avoir constaté que celles-ci statueront selon les conditions imposées par la *lex fori*, sans tenir compte des empêchements prévus par la loi personnelle de la partie demanderesse.

L'interposition d'un acte constitué régulièrement à l'étranger permettra au justiciable d'avoir sa demande reçue par son ordre juridique d'origine non plus comme un acte interdit par la loi locale, mais comme la reconnaissance d'une situation étrangère. Le champ de vision de l'ordre juridique d'origine se trouve alors réduit aux conditions imposées à la reconnaissance. Or comme l'illustre le cas des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil, la décision prise à partir de ce champ de vision rétréci ne comprend plus pleinement tous les intérêts en présence, irréversiblement affectés par le déplacement des justiciables. Dans cette hypothèse, la seule application automatique de l'interdiction de départ ne permet plus de rendre compte de tous les aspects de la

¹⁷⁴ En France, la jurisprudence *Bechtel* de la Cour d'appel de Paris (Paris, 29 septembre 2005, *Rev. arb.* 2006, p. 695, note H. MUIR WATT ; *Rev. crit. DIP* 2006.387, note A. SZEKELY) s'oppose à ce que le jugement d'annulation puisse être reconnu, et l'annulation de la sentence ne fera pas obstacle à ce que celle-ci soit reconnue en France, selon la décision retenue dans l'affaire *Putrabali* (Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2007, *Rev. crit. DIP* 2008.109, note S. BOLLÉE ; *D.* 2008, p. 1429, chron. L. DEGOS, *RTD Com.* 2007, p. 682, obs. E. LOQUIN ; *JDI* 2007, p. 1236, note T. CLAY).

situation, et compromet le respect d'autres principes tels que l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, le droit au respect à la vie privée et familiale, sauvegardé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, est en effet compromis par une décision de refus de reconnaissance¹⁷⁵.

112. L'exercice de volonté intervient sur le champ de vision d'un ordre juridique non seulement en limitant sa portée par l'interposition d'un obstacle, mais également en éloignant les éléments de la situation, qui ne pourront plus être pleinement observés.

Paragraphe II. L'éloignement de l'objet du champ de vision de l'observateur

113. L'élection par une société d'un ordre juridique étranger sous l'égide duquel une activité sera réalisée comporte, dans la plupart des cas, un déplacement matériel vers le territoire de l'État choisi¹⁷⁶. En se déplaçant, une société n'interpose pas directement un écran entre les règles plus strictes de son ordre juridique d'origine et l'activité réalisée au sein de l'État d'accueil¹⁷⁷. L'éloignement de l'activité de la portée de ces règles est plutôt conséquence de l'éloignement matériel de la situation par rapport au territoire de l'État d'origine, dont les règles auront moins de titre à s'appliquer aussi bien en fonction du manque de proximité que de règles pour la désignation de la loi applicable tels que le principe *lex loci delicti*¹⁷⁸. D'un point de vue procédural, cet éloignement pourra également justifier un sursis à statuer sur le

¹⁷⁵ CEDH 26 juin 2014, *Menesson c. France* et *Labbassée c. France*, préc.

¹⁷⁶ Une exception consiste dans la constitution d'une société à l'étranger, dans un cadre fiscal et réglementaire plus favorable à l'entrepreneur, pour exercer la même activité sur le territoire de l'ordre juridique de départ. Dans cette hypothèse, la stratégie de l'entrepreneur se rassemble à celle de l'interposition d'un écran, celui de la personne morale étrangère.

¹⁷⁷ S'il est possible d'identifier la responsabilité du siège, l'indépendance de la personne morale étrangère ne fera pas obstacle à la poursuite de la société mère devant les tribunaux de l'État d'origine.

¹⁷⁸ H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.*, p. 266 et s.

fondement de l'exception de *forum non conveniens* là où cette possibilité sera prévue par l'ordre juridique¹⁷⁹.

114. Dans le cas de Maria Aguinda, si l'État d'origine de la société ne s'est pas retenu le for le mieux placé pour juger l'affaire, la question de la responsabilité de la société a tout de même été traitée par l'État d'accueil, dont les tribunaux ont accordé un montant significatif de dommages-intérêts aux victimes¹⁸⁰. En s'éloignant du champ de vision et de la portée de tir d'un ordre juridique, la situation est donc tombée dans le domaine d'un autre, qui a reconnu le problème et y a répondu.

Cette affaire est cependant complexe en ce que les faits qui ont donné origine au contentieux sont à la portée de plusieurs observateurs : la justice de l'Équateur, la justice américaine pour ce qui regarde la régularité du procès, et le traité bilatéral d'investissements sur le fondement duquel une procédure arbitrale a eu lieu. Ces regards croisés risquent de diverger quant à l'aspect de la situation qui sera mis au foyer au moment de l'observation, réservant pour celle-ci un traitement segmenté dans lequel certains intérêts restent occultés.

Conclusion du chapitre

115. La facilité pour un justiciable de se déplacer et de soumettre sa situation à un cadre juridique plus favorable encourage l'exploitation stratégique de la diversité des droits afin de développer des régimes sur mesure pour des besoins spécifiques. Toutefois, ce qui peut être à l'origine d'un avantage pour ces justiciables créatifs¹⁸¹

¹⁷⁹ L'exception de *forum non conveniens* est intervenue dans la première phase du contentieux opposant Maria Aguinda et sa communauté à Texaco (avant que la société ne soit achetée par Chevron) : U.S. court of appeals, 2nd circuit, 16 août 2002, *Aguinda v. Texaco*, préc.

¹⁸⁰ Solution qui peut être distinguée de celle rendue dans l'affaire *Bhopal* (v. *supra* § 31) où, à la suite d'une décision de *forum non conveniens* de la part des juridictions américaines, les victimes de l'accident industriel ont eu droit à un montant dérisoire par rapport au dommage subi.

¹⁸¹ Le justiciable créatif est celui qui est à l'origine de solutions sui generis, faites sur mesure pour son cas. Cela n'est possible que grâce au savoir-faire de la profession juridique, que Doreen McBarnet distingue entre la « routine » et la « créative ». Dans cette dernière, « *lawyers are not simply means to the implementation of statutory or other ready-made rights, but*

risque d'occulter des intérêts concurrents, à la fois collectifs ou de tiers. Ainsi, si au sein d'un même ordre juridique les solutions normatives sont le résultat de choix politiques retenant un certain équilibre parmi ces intérêts, l'insertion d'éléments étrangers déstabilise ce cadre. En interposant un écran ou en s'éloignant afin d'échapper à la portée d'un ordre juridique, les justiciables mobiles finissent par enlever d'autres intérêts à la considération d'un ordre juridique qui les sauvegardait, en les plaçant dans un environnement où l'application formelle des règles risque de ne pas leur accorder un traitement adéquat.

116. Le difficile traitement de ces situations est un problème structurel, dans le cadre duquel la volonté individuelle joue un rôle tout en demeurant un élément du problème parmi d'autres. La stratégie des justiciables est fondée non seulement sur le maniement de la diversité entre droits étatiques, mais surtout sur l'exploitation des contradictions entre corps de règles s'appliquant à un même cas. Ainsi, en plus d'être confrontés à un phénomène difficile à combattre (le développement de solutions nouvelles par des justiciables créatifs), les États reçoivent les effets de ces solutions de manière isolée, depuis une perspective trop restreinte, au détriment des intérêts dont la sauvegarde n'a été effectivement assurée par aucun ordre juridique. Or tout comme la possibilité dont disposent les justiciables de se rendre à l'étranger afin d'obtenir ce qui ne leur est pas autorisé, ce qui est trop coûteux ou ce qui n'est pas disponible dans les limites de leur ordre juridique d'origine, les obstacles qui découlent de la fragmentation du cadre juridique sont également inévitables.

117. Le problème dérive donc davantage de la manière par laquelle un objet est observé que de l'acte individuel qui risque de le déclencher. Les difficultés qui sont à l'origine des angles morts dérivent de la manière par laquelle les rapports sont encadrés par les différents ordres juridiques ayant à en connaître, et par les limites dans la prise de décision. À la suite d'une mauvaise articulation entre les différentes sources ayant un

creators of legal techniques, definitions, and devices » : D. MCBARNET, « Law, Policy, and Legal Avoidance: Can Law Effectively Implement Egalitarian Policies? », *op. cit.*, p. 118. L'auteur lie l'accès à ce type de service à l'inégalité dans l'élaboration de solutions sur mesure (sans le but d'éviter l'application d'une règle) : « *so long as there is unequal access to the creative role of lawyers, avoidance techniques are bound to be available only to those with the resources to buy legal expertise to tailor-make law to fit their own interests* » (*Ibid.*, p. 119).

titre à encadrer le rapport en question, les intérêts, qui ne peuvent pas être contemplés dans leur entièreté par l'observateur, ne sont pas équilibrés dans la solution finalement rendue. L'application combinée de règles aux origines distinctes dans un cadre normatif nouveau et étranger aux objectifs poursuivis par les règles qui le structurent est alors à l'origine de solutions qui ne sont pas en mesure de prendre en compte (de « voir ») certains intérêts en présence, individuels ou collectifs.

118. Si la stratégie individuelle se limite à exploiter la diversité et les contradictions entre sources normatives, l'exercice de volonté demeure tout de même l'élément déclencheur des problèmes qui viennent d'être discutés. Il demeure ainsi essentiel de procéder à une analyse de l'impact sur la création d'angles morts des méthodes qui encadrent l'acte de volonté.

Titre II. Le cadre de l'exercice de la volonté individuelle

119. Si l'on offre à un individu rationnel la possibilité d'exercer un choix, on ne peut que s'attendre à ce qu'il choisisse l'option qui satisfait au mieux ses attentes et ses intérêts. Ces objectifs ne se limitent pas à la sécurité juridique qui découle du choix de la loi, mais comprennent également des résultats matériels. L'action stratégique permet à un justiciable d'intervenir sur les règles du jeu¹⁸², ne serait-ce qu'en déterminant selon *quelles* règles le jeu sera joué – ou, par une combinaison de règles, en créant un jeu différent du préexistant.

Il a été question dans le titre précédent du rôle joué par la recherche de certitude dans le développement d'une stratégie de changement du cadre juridique¹⁸³. En déterminant dans quelle mesure il sera possible de soumettre la situation à une loi autre que celle qui aurait vocation à s'appliquer en absence de choix, les règles de droit international privé déterminent les conditions pour que cette prévisibilité soit atteinte. L'autonomie dans le choix de la loi applicable est ainsi admise et tolérée par les mécanismes de droit international privé qui l'encadrent, et par la combinaison de règles disponibles et prévisibles les justiciables pourront élaborer un cadre sur mesure qui risque de contredire les solutions en vigueur¹⁸⁴ et d'être à l'origine d'angles morts.

120. Si le pouvoir dont disposent ces justiciables peut susciter des difficultés dans l'encadrement de l'activité telles que celles envisagées dans le titre antérieur, la volonté peut également jouer un rôle important dans l'encadrement des rapports de droit privé, dès lors qu'en accordant des conséquences juridiques au choix des parties on contribue

¹⁸² La terminologie a été empruntée à la définition donnée par Douglass C. North au concept d'*institutions* : *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, *op. cit.*, p. 3. La définition est assez large pour être utilisée dans ce contexte, dès lors qu'elle inclut « *any form of constraint that human beings devise to shape human interaction* ». *Ibid.*, p. 4.

¹⁸³ J. BECKERT, « Agency, Entrepreneurs and Institutional Change. The role of strategic choice and institutionalized practices in organizations », *op. cit.*, p. 784-785. V. *supra*, § 36.

¹⁸⁴ J. BECKERT, « Agency, Entrepreneurs and Institutional Change. The role of strategic choice and institutionalized practices in organizations », *op. cit.*, p. 784: « *Institutions not only reduce uncertainty but they also provide the basis for strategies which stand in contradiction to institutionalized practices and therefore threaten their "taken-for-granted" status* ». Cet effet destructif de la stratégie donne origine à une nouvelle dynamique, par laquelle les individus auront tendance à se baser, en attente de prévisibilité, sur les solutions formulées par les autres individus, plutôt que sur celles précédemment établies par le droit. *Ibid.*, 786-789. Pour une analyse de la théorie institutionnelle appliquée aux questions de droit international économique, v. Robert WAI, « Transnational private law and global contestation in global economic governance », in : D. P. FERNANDEZ ARROYO, H. MUIR WATT, *Private international law and global governance*. Oxford University Press, 2014, p. 34.

à leur sécurité juridique. Il y a donc une question d'équilibre entre les résultats satisfaisants rendus possibles par l'autonomie et les effets néfastes de l'exercice individuel de la volonté sur des intérêts concurrents. Ce titre aura pour objet des mécanismes qui, tout en poursuivant un but de sécurité juridique, limitent l'exercice de la volonté, en s'interrogeant sur leur potentiel dans la prévention d'angles morts. Deux cas seront distingués quant aux modalités pour l'exercice de la volonté et quant aux instruments pour leur encadrement en droit international privé. Il sera tout d'abord question du cas classique de l'*electio juris*, possibilité circonscrite à des cas précis et dotée d'un cadre propre (**Chapitre I^{er}**). L'élection d'un cadre juridique plus satisfaisant par un déplacement territorial ne dispose cependant pas d'un cadre a priori, et produit des effets qui n'ont pu être anticipés par aucun des ordres juridiques impliqués. Se pose alors la question de leur encadrement a posteriori lors de la réception des effets du déplacement par les mécanismes de droit international privé (**Chapitre II**).

Chapitre I^{er}. L'encadrement de la volonté exercée par l'*electio juris*

121. Le principe d'autonomie permet aux justiciables d'écarter une loi qui aurait vocation à s'appliquer au profit d'un droit de leur choix. En ce faisant, on priorise la volonté individuelle par rapport aux intérêts collectifs que la loi incarne. Sans rentrer dans la discussion théorique autour des objectifs de la règle de droit international privé, il sera ici question d'analyser de quelle manière des intérêts autres que ceux de la partie qui réalise le choix sont pris en compte dans le cadre de l'*electio juris*.

L'autonomie n'est tout d'abord pas illimitée ; le cadre imposé par l'ordre juridique qui admet le choix de la loi réduit les risques d'effets néfastes (**Section Ière**). Ce cadre est toutefois relatif ; puisqu'il varie d'un ordre juridique à l'autre, les effets concrets de l'autonomie sur les droits des tiers doivent être analysés en même temps que le rôle joué par l'autorité saisie (**Section II**).

Section I^{ère}. L'exercice encadré de la liberté individuelle dans le choix de la loi applicable

122. Les contrepoids à l'autonomie évitent qu'un ordre juridique perde l'emprise sur une situation comprenant des intérêts qui ne peuvent pas, selon la conception de ce même ordre juridique, être abandonnés à la volonté des parties (**Paragraphe I^{er}**). Des règles spécifiques ont également pour objet de sauvegarder les intérêts des parties faibles à des contrats internationaux (**Paragraphe II**).

Paragraphe I^{er}. La sauvegarde des intérêts collectifs par les contrepoids imposés à la volonté

123. Les règles de droit international privé qui admettent l'autonomie des parties dans le choix de la loi poursuivent un objectif central : la sécurité juridique. La doctrine sur le principe d'autonomie s'est cependant étendue, au-delà de cet objectif de base, sur la mesure dans laquelle le choix de loi serait légitime. Les parties qui disposent de la possibilité de choisir le droit applicable à leur rapport sont en effet en mesure de comparer différents systèmes juridiques afin d'élire celui qui leur convient le mieux¹⁸⁵. Ainsi, au-delà des valeurs rattachées à la sécurité juridique (familiarité avec la loi choisie, proximité et adaptabilité avec le rapport), reviennent en cause des considérations à caractère substantiel, plaçant les justiciables dans un marché de produits normatifs¹⁸⁶. Le renforcement de ce marché peut être perçu, dans un contexte fédéral, comme un objectif en lui-même, pouvant porter à une saine concurrence et à la conséquente amélioration des règles¹⁸⁷. Quoi qu'il en soit de la réalité d'un tel effet et de la direction dans laquelle il évolue, les effets bénéfiques de la concurrence sont difficilement envisageables dans un contexte non fédéral et fragmenté comme celui dans lequel évoluent les rapports internationaux.

Afin d'éviter les abus dans l'exercice de l'autonomie, le choix de la loi peut être encadré par rapport aux lois parmi lesquelles choisir (**A**), ainsi que par des techniques de droit international privé, comme les lois de police (**B**) et l'exception d'ordre public (**C**). La fraude à la loi ne saurait cependant sanctionner l'exercice par les parties de leur volonté pour choisir la loi applicable à leur rapport (**D**).

¹⁸⁵ G. P. ROMANO, « Les justiciables face à la comparaison des droits : vers la démocratisation d'un droit savant ? », *op. cit.*

¹⁸⁶ Sur la notion de marché de produits normatifs, v. H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.*, p. 51 et s.

¹⁸⁷ Sur le modèle économique du fédéralisme, v. *ibid.*, pp. 60-63 et bibliographie citée.

A. La limitation de la marge de choix, équilibre entre liberté individuelle et valeurs collectives.

124. Une manière d'encadrer l'exercice de l'autonomie est celle de réduire le spectre du marché offert au justiciable, lui permettant de profiter des avantages de l'autonomie sans pourtant l'utiliser comme un artifice pour se procurer un avantage jugé illégitime. Cette considération est vraie dans certains ordres juridiques même en matière contractuelle, où les parties ne peuvent pas écarter la loi applicable au contrat au profit du droit d'un État qui n'aurait aucun lien avec le rapport¹⁸⁸. En application du règlement Rome I, le choix des parties n'est pas limité à une liste de lois disponibles, mais l'autonomie est conditionnée par le rattachement territorial du rapport. Il ne sera pas possible de déroger aux dispositions simplement impératives d'un État où tous les éléments de la situation sont localisés¹⁸⁹, ni à celles du droit communautaire si le choix est dirigé vers la loi d'un État tiers alors que la situation se déroule sur le territoire de l'Union¹⁹⁰. Ces limites ont été étendues à la responsabilité extracontractuelle par le règlement Rome II¹⁹¹. La limitation des possibilités de choix peut également tendre à encadrer un marché sensible et mieux protéger des parties faibles. Tel est le cas dans la technique adoptée par le règlement Rome I en matière de contrats d'assurance, où la protection de l'assuré n'est pas garantie par une exception au profit de dispositions matérielles protectrices, mais découle d'une limitation du choix de la loi¹⁹².

125. Le choix de la loi a été admis en matière de divorce par le règlement n° 1259/2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi

¹⁸⁸ P. NYGH, « The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort », *RCADI* vol. 251 (1995), pp. 269-400, spéc. p. 306-7.

¹⁸⁹ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *JO L 177/6* du 4 juillet 2008 (ci-après « règlement Rome I »), art. 3.3.

¹⁹⁰ *Ibid.*, art. 3.4.

¹⁹¹ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *JO L 199/40* du 31 juillet 2007 (ci-après « règlement Rome II »), art. 14 (§ 2 et 3).

¹⁹² Règlement Rome I, art. 7.

applicable au divorce et à la séparation de corps¹⁹³. Cette solution permet aux parties de mieux prévoir et planifier leur rapport, tout en facilitant l'accès au divorce à des couples binationaux. En permettant aux époux de soumettre leur demande à différentes lois, le règlement les met en mesure de les comparer et de choisir le droit accueillant leur demande plus facilement. La marge de choix est cependant limitée à la loi de l'État de résidence (ou de leur dernière résidence commune), à celle de l'État de nationalité ou à celle du for¹⁹⁴. Le règlement ne va donc pas jusqu'à provoquer l'apparition de ce que certains appellent des « usines à divorce »¹⁹⁵, dès lors que la faculté de choisir la loi applicable n'est pas offerte à tous les justiciables, et que l'articulation avec le règlement n° 2201/2003¹⁹⁶ réduit sensiblement le *forum shopping* qui aurait pu résulter de la possibilité offerte aux époux de soumettre leur rapport directement à la loi du for¹⁹⁷. Une catégorie d'époux –de même nationalité, ayant toujours résidé sur le territoire de leur État national– se trouve exclue de la possibilité de choisir la loi applicable par la combinaison des deux textes¹⁹⁸. Le choix de la loi applicable ne permet ainsi qu'à des

¹⁹³ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (dit « Rome III »), JO L 343/10 du 29 déc. 2010.

¹⁹⁴ Règlement (UE) n° 1259/2010, précité, art. 5 : « Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes : a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention; ou c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention; ou d) la loi du for ».

¹⁹⁵ L'expression est utilisée pour décrire les juridictions « exerçant leur compétence en absence de rattachement suffisant avec les parties ou avec l'objet du litige », et en appliquant directement la *lex fori* : B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Paris : Dalloz, 1974, p. 53 (selon l'auteur, la dissociation de la compétence juridictionnelle et de celle au fond écarterait le risque de fraude découlant du *forum shopping*).

¹⁹⁶ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 (« Règlement Bruxelles II bis »), JO L 338/1 du 23 déc. 2003.

¹⁹⁷ Règlement n° 1259/2010, précité, art. 5.1.d.

¹⁹⁸ Ces époux restent ainsi soumis à la compétence de leur « juge naturel », résultat qui exclut la fraude par le *forum shopping* telle que décrite par Bernard Audit dans sa thèse (la saisine d'un juge étranger « pour obtenir de lui ce que l'on ne peut pas obtenir de son juge naturel ») : *La fraude à la loi*, op. cit. note 77, p. 53. Les critères de compétence retenus par le règlement n° 2201/2003, listés à l'art. 3, sont le lieu résidence habituelle et la nationalité commune des époux. Les époux ayant la même nationalité et résidant au même lieu ne pourront donc pas se prévaloir de la *lex fori* afin de désigner une loi différente de celle de cet État, dès lors que les

époux dont le rapport constitue une situation de vrai conflit, dans le sens où plus d'une loi aurait vocation à s'appliquer à leur rapport, de ne pas se voir empêchés d'accéder au divorce en raison de l'application stricte d'un critère exclusif de détermination de la loi applicable. Le système se limite à harmoniser les critères déterminant la vocation de la loi à régir le rapport, en retenant la nationalité des époux et le lieu où ils sont établis. Cette solution s'exerce au sein du couple et ne risque pas d'affecter négativement la situation de tiers, tout en étant organisée de manière à favoriser une solution satisfaisante à la question de la dissolution du mariage.

126. En droit patrimonial de la famille, l'autonomie est tout d'abord admise en matière de régimes matrimoniaux, domaine dans lequel Dumoulin a écrit la consultation réputée être à l'origine du principe¹⁹⁹. La proposition de règlement de la Commission en la matière²⁰⁰ admet également le choix de la loi applicable, mais le limite à la loi de l'État de résidence habituelle (commune ou de l'un des époux) ou à celle de leur nationalité²⁰¹. Puisqu'il s'agit d'un domaine patrimonial, la décision quant à la loi applicable risque d'affecter la situation de tiers davantage qu'en matière de divorce. Ce risque est augmenté par le fait que la proposition de règlement permet aux époux de modifier la loi applicable au régime matrimonial en cours de route²⁰², et il pourrait être fait usage de cette possibilité pour porter frauduleusement atteinte aux droits de tiers. Afin de limiter le risque qu'un créancier se retrouve dans cette situation, le texte prévoit la possibilité pour un État de réserver l'opposabilité du choix aux tiers aux seuls cas où les formalités d'enregistrement et de publicité de cet État auraient été respectées, dès lors qu'il s'agit de l'État de résidence de l'un des époux ou du tiers, ou encore du lieu de situation de l'immeuble faisant l'objet du rapport²⁰³.

critères de compétence retenus par le règlement n° 2201/2003 les conduiront nécessairement à saisir les tribunaux de ce même État.

¹⁹⁹ B. ANCEL, H. MUIR WATT, « Annotations sur la Consultation 53 de Du Moulin traduite en français », in : *Le monde du droit, Mélanges Jacques Foyer*. Paris : Economica, 2007, p. 1.

²⁰⁰ Proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, disp. sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0106&from=FR>.

²⁰¹ *Ibid.*, art. 16.

²⁰² *Ibid.*, art. 18.

²⁰³ *Ibid.*, art. 35.

127. Le protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires²⁰⁴, incorporé au droit de l'Union par l'article 15 du règlement n° 4/2009 en matière d'obligations alimentaires²⁰⁵, prévoit la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à leur rapport alimentaire. Ici encore, l'autonomie est admise afin de permettre aux parties de mieux gérer leur situation, tout en encourageant la coordination de la solution en matière d'aliments avec celle prononcée à l'égard du régime matrimonial ou du divorce²⁰⁶. La délimitation des lois qui peuvent être élues par les parties reflète cet objectif : il sera possible de choisir parmi la loi de l'État de nationalité ou de résidence du créancier ou du débiteur d'aliments, la loi applicable au régime matrimonial ou celle applicable au divorce²⁰⁷. Le risque d'un rapport alimentaire déséquilibré, dans lequel une partie impose sa volonté à l'autre, est contemplé par le règlement, qui le limite par des règles spécifiques protégeant une partie vulnérable.

128. Enfin, en matière de successions, le *de cuius* pourra désigner sa loi nationale ou celle de l'État où il réside habituellement pour régir sa succession²⁰⁸. Le choix sera donc limité à deux lois différentes, et la *professio juris* ne sera ouverte en pratique qu'au *de cuius* qui a sa résidence habituelle dans un État autre que celui dont il possède la nationalité²⁰⁹, ou national de plus d'un État²¹⁰. Il se peut que le testateur exclu du cadre

²⁰⁴ Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, disp. sur : <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt39fr.pdf>.

²⁰⁵ Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JO L 7/1 du 10 janv. 2009 (ci-après : « règlement n° 4/2009 »).

²⁰⁶ Le protocole liste en effet parmi les lois pouvant être choisies par les parties celle « désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations » ainsi que celle « désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation » (*Ibid.*, art. 8.1.c et 8.1.d). Sur le risque de solutions contradictoires par l'application simultanée de droits différents au divorce et aux rapports patrimoniaux au sein du couple, v. *supra*.

²⁰⁷ Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, précité, art. 8.

²⁰⁸ Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, JO L 201/107 du 27 juillet 2012, art. 22.

²⁰⁹ La règle énoncée par le règlement pour déterminer la loi objectivement applicable désigne la loi de la résidence habituelle du défunt au moment du décès, sous réserve que « le défunt [ne] présentait [pas] des liens manifestement plus étroits avec un [autre] État » (Règlement n° 650/2012, art. 21).

prévu par l'article 22 du règlement se pose la question des avantages de l'adoption d'une nouvelle nationalité, mais sa manœuvre ne risquera pas moins d'être écartée sur le fondement de la fraude à la loi : le règlement admet la mise en œuvre de l'exception dans les États dont le droit international privé la prévoit²¹¹. L'identité de la juridiction compétente devient alors fondamentale, et le règlement la détermine de manière stricte, au profit des tribunaux de l'État où se trouve la résidence habituelle du défunt²¹² (et dont la *lex fori* sera donc la loi objectivement applicable). Ainsi, le *de cuius* qui réside dans l'État dont il possède la nationalité se trouve dans un cas pour lequel le législateur européen n'a pas estimé approprié d'admettre l'autonomie, et si cet ordre juridique sanctionne également la fraude à la loi, même le cas d'école d'une possible adoption de nationalité étrangère ne sera en mesure de lui offrir les avantages d'une loi autre que celle de son lieu de résidence.

La marge de choix dont dispose le *de cuius* d'après l'article 22 du règlement est certes étroite, mais elle peut suffire pour porter atteinte aux droits des personnes auxquelles la loi objectivement applicable donne la qualité d'héritiers réservataires. Malgré le principe énoncé dans le préambule du règlement, dans l'intention que « *ce choix [...] ne soit effectué avec l'intention de frustrer les attentes légitimes des héritiers réservataires* »²¹³, rien n'exclut que, en pratique, le droit d'option dont dispose le *de cuius* ne soit utilisé à cette fin. Il n'y a aucun principe commun au niveau européen sur la sauvegarde des intérêts de certaines catégories d'héritiers tels que les enfants (ou les seuls enfants mineurs) et le conjoint (ou le seul conjoint à charge). Ceci témoigne du fait que même parmi des cultures juridiques proches il peut y avoir des divergences importantes quant aux intérêts qui doivent primer sur l'intérêt individuel sauvegardé par le choix de la loi. En outre, une solution réservant des droits successoraux à certaines

²¹⁰ Le deuxième alinéa du premier paragraphe de l'article 22 énonce en effet que « *une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès* ».

²¹¹ Le paragraphe énonce littéralement que « *aucune disposition du présent règlement ne devrait empêcher une juridiction d'appliquer les mécanismes destinés à lutter contre la fraude à la loi, par exemple dans le cadre du droit international privé* ». La manipulation de la nationalité demeure l'élément objectif par excellence dans les (rares) cas de fraude à la loi retrouvés en droit positif, « *les autres éléments de rattachement [n'étant] guère en pratique utilisés pour réaliser une fraude* » : P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris : Montchrestien, 2011, p. 194, n° 270.

²¹² Règlement n° 650/2012, préc., art. 4.

²¹³ *Ibid.*, préambule, § 34.

catégories d'héritiers extrapolerait les compétences de l'Union en la matière, dès lors qu'elle apporterait une solution de droit substantiel dépassant la seule coordination par le droit international privé²¹⁴.

129. Les instruments de droit international privé qui admettent le choix de la loi en limitant sa portée établissent ainsi un équilibre entre d'une part la sécurité juridique et la liberté des justiciables, et d'autre la sauvegarde d'intérêts concurrents. Si ce cadre *a priori* se révèle insuffisant pour assurer la réalisation d'un objectif essentiel poursuivi par une règle impérative, celle-ci pourra être imposée par la suite en tant que loi de police.

²¹⁴ Cette formulation distinguant les solutions de droit matériel de celles en matière de droit international privé peut être artificielle. Les textes européens peuvent en réalité énoncer, par le droit international privé, des règles substantielles dépassant la seule coordination. L'autonomie prévue par le règlement n° 1259/2010 en matière de divorce conduit, indirectement, à garantir à des époux établis sur le territoire de l'Union le pouvoir de dissoudre leur mariage, quoique leur loi personnelle ne l'admette pas. Le texte, quoique relevant du droit international privé, n'apporte donc pas moins une solution de droit matériel de la famille. Cet exemple poursuit toutefois une logique opposée à celle dont il est question en matière de protection des héritiers réservataires. L'autonomie qui conduit à la réalisation d'une finalité substantielle est basée sur la possibilité conférée aux parties d'invoquer leur « *immunité à l'égard de la souveraineté* », pour reprendre la formule de Lea Brilmayer (« Rights, Fairness and Choice of Law », *Yale Law Journal*, 1989, p. 1277). Elle est libérale, et ne peut avoir pour effet que de délivrer le justiciable d'une quelconque contrainte de la part de l'État (celle de maintenir son lien matrimonial ; celle de destiner une partie de son patrimoine à des héritiers réservataires). La méthode pour atteindre le but de protection en matière de successions ne peut donc pas être la même que celle suivie en matière de divorce, mais son opposé, dès lors que les individus à protéger sont ceux subissant l'autonomie, et non le contraire. Pour le réaliser, le règlement aurait pu prévoir que les dispositions relatives aux réservataires constituent des lois d'application nécessaire, l'exercice de l'autonomie ne pouvant y porter atteinte. Tel n'a cependant pas été le choix normatif suivi, mais ce choix n'est pas casuistique ; le législateur européen a considéré la question avant d'opter pour la solution retenue, tenant compte de ses effets sur les intérêts des héritiers et des valeurs sous-jacentes en la matière. Ainsi, quoiqu'il puisse être dit que le règlement relatif au divorce et à la séparation de corps est animé par l'objectif de rendre la dissolution du mariage accessible à tous, les effets du règlement sur les successions sur la liberté offerte au *de cujus* d'exhérer des membres de sa famille est tout de même le résultat d'un choix de valeurs pris au moment de l'élaboration du texte.

B. La limitation du choix dans les domaines réglementés par les lois de police

130. Les lois de police constituent une limite classique à l'autonomie des parties. Le choix de la loi sera inefficace face à des règles d'application nécessaire, qui interviennent immédiatement « *en ce sens qu'elles se passent du procédé des conflits de lois* »²¹⁵. L'impérativité internationale de ces règles se justifie par le fait « [qu] 'il n'y va pas seulement des intérêts particuliers, ni même de l'intérêt commun en tant que somme des intérêts particuliers, mais bien de l'ensemble de ces intérêts quand ils sont pris en charge par l'organisation étatique »²¹⁶. L'intervention de règles d'application nécessaire est ainsi le principal contrepoids aux excès de l'autonomie, notamment dans la matière où celle-ci est plus étendue : les contrats internationaux²¹⁷. Le règlement Rome I réserve au juge saisi la prérogative d'appliquer les lois de police du for indépendamment de la loi applicable selon le règlement²¹⁸, mais soumet à des conditions additionnelles l'octroi d'effet aux lois de police tierces²¹⁹. Le projet de règlement européen en matière de régimes matrimoniaux reprend la même solution, et retient une formule très proche de celle utilisée par le règlement Rome I²²⁰. Les intérêts sauvegardés par les lois

²¹⁵ Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. Crit. DIP* 1966.1, p. 3 (souligné dans l'original).

²¹⁶ *Ibid.*, p. 13 (souligné dans l'original).

²¹⁷ La pratique est en effet reconnue par règlement Rome I, qui offre la célèbre définition reprenant l'idée exposée auparavant par Phocion Francescakis : « *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* » (art. 9-1 ; c'est nous qui soulignons).

²¹⁸ *Ibid.*, art. 9.2.

²¹⁹ L'effet à donner aux lois de police étrangères dépend de la mesure dans laquelle elles « *rendent l'exécution du contrat illégale* », conclusion à laquelle il faut arriver après avoir tenu compte « *de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application* » : *ibid.*, art. 9.3. Au-delà des limites présentées à l'article 9, l'application de lois de police en dérogation aux solutions prévues par le règlement ne devra pas porter atteinte de manière disproportionnée au droit de l'Union : v. not. CJCE 23 nov. 1999, *Arblade*, *Rev. crit. DIP* 2000.710, note M. FALLON. Sur l'articulation entre droit de l'Union et lois de police des États membres, v. C. KESSEDIAN, « Public order in European Law », *Erasmus Law Review* 2007-2008, pp. 25-36.

²²⁰ Le texte énonce en effet que « *les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des dispositions impératives dont le respect est jugé crucial par un État*

d'application nécessaire du for seront ainsi sauvegardés indépendamment du choix d'une loi étrangère.

C. La limitation du choix par l'exception d'ordre public

131. On ne permettra pas l'application d'une loi étrangère « *si cette application s'avère incompatible avec l'ordre public de cet État* »²²¹. Ainsi, le choix de la loi pourra *in fine* être écarté si le résultat concret de l'application de cette loi à la situation conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public du for. L'exception est au cœur du droit international privé, et a vocation à intervenir dans toutes les situations où il sera question d'accorder effet à des règles ou décisions étrangères²²².

Comme dans les mécanismes cités antérieurement, qui visent plus directement la volonté (en limitant le domaine des lois parmi lesquelles le justiciable peut choisir, ou en écartant les effets du choix en présence d'une loi de police), l'exception d'ordre public peut intervenir pour anéantir les effets d'un exercice de volonté dont les conséquences concrètes seraient intolérables. Les intérêts éloignés du champ de vision de l'ordre juridique de départ peuvent ainsi revenir à sa *portée*, à partir du moment où leur ignorance conduirait à un résultat aussi grave qu'il serait incompatible avec l'ordre public international.

132. Toutefois, plutôt que de permettre, en limitant les effets de l'autonomie, de retrouver l'équilibre entre les intérêts en présence, l'exception d'ordre public peut au contraire rendre le dialogue entre les sources dans un cadre juridique fragmenté encore plus difficile, en aggravant la situation. Tel a en effet été le cas pour Adrien Jay et

membre 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 régime matrimonial d'après le présent règlement » : Projet de règlement en matière de régimes matrimoniaux, préc., art. 22.

²²¹ A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* vol. 239, 1993, pp. 1-116, spéc. p. 22.

²²² L'exception est expressément envisagée dans les règlements européens dont il a été question plus haut : V. règlement Rome I, art. 21 ; règlement Rome II, art. 26 ; Protocole de La Haye en matière d'obligations alimentaires, art. 13 ; règlement n° 1259/2010, art. 12 ; règlement Rome IV, art. 35 ; Projet de règlement en matière de régimes matrimoniaux, art. 23.

Romain Nikhil, ainsi que pour les autres enfants qui, avant le revirement de la jurisprudence opéré par la Cour de cassation le 3 juin 2015²²³, n'avaient pas leur lien de filiation reconnu en France. Cet exemple démontre que l'équilibre entre « *intérêts particuliers* », « *intérêt commun en tant que somme des intérêts particuliers* » et « *ensemble de ces intérêts quand ils sont pris en charge par l'organisation étatique* »²²⁴ n'est pas toujours facile à établir.

D. Le rôle circonscrit de l'exception de fraude à la loi

133. Le droit français a parfois eu recours à la fraude à la loi pour « sanctionner un comportement jugé contraire au droit, mais qui se recommande d'une certaine régularité juridique »²²⁵. Or le choix de la loi peut être utilisé par des individus « ingénieux »²²⁶ pour écarter l'application d'une loi qui ne leur convient pas²²⁷. En effet, l'autonomie permet aux parties non seulement de mieux organiser leur rapport, mais aussi de considérer la teneur des lois qui s'offrent à elles, en cherchant à provoquer l'application de celle qui leur donnera le meilleur résultat. Quoique l'autonomie puisse permettre aux parties « [d']*exclure* [la loi] *en toute liberté* »²²⁸, le procédé ne peut toutefois être assimilé à une fraude. L'ordre juridique qui doit statuer sur la validité du choix de la loi est en effet le même qui devra éventuellement sanctionner la fraude. Une décision qui admette à la fois la première et sanctionne la seconde serait contradictoire, dès lors que l'exclusion de la loi objectivement applicable serait tout d'abord autorisée par le droit international privé pour être considérée frauduleuse par la suite. Même les auteurs retenant une conception large de la fraude ne parviennent pas à voir dans

²²³ Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 2015, préc.

²²⁴ Reprenant la terminologie utilisée par Phocion Francescakis, v. *supra*, note 214.

²²⁵ B. AUDIT, *La fraude à la loi*, op. cit., p. 3.

²²⁶ L'expression est utilisée par Bernard Audit, *ibid.*

²²⁷ Pour une analyse plus approfondie de la fraude à la loi dans les cas comportant des angles morts (et pas seulement dans le cas précis de l'*electio juris*, traité dans ce chapitre), v. *infra*, § 171 et s.

²²⁸ J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* vol. 16 (1927), pp. 1-116, spéc. p. 55.

l'exercice de la *professio juris* un agissement passible d'une sanction²²⁹. La fraude à la loi peut toutefois résider dans les modalités par lesquelles la partie a accédé à la possibilité de choisir la loi applicable à leur rapport – comme l'internationalisation artificielle du rapport²³⁰. Le mécanisme peut en outre occuper une place importante dans l'encadrement de la volonté exercée par l'éloignement géographique de la situation, dont il sera question par la suite.

Paragraphe II. La protection des parties faibles et des tiers

134. En plus des intérêts collectifs, qui regardent l'ensemble de la société, les intérêts occultés dans les angles morts peuvent également être ceux de parties dans une situation de vulnérabilité. Elles subissent la volonté d'une autre partie plus forte, et leur situation échappe à une considération adéquate de la part de l'ordre juridique chargé de prendre une décision à l'égard de la situation. Dans des rapports déséquilibrés, il est possible qu'une partie forte exerce la faculté de choisir la loi applicable au détriment de l'autre partie. Ainsi, plutôt que de refléter la volonté de toutes les parties du rapport, le choix de la loi sera déterminé par la seule volonté de la partie plus forte. Ce risque est cependant considéré, et encadré à l'avance, par les règles de droit international privé.

135. En matière contractuelle, il ressort du droit international privé positif français et européen qu'une protection particulière contre les effets pervers de l'autonomie est accordée au salarié partie à un rapport transnational. Le règlement Rome I dispose que le choix de la loi applicable au contrat de travail par les parties ne peut pas avoir pour effet de « priver le travailleur de la protection que lui assurent les

²²⁹ Sandrine Clavel, par exemple, est d'accord sur le fait que « le droit pour les parties de choisir la loi applicable » ne saurait constituer l'élément matériel d'une fraude, tout en retenant qu'un tel élément serait caractérisé dès lors que les parties auraient exercé une option de compétence (offerte par le droit international privé, sans concerner exclusivement le cas des « usines » dont parlait Bernard Audit, v. *supra.*) dans le seul but d'écarter l'application d'une loi de police, en évitant la compétence du for l'ayant édictée : « La place de la fraude en droit international privé contemporain ». *TCFDIP* 2010-2012, pp. 255-297, spéc. p. 264. Donc même dans une conception vaste de la fraude comme celle mise en avant dans ces travaux, l'exercice de la *professio juris* ne pourrait pas être frauduleux.

²³⁰ Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris : Sirey, 1958, p. 45.

*dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi [objectivement applicable] »²³¹. Il ne sera ainsi pas possible d'écarter des règles protectrices simplement impératives applicables au rapport par le seul choix de la loi. Le règlement prévoit la même protection pour le consommateur partie à des contrats internationaux contenant une clause de choix de la loi²³². Cette disposition du règlement est complétée en droit français par l'article L. 135-1 du Code de consommation, qui étend le bénéfice des règles protectrices françaises à tout consommateur ou non-professionnel domicilié sur le territoire d'un État membre et partie à un contrat « *proposé, conclu ou exécuté* » sur le territoire de l'Union européenne, alors que la règle dont l'application a été stipulée par les parties est celle d'un État extérieur à l'Union²³³.*

136. Les parties faibles à des rapports alimentaires sont également protégées dans le cadre du protocole de La Haye et du règlement européen en matière d'obligations alimentaires. Le choix de la loi y est exclu dans les situations « *concernant une personne âgée de moins de 18 ans ou un adulte qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles, n'est pas en mesure de pourvoir à ses intérêts* »²³⁴. On ne pourra pas écarter la loi objectivement applicable dès lors que le rapport concerne une partie qui ne peut pas manifester sa volonté de manière éclairée.

En outre, le protocole de La Haye limite l'autonomie avec deux clauses d'exception, qui permettent d'écarter la loi choisie au profit d'une loi qui sauvegarderait davantage les intérêts du créancier d'aliments. Tout d'abord, le texte prévoit l'application nécessaire de la loi de l'État de résidence du créancier au moment de l'accord de choix de la loi pour déterminer si celui-ci peut renoncer (ou non) à son droit à aliments²³⁵. Ensuite, le protocole prévoit une exception générale dès lors que l'application de la loi désignée « *entraînerait des conséquences manifestement inévitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties* », sauf s'il peut être démontré que les parties avaient conscience de ces conséquences au moment de

²³¹ Règlement Rome I, art. 8.

²³² Règlement Rome I, art. 6.

²³³ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 564.

²³⁴ Protocole de La Haye en matière d'obligations alimentaires, art. 8.3 ; Règlement n° 4/2009, art. 4.3.

²³⁵ Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, art. 8.4.

l'accord²³⁶. Cette disposition, quoique large, donne au juge la possibilité de corriger une solution n'apportant pas un règlement satisfaisant à la situation des parties.

137. Après une analyse des règles de droit international privé mettant en place un cadre pour le choix de la loi, on pourrait conclure que le régime et l'ampleur de l'autonomie ont été pris en compte dans le processus d'élaboration de ces règles. Elles poursuivent un but de prévisibilité et de sécurité juridique, mais l'ordre juridique étatique qui admet l'autonomie est conscient de ses possibles effets pervers et prévoit au sein du système des mécanismes correcteurs. Il n'est certes pas exclu que le choix de la loi puisse conduire à des résultats concrètement insatisfaisants (par rapport à des catégories de justiciables qui n'ont pas fait l'objet de règles protectrices, par exemple). Ce risque a toutefois été contemplé et mis en balance avec les objectifs poursuivis par la règle d'autonomie au moment de la discussion du texte, ou corrigé a posteriori dans le cadre de l'exception d'ordre public international.

Ce cadre n'est cependant pas absolu. L'ordre juridique qui anticipe et limite les effets néfastes du choix de la loi peut seulement prévoir le traitement de la question par le droit du for. L'interposition d'un for étranger mettra toutefois en lumière la relativité du cadre imposé à l'autonomie, tout en conduisant l'analyse vers l'exercice de volonté qui ne se limite pas au choix de la loi, mais implique également la soumission de la situation à des autorités étrangères.

Section II. Le caractère relatif du cadre imposé

138. Les mécanismes correcteurs dont il a été question au cours de ce chapitre sont élaborés de manière à éviter les excès de l'autonomie. Leur portée est toutefois circonscrite à l'ordre juridique qui les met en place. Il ne sera en effet possible d'opposer à la volonté des parties une limitation la marge de choix, une loi de police ou l'exception d'ordre public que lors d'une décision au sein du for lui-même sur l'efficacité du choix de la loi. Ces limites ne pourront donc pas atteindre la volonté des parties si la situation est soumise à l'autorité d'un ordre juridique distinct de celui que le

²³⁶ *Ibid.*, art. 8.5.

choix de la loi avait pour conséquence d'évincer. Puisque la question de la loi applicable est en principe déconnectée de la décision quant à la compétence des tribunaux, le raisonnement qui conduira à opposer des limites (ou non) à la volonté des parties ne proviendra de l'ordre juridique dont la loi a été écartée par le choix des parties que dans la mesure où les tribunaux saisis relèvent de ce même ordre juridique.

139. Il y a différentes manières de voir l'autonomie, et donc différentes dimensions admises pour la volonté des parties. Le choix de la loi peut ainsi être écarté ou admis, avec plus ou moins de limites, selon les règles de droit international privé du for chargé de prendre une décision à l'égard de la situation. Cette relativité présente tout d'abord des risques pour la partie qui exerce sa volonté, dès lors qu'une partie voulant éviter l'application de la loi élue pourra saisir un tribunal qui n'admet pas l'autonomie, dans le but d'écarter le choix de la loi. Pour réussir sa stratégie de planification du rapport, il est donc important, dans la mesure du possible, de combiner le choix de la loi avec l'élection d'un tribunal compétent, afin d'anticiper les possibles interactions entre le droit international privé du for et la loi choisie. Il sera ainsi possible de prévoir si l'*electio fori* sera reconnue par le tribunal élu, et dans quelle mesure elle risque de ne pas être respectée par d'autres juridictions objectivement compétentes²³⁷.

140. Du point de vue des intérêts concurrents auxquels le choix de la loi aurait pu porter atteinte, la relativité du cadre présente une importance centrale dans la mesure où les exceptions au profit de parties vulnérables, les lois de police et l'exception d'ordre public sont étroitement liées à l'ordre juridique qui les a élaborées. La réglementation du rapport au niveau international résultera alors de la combinaison des différents domaines de compétence, d'impérativité et d'autonomie des ordres juridiques liés à la situation (dès le départ ou par l'intervention des parties). En l'absence d'une autorité supranationale en mesure d'encadrer cette coordination délicate, les limites imposées à l'autonomie seront aléatoires, et résulteront de l'interaction entre ces systèmes.

²³⁷ Sur cette planification, v. gén. R. A. BRAND, « Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments », *RCADI* vol. 358 (2013), pp. 9-262.

141. En guise d'illustration, prenons un contrat de consommation conclu entre deux parties, ressortissantes respectivement des États A et B. Le contrat sera conclu et exécuté dans l'État B. Indépendamment de la méthode suivie ou du critère de rattachement retenu par le droit international privé du for saisi, la loi de l'État B aurait vocation à s'appliquer.

Le contrat contient en revanche une clause d'*electio juris* au profit de la loi de l'État C. Le droit international privé de l'État B, dont la loi est objectivement applicable selon tous les ordres juridiques en question, admet que les parties choisissent la loi applicable à leur rapport, mais prévoit une série de lois de police protégeant le consommateur. Ainsi, si ce dernier agit à l'encontre de la partie professionnelle devant les tribunaux de l'État B, les agissements de ce dernier, quoiqu'en accord avec la loi de l'État C, seront également soumis aux obligations prévues par les lois de police de l'État B. Mais si les parties, en plus de prévoir une clause d'*electio juris*, stipulent également une clause d'élection de for, l'État B ne pourra pas faire intervenir ses mécanismes correcteurs.

Certes, la dynamique autonomie/encadrement n'a pas été prévue en partant du présupposé que toutes les affaires devraient être portées devant l'État dont la loi aurait vocation à s'appliquer à défaut de choix. Ce raisonnement est intenable face à la possibilité pour les parties de saisir plus d'un tribunal compétent, indépendamment de la stipulation d'une clause d'élection de for. Alors comment justifier la place offerte par les États à la volonté des parties dans l'encadrement juridique de leur rapport, si l'on considère que l'indifférence envers la portée des mécanismes correcteurs équivaut finalement à abandonner la question aux parties ? Il serait insuffisant de plaider que la teneur du règlement substantiel de l'affaire est extérieure à la logique de la décision de tribunaux et autorités quant à leur propre compétence.

142. L'affaire *Lloyd's*²³⁸ illustre bien ces difficultés dans une espèce qui met en lumière les limites de l'efficacité des lois de police face à une planification sophistiquée du rapport par une partie forte (**Paragraphe I^{er}**). La décision appelle un surcroît de réflexion concernant ce type de cas, et la manière dont il serait possible de soumettre à

²³⁸ Pour une analyse de l'affaire et la traduction française de deux décisions américaines, v. H. MUIR WATT, « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit. DIP* 2002.509.

un règlement plus adéquat la situation de parties protégées par un ordre juridique donné (Paragraphe II).

Paragraphe I^{er}. L'affaire *Lloyd's*, exemple de l'exploitation de la relativité des limites à l'autonomie.

143. L'affaire *Lloyd's* ne constitue pas une affaire unique, mais plusieurs litiges opposant l'assureur britannique à des investisseurs américains²³⁹. Le différend portait sur la validité du contrat conclu entre les parties et sur le rattachement des investisseurs à une entreprise de réassurance sans leur accord personnel²⁴⁰. *Lloyd's* est divisé en « *syndicates* », chacun regroupant un certain nombre d'investisseurs (ou « *names* ») et spécialisé dans l'assurance d'un certain type de risque. Le « *syndicate* » n'ayant pas d'existence ou d'identité juridique indépendante de celle des investisseurs qu'il comprend²⁴¹, ces derniers restent personnellement tenus, de manière illimitée, des pertes subies par le « *syndicate* » auquel ils ont souscrit²⁴². Le rapport entre les investisseurs et l'assureur se fait en outre par l'intermédiaire d'agents, responsables du rattachement des investisseurs aux « *syndicates* » et compétents pour prendre des décisions en leur nom. Les investisseurs américains soutenaient que leur engagement était intervenu sur la base d'une information financière « très limitée »²⁴³ de la part des agents.

²³⁹ Pour un aperçu du dernier état du contentieux, v. United States District Court, Southern District of New York, 25 mars 2008, *Tropp v. Corporation of Lloyd's*, 1:07-cv-00414-NRB ; Cour fédérale d'appel des États-Unis, 2^eème Circuit, 19 juillet 2010, *Tropp v. Corporation of Lloyd's*, 385 Fed. Appx. 36, 2010 U.S. App. LEXIS 14657.

²⁴⁰ Cour fédérale d'appel des États-Unis, 7^eème Circuit, 27 novembre 2000, *The Society of Lloyd's v. Ashenden*, 2000 U.S. App. LEXIS 29707, 233 F.3d 473.

²⁴¹ Cour fédérale d'appel des États-Unis, 5^eème circuit, 29 août 1997, *Haynsworth v. The Corporation*, 121 F.3d 956, 958 (1997).

²⁴² *The Society of Lloyd's v. Ashenden*, préc.

²⁴³ Cour fédérale d'appel des États-Unis, 2^eème circuit, 2 juin 1993, *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353, 1364-66 (1993) ; Cour fédérale d'appel des États-Unis, 7^eème circuit, 5 août 1993, *Bonny v. Society of Lloyd's*, 3 F.3d 156, 62 USLW 2116, Fed. Sec. L. Rep. P 97,688 C.A.7 (Ill.), 1993 ; Horatia MUIR WATT, « L'affaire *Lloyd's*... », *op. cit.*, para. 2.

Le *Securities Act*, loi de police américaine applicable aux investissements sur les marchés financiers, impose des obligations strictes en matière d'information²⁴⁴. Sur ce fondement, les investisseurs américains ont saisi les juridictions des États-Unis pour faire annuler leur contrat. Celui-ci était cependant conçu de manière à exempter l'assureur de l'obligation imposée par la loi de police américaine. Il contenait, tout d'abord, une clause de choix de la loi au profit du droit anglais. En droit anglais, l'assureur était exonéré par le *Lloyd's Act* de 1982 des actions en responsabilité intentées par les membres de la « communauté Lloyd's »²⁴⁵, parmi lesquels figurent les « *names* »²⁴⁶. À ces parties restait la seule possibilité d'une action délictuelle fondée sur la fraude en *common law*, dont la preuve est toutefois difficile²⁴⁷.

144. Depuis la perspective de l'ordre juridique américain, qui encadre le marché financier avec le *Securities Act*, une clause de choix de la loi ne devrait pas conduire à écarter l'application de la loi de police américaine. L'autonomie exercée dans le cadre du contrat litigieux ne se limitait toutefois pas au choix de la loi, mais contenait également une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux anglais. Or le domaine circonscrit de l'application de lois de police étrangères, ainsi que l'application du *Lloyd's Act* de 1982, mettraient en échec l'impérativité du *Securities Act*. L'efficacité de la clause d'élection de for aurait donc pour conséquence concrète de contourner l'application de la loi de police. Malgré cet impact sur la protection des investisseurs locaux, les tribunaux américains ont accepté de donner effet à la clause, et ont décliné leur compétence à la suite d'une analyse superficielle de l'équivalence de la protection assurée par l'ordre juridique anglais²⁴⁸. La neutralisation de la loi de police a été parachevée par la reconnaissance ultérieure, par les tribunaux américains et à la suite

²⁴⁴ *Securities Act* de 1933, disponible sur : <http://www.sec.gov/about/laws/sa33.pdf>. Des obligations strictes sont également imposées par le *Securities exchanges Act* de 1934, disponible sur : <http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>

²⁴⁵ Art. 14.3 du *Lloyd's Act* 1982: « *Subject to subsections (1), (4) and (5) of this section, the Society shall not be liable for damages whether for negligence or other tort, breach of duty or otherwise, in respect of any exercise of or omission to exercise any power, duty or function conferred or imposed by Lloyd's Acts 1871 to 1982 or any byelaw or regulation made thereunder* ».

²⁴⁶ *Ibid.*, art. 14.2.

²⁴⁷ H. MUIR WATT, « L'affaire *Lloyd's*... », *op. cit.*, note 15.

²⁴⁸ *Bonny v. Society of Lloyd's*, préc.

d'un contrôle restreint de conformité à l'ordre public international, du jugement obtenu par *Lloyd's* en Angleterre²⁴⁹.

Paragraphe II. La coopération entre ordres juridiques dans l'application des lois de police comme moyen pour mieux sauvegarder les intérêts affectés par l'exercice de volonté

145. Si le cadre qui limite le choix de la loi est étroitement lié aux autorités compétentes, un ordre juridique n'est en mesure d'imposer des limites à l'autonomie que dans la mesure où la situation est à la portée de ses tribunaux. L'affaire *Lloyd's* présente un intérêt particulier en ce qu'il est possible, pour un même cas, d'analyser la décision du juge américain lors des deux moments où la situation est à sa portée : la décision sur la compétence et la décision sur la reconnaissance du jugement étranger. La solution retenue finit par rendre efficace la stratégie contractuelle qui écarte une loi de police protectrice. Il sera ici question d'envisager des modes de raisonnement alternatifs qui auraient conduit à une meilleure sauvegarde des intérêts concurrents à ceux de la partie qui opère le choix de la loi, tout d'abord quant à la compétence du for en présence d'une loi de police (**A**), deuxièmement dans la décision au fond dès lors que sont en cause des lois de police étrangères (**B**) et finalement dans la reconnaissance du jugement étranger (**C**).

²⁴⁹ *The Society of Lloyd's v. Ashenden*, préc.

A. La compétence des tribunaux du for en présence de lois de police : une question de compétence impérative et exclusive ?

146. Le principe de validité des clauses attributives de juridiction a été admis en droit américain dès 1972²⁵⁰, et en droit français dès 1985²⁵¹. L'efficacité de la clause sera cependant soumise à des conditions d'admissibilité, régies par la loi du for²⁵².

Aux États-Unis, la clause attributive de juridiction ne sera pas valable si elle a été obtenue par fraude, ou au moyen d'un déséquilibre manifeste du pouvoir de négociation des parties (*overweening bargaining power*), ou encore si elle heurte manifestement l'ordre public du for (*strong public policy*)²⁵³. En Europe, les conditions d'admissibilité de ces clauses ont fait l'objet d'une uniformisation au niveau communautaire dès les conventions de Bruxelles²⁵⁴ et de Lugano²⁵⁵, et dernièrement par la refonte du règlement Bruxelles I²⁵⁶. Le règlement confère aux accords convenant d'une juridiction d'un État membre une efficacité de principe (art. 25), tout en les limitant en matière de contrats d'assurance (art. 15), de consommation (art. 19) et de travail (art. 23). Ces textes prévoient un principe d'interdiction des clauses attributives de juridiction auquel il n'est porté d'exceptions que dans le sens de sauvegarder les intérêts de la partie protégée (notamment pour accroître le nombre de tribunaux que

²⁵⁰ Cour suprême des États-Unis, 12 juin 1972, *The Bremen et al. v. Zapata Offshore Co.*, 407 US 1, 92 S. Ct. 1907, 32 L. Ed. 2D 513 (1972).

²⁵¹ Cass. civ. 17 décembre 1985, *Cie. des signaux et d'entreprises électriques*, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, H. BATIFFOL, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, Paris : Dalloz, 2006, n° 2 ; *Rev. Crit. DIP* 1986.537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.* 1986.IR.265, obs. B. AUDIT.

²⁵² Sur la distinction entre les conditions d'admissibilité et les conditions de formation dans la détermination de la loi applicable aux conventions de juridiction, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris : LGDJ, 1999.

²⁵³ Solution admise lors de l'affaire *The Bremen*. H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.*, p. 147 (note 333).

²⁵⁴ Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *OJ L* 299/32 du 31 déc. 1972.

²⁵⁵ Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, disp. sur : <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/c-textes/lug-idx.htm>.

²⁵⁶ Règlement (CE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *OJ L* 351/1 du 20 déc. 2012.

peut saisir la partie faible)²⁵⁷. On peut rencontrer encore d'autres limites²⁵⁸ en matière de contrats de franchise²⁵⁹ ou encore d'investissements dans le marché financier²⁶⁰. La convention de La Haye sur les accords d'élection de for conclue le 30 juin 2005 retient une compétence exclusive du for élu, mais exclut de son champ d'application les contrats conclus par des consommateurs et des salariés²⁶¹. Dans le système du MERCOSUR, le Protocole de Buenos Aires sur la juridiction internationale en matière contractuelle ne s'applique pas non plus aux contrats de consommation, de travail et d'assurance²⁶².

147. Ces exemples montrent que, dans certaines matières, l'efficacité des clauses attributives de juridiction a été limitée dans le but de protéger certaines catégories de justiciables. Or dès lors qu'une loi de police a pour objectif de sauvegarder des intérêts individuels et collectifs contre les excès de l'autonomie, ce raisonnement pourrait être étendu en tenant compte non plus de la qualité des parties, mais de l'impérativité des règles. L'applicabilité d'une loi de police rendrait ainsi impérative²⁶³ la compétence du for de l'État l'ayant édictée²⁶⁴. Cette solution imposerait un obstacle solide à la neutralisation des lois de police par la volonté d'une partie plus forte.

Telle n'est cependant pas la solution retenue en droit positif. L'applicabilité d'une

²⁵⁷ A. SINAY-CYTERMANN, « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation international », *Rev. crit. DIP* 2009.427. Dans les contrats de consommation et d'assurance, des exceptions sont aussi prévues au profit des tribunaux du domicile commun des parties et, en matière d'assurances, pour des assurés qui ne seraient pas domiciliés sur le territoire d'un État membre ou encore pour certains types de risques.

²⁵⁸ Gary B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 3^e éd. Alphen aan den Rijn : Kluwer International Arbitration, 2010, p. 121.

²⁵⁹ C'est le cas dans la Michigan Com. Law Ann., par. 445.1527(f) (West 1998) et dans la loi du Porto Rico, 85.

²⁶⁰ C'est le cas dans la California Corporation Code par. 2570 et en droit suisse, dans la LDIP, art. 151(3).

²⁶¹ Article 2(1) de la convention de La Haye sur les accords d'élection de for conclue le 30 juin 2005.

²⁶² Article 2 du Protocole de Buenos Aires sur la juridiction internationale en matière contractuelle, signé le 5 août 1994.

²⁶³ V. art. 15, 19, 23 et 24 du règlement, *supra*.

²⁶⁴ Sur cette proposition, v. N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé, op. cit.*, p. 64, § 63.

loi de police ne figure tout d'abord pas parmi les chefs de compétence impérative énumérés au règlement Bruxelles I bis²⁶⁵. Ensuite, la solution retenue dans la décision *Bonny v. Society of Lloyd's*²⁶⁶ démontre qu'aux États-Unis, l'applicabilité d'une loi de police du for, fût-elle protectrice, ne fait pas obstacle à l'efficacité d'une clause dérogeant à la compétence du for. Cette solution avait déjà été admise en matière d'arbitrage dès 1974 par l'affaire *Alberto-Culver*²⁶⁷, pour un litige relevant des *Securities Acts*, et en 1985 par l'affaire *Mitsubishi*²⁶⁸, dans le domaine du droit de la concurrence²⁶⁹. En droit français, la Cour de cassation a pu également admettre qu'une clause attributive de juridiction « *devait [...] être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige* »²⁷⁰.

148. Même si la compétence fondée sur l'applicabilité d'une loi de police ne peut pas être observée en droit positif, il reste possible de s'interroger quant à son opportunité *de lege ferenda*. Au premier abord, cette solution permettrait de neutraliser d'emblée l'ambition d'une partie qui voudrait, par l'exercice de sa volonté, écarter l'application d'une loi de police. Le raisonnement permettrait ainsi au juge d'éviter dès le départ que la situation lui échappe, ce qui garantirait la réalisation des objectifs de la règle.

Cette solution n'échappe cependant pas à la critique. La compétence impérative fondée sur la vocation d'une loi de police à s'appliquer n'irait pas dans le sens d'encourager la coopération entre ordres juridiques, tout en mettant en danger la

²⁶⁵ En présence du règlement, les États ne sont pas en mesure d'ajouter des conditions supplémentaires à l'admissibilité des clauses attributives de juridiction une fois que celles-ci entrent dans son domaine d'application : *Ibid.*, p. 133, § 126.

²⁶⁶ *Bonny v. Society of Lloyd's*, préc.

²⁶⁷ Cour suprême des États-Unis, 17 juin 1974, *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 US 506, 94 S. Ct. 2449, 41 L. Ed. 2d 270 (1974).

²⁶⁸ Cour suprême des États-Unis, 2 juillet 1985, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614, 637 n19, 105 S. Ct. 334446, 87 L. Ed. 2d 444 (1985).

²⁶⁹ H. MUIR WATT, « Aspects économiques de droit international privé », *op. cit.*, pp. 147-148, para. 100.

²⁷⁰ Cass. civ. 1re, 22 octobre 2008, *Monster Cable*. *Rev. crit. DIP* 2009.1, note D. BUREAU et H. MUIR WATT ; *D.*, 2009, p. 200, note F. JAULT-SESEKE, p. 684, chron. André HUET ; *RTD Com.* 2009, p. 646, obs. Ph. DELEBECQUE.

sécurité juridique des parties. L'existence d'une compétence impérative et exclusive implique en effet qu'un jugement rendu à l'étranger ne satisfasse pas la condition de compétence indirecte indispensable à sa reconnaissance. Les parties se trouveraient donc dans une situation d'antinomie dès lors que les lois de police de *plus d'un* ordre juridique comprendraient la situation dans leur champ d'application. Il serait impossible pour les parties, dans ces circonstances, de satisfaire à toutes ces exigences simultanément, la saisine des juridictions d'un ordre juridique écartant forcément la compétence impérative et exclusive de l'autre. Si le jugement doit par la suite exercer des effets au sein des ordres juridiques rattachés à la situation, l'existence d'une compétence impérative et exclusive fondée sur la loi de police fera obstacle à sa reconnaissance. Considérant cette hypothèse, il ne serait pas légitime de soumettre les parties à des compétences impératives et exclusives conflictuelles, même si cette solution apporterait une réponse simple à une difficulté telle que celle illustrée par l'affaire *Lloyd's*²⁷¹.

Cette conclusion se limite à la question de la compétence impérative et exclusive déduite de l'applicabilité d'une loi de police. Il sera ultérieurement question de l'adaptation de la décision sur la compétence par rapport à des considérations de justice matérielle, dont l'importance ne doit pas être écartée²⁷². Admettant cependant que, à la suite de la décision d'incompétence du juge, les parties soient en mesure d'accéder matériellement à la justice devant un for étranger, il conviendra de tourner l'analyse vers le raisonnement adopté par le juge étranger face aux revendications des lois de police.

²⁷¹ La critique est proche de celle adressée au territorialisme, dans le sens de la compétence internationale basée sur l'aspect territorial de l'application de règles mettant en œuvre des politiques publiques : v. en ce sens M. D. ROSEN, « Extraterritoriality and Political Heterogeneity in American Federalism », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 150, 2002, p. 855.

²⁷² V. *infra*, § 216 et s.

B. La décision du juge face à un conflit entre la loi choisie par les parties et des lois de police voulant s'appliquer à la situation

149. Les lois de police ont pour caractéristique essentielle leur volonté de s'appliquer indépendamment d'un choix de la loi par les parties. Différemment d'une loi applicable en fonction d'un rattachement bilatéral, dont la volonté n'est pas considérée, la loi de police est élaborée pour s'appliquer à un certain nombre de situations, qu'elle place dans son champ d'application, celui-ci n'étant pas nécessairement territorial. Une loi de police, qui veut s'appliquer indépendamment de la loi désignée par une règle de droit international privé, le veut également indépendamment du for compétent pour connaître de l'affaire. Sa mise en œuvre est en tout distincte de celle de l'exception d'ordre public international. Dans ce dernier cas, il est question d'admettre au sein de l'ordre juridique une norme étrangère : cette démarche ne peut évidemment pas être mise en œuvre par un for étranger.

Rien n'empêche en revanche à un ordre juridique de donner effet à une loi de police étrangère. Le risque est alors que la volonté de s'appliquer de la loi d'application nécessaire heurte la vocation d'autres règles à régir la situation. Dans cette hypothèse, il serait question d'un vrai conflit pouvant opposer une loi de police à la loi choisie par les parties, à la loi applicable à défaut de choix selon le droit international privé d'un for étranger ou encore à une loi de police étrangère. Si l'imposition d'une compétence exclusive risque d'exposer les justiciables à une situation d'incertitude, l'efficacité de la loi de police dépendra alors de la manière par laquelle sa volonté d'application sera respectée par le for saisi de l'affaire, y compris en cas de conflit avec d'autres règles.

150. Le problème des vrais conflits n'a pas cessé d'inspirer la doctrine de droit international privé, et il est toujours impossible d'arriver à une clé de résolution simple et automatique à l'image des règles bilatérales²⁷³. Dans la méthode unilatéraliste telle

²⁷³ L'un des principaux mérites de la méthode unilatéraliste réside en effet dans la mise en évidence des faux conflits, tout en révélant le caractère inadapté d'une solution artificielle aux vrais conflits. Des auteurs se rattachant à l'unilatéralisme ont tout de même été tentés par une solution mécanique ou universelle, mais « *en cédant à cette tentation [...] on fait perdre à un système unilatéraliste l'essentiel de sa spécificité, en retombant dans l'ornière de la bilatéralisation de la règle unilatérale* » : P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1971.1, p. 33.

que proposée par Rolando Quadri, la résolution doit être inspirée par la « *directive fondamentale* » donnée par « *le critère de l'effectivité et [par] l'attente raisonnable qui lui est corrélative* »²⁷⁴. Il faudra ainsi se demander laquelle des lois voulant s'appliquer aurait une chance que sa « *prétention* » se réalise, « *si elle correspond à un pouvoir réel* », et si elle « *risque le plus de s'imposer en fait aux parties* »²⁷⁵.

La résolution des conflits sera envisagée de manière plus détaillée au regard de deux cas particulièrement intéressants dès lors qu'il est question d'analyser l'intersection entre la sauvegarde d'intérêts collectifs par une loi de police et l'autonomie des parties. Tout d'abord, le conflit opposant la loi choisie à une loi de police (a) ; ensuite, le conflit entre une loi de police étrangère et la loi objectivement applicable selon le droit international privé de l'ordre juridique saisi de l'affaire (b).

a. Le conflit entre la loi choisie par les parties et une loi de police

151. La solution au conflit qui oppose la loi choisie par les parties à une loi de police du for est déjà fournie par le droit positif : la loi élue « *ne pourr[a] porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi* »²⁷⁶. La question se pose en revanche dès lors qu'il s'agit du conflit entre la loi choisie par les parties et une loi de police étrangère, dans l'hypothèse où le contentieux aurait été porté devant les tribunaux d'un ordre juridique autre que celui dont provient la loi de police, comme dans l'affaire *Lloyd's*.

152. Le caractère envisageable de la résolution de ce conflit au profit de la loi de police étrangère sera analysé depuis la perspective du critère proposé par Rolando Quadri pour la résolution des vrais conflits : l'effectivité²⁷⁷. Ce critère présuppose que la

²⁷⁴ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples : Liguori, 1969, p. 221, traduit et cité par P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.*, p. 34.

²⁷⁵ P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.*, p. 34.

²⁷⁶ Règlement Rome I, art. 9-2.

²⁷⁷ V. *supra*, § 150.

loi ayant plus de titre à s'appliquer, au profit de laquelle le conflit doit donc être résolu, est celle qui « *risque le plus de s'imposer en fait aux parties* », et qui crée sur celles-ci des attentes quant au traitement qui sera accordé à leur rapport.

Partant de l'approche des attentes des parties, il est vrai que le principe d'autonomie est souvent présenté comme instrument de prévisibilité, qu'il faudrait sauvegarder au maximum pour que ces attentes soient respectées²⁷⁸. Toutefois, il est également inhérent aux lois de police de constituer un frein à cette liberté. À ce propos, il convient de s'interroger sur le sens de la notion « d'attente ». L'attente raisonnable qui est corrélative au critère de l'effectivité ne se limite pas à la perspective des parties qui ont choisi la loi applicable au rapport. La notion comprend un « *phénomène psychologique individuel et collectif, qui est à la base de l'équilibre moral de chaque société ainsi que de la dynamique même de la vie sociale dans toutes ses manifestations* »²⁷⁹. Elle traduit ainsi la mesure dans laquelle il est légitime d'attendre des parties que celles-ci aient *conscience* de la vocation qu'a une loi à s'appliquer. Surtout, Rolando Quadri considère également la perspective des tiers (ou, dans nos exemples, des parties dont la volonté n'est pas considérée dans le processus de choix de la loi), qui se seraient « *instinctivement portés à configurer et à se représenter le rapport* » sous cette loi²⁸⁰.

Depuis la perspective de la partie qui a pris l'initiative du choix de la loi (dans l'hypothèse d'un rapport déséquilibré), il faut considérer si le justiciable avait connaissance de la teneur de la loi de police, ainsi que de sa vocation à s'appliquer à la situation. Dans une affaire où une stratégie a été mise en place pour contourner l'application d'une loi de police, il est possible d'admettre que ce domaine d'application était non seulement connu, mais pris en considération lors de la planification du rapport.

Depuis la perspective des justiciables qui subissent l'exercice de la volonté d'une partie plus forte, l'attente est en revanche celle d'être protégés par une loi impérative à laquelle ces parties se sentent rattachées. Dans l'affaire *Lloyd's*, il est possible de distinguer le comportement d'un investisseur privé américain qui négocie dans l'attente

²⁷⁸ Une partie de la littérature critique en effet l'expansion du phénomène des lois de police : v. par ex. L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaire? », *Rev. crit. DIP* 2003.1.

²⁷⁹ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, op. cit., p. 150 (c'est nous qui soulignons).

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 151.

d'avoir eu accès à l'information nécessaire, telle qu'imposée par le *Securities Act*, de celui d'un investisseur britannique, familier des spécificités du *Lloyd's Act*. Le comportement de l'agent qui, en s'adressant à des investisseurs américains, ignore le *Securities Act* et occulte certaines informations, va déjà à l'encontre de l'attente des investisseurs. L'impossibilité pour eux, *a posteriori*, d'invoquer l'application de la loi impérative afin de redresser la situation est d'autant plus inattendue. Il est donc trop limité de circonscrire le domaine de la prévisibilité et le respect des attentes des parties à ce qui a été stipulé dans un contrat. L'attente, en tant que phénomène collectif, a une portée plus large, dont une pleine considération conduit à un meilleur règlement des rapports internationaux.

153. En outre, partant de l'approche de l'effectivité en tant que « *pouvoir réel* » pouvant être exercé sur les parties, le fait que la loi de police dont il était question dans l'affaire Lloyd's provenait de l'ordre juridique au sein duquel la décision serait exécutée par la suite renforce la vocation qu'avait cette règle à s'appliquer. Le fait pour un ordre juridique de donner effet à une loi de police étrangère n'est cependant pas une solution répandue en droit positif. L'article 9 du règlement Rome I admet cette possibilité, en la limitant toutefois aux lois de police « *du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale* ». La distinction faite par le texte entre les lois de police du for (à l'application desquelles les dispositions du règlement ne pourront porter atteinte) et les lois de police étrangères fournit un exemple de « saut logique »²⁸¹ visant à rendre mécanique un système flexible, en le privant de sa cohérence. Plutôt que des conditions *a priori* déterminant les conditions dans lesquelles il serait possible de donner effet aux lois de police, une analyse concrète des caractéristiques de ces règles et de leur vocation à s'appliquer à l'espèce conduiraient à un traitement plus respectueux des intérêts sauvegardés par des lois d'application nécessaire, quelle que soit leur origine.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 208, cité par P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.*, p. 33.

154. Les limites du mécanisme prévu à l'article 9 du règlement Rome I ont récemment été mises en avant par l'avocat général Maciej Szpunar, dans ses conclusions présentées le 20 avril 2016 dans l'affaire *République hellénique c. Gregorius Nikiforidis* devant la CJUE²⁸². Selon l'avocat général, la juridiction saisie d'une affaire qui rentre dans le domaine d'application d'une loi de police doit procéder à une analyse « fonctionnelle », en jugeant « si, dans les circonstances de l'espèce, une solution équitable exige la prise en considération des intérêts fondés et légitimes d'un État dont le droit n'est pas applicable à une relation juridique spécifique »²⁸³. La terminologie utilisée dans le règlement ne permettrait pas une interprétation aussi extensive au point d'admettre l'application des lois de police étrangères, mais le texte n'interdit pas au juge de prendre la règle en considération lors de l'application de la *lex causae*. L'avocat général fait valoir dans son opinion aussi bien le risque de *forum shopping* qui résulterait d'un traitement aussi distinct accordé aux lois de police étrangères et du for²⁸⁴ que le caractère marginal de cette interprétation sur la sauvegarde de la sécurité des échanges par des solutions prévisibles²⁸⁵.

155. Certes, les parties se trouveraient dans une situation difficile si elles se trouvaient face au risque de se voir appliquer une loi de police très éloignée de leur situation, dotée d'un champ d'application très vaste, alors qu'elles ne pouvaient pas l'anticiper. En revanche, l'exemple donné par l'affaire *Lloyd's* présente un cas de loi de police étrangère que l'on pourrait considérer même plus effective que celles du for compétent, dès lors qu'elle poursuivait une fonction bien spécifique : la protection des personnes établies sur le territoire des États-Unis lorsqu'elles sont parties à un contrat ayant pour objet des instruments financiers. D'une part, la partie professionnelle qui essaie d'échapper à l'application de la loi de police n'est pas moins consciente du fait que cette réglementation veut s'appliquer. D'autre, c'est le consommateur qui risque d'être surpris par l'écart de ses droits, dès lors qu'il aurait pu légitimement se croire protégé par la réglementation impérative. En respectant l'impérativité de la règle, même extraterritorialement, son effectivité et les attentes des parties sont nécessairement

²⁸² Affaire C-135/15.

²⁸³ *Ibid.*, § 74.

²⁸⁴ *Ibid.*, § 89.

²⁸⁵ *Ibid.*, § 90.

assurées. En outre, cette solution contribuerait à l'harmonie des solutions, en soumettant la situation à une loi qui veut s'appliquer indépendamment du for choisi. Cela priverait d'intérêt le *forum shopping* visant à neutraliser l'effectivité de la loi, tout en évitant que le jugement rendu ne soit pas reconnu dans l'ordre juridique ayant édicté la loi de police, possibilité qui peut se produire, quoique la tendance semble aller en sens inverse²⁸⁶.

b. Le conflit entre une loi de police et la loi objectivement applicable selon le droit international privé de l'ordre juridique chargé de prendre une décision à l'égard de l'affaire

156. Le deuxième conflit à envisager est celui qui met en cause une loi de police et la loi applicable selon le droit international privé du for chargé de juger l'affaire, au-delà du choix de la loi par les parties. Depuis la perspective qui fait l'objet de ce chapitre –les limites encadrant l'*electio juris*– il s'agit ainsi de la coordination entre solutions qui ont en commun le fait de ne pas suivre le choix des parties, mais qui divergent dans leur contenu.

157. Dans ces hypothèses, il convient de distinguer selon l'existence ou non d'un vrai conflit opposant la loi objectivement applicable selon le droit international privé du for et la loi de police étrangère. Il est possible qu'une règle désignée par une règle de conflit bilatérale soit en mesure de céder le pas face à une loi de police étrangère, sans pour autant compromettre les objectifs qu'elle poursuit. Il s'agirait alors d'un cas de faux conflit, où l'ouverture de l'ordre juridique vers la règle internationalement impérative étrangère invoquée par une partie, même si celle-ci n'est pas applicable selon le critère de rattachement du for, permettrait une meilleure sauvegarde des intérêts en présence, tout en ne compromettant pas la portée de la règle locale.

158. La question devient plus complexe dans l'hypothèse de vrai conflit entre les deux règles. La règle applicable selon le droit international privé du for voudrait

²⁸⁶ Sur cette question, v. *supra*, note 171 et *infra*, § 165.

s'appliquer, son domaine d'application se heurtant avec celui de la loi de police étrangère. La règle applicable peut être une règle locale ou étrangère, ou encore une loi de police du for voulant elle-même s'appliquer malgré l'élection d'une loi distincte pour régir le contrat.

La résolution de ce conflit sera alors guidée par les considérations générales quant à l'effectivité et le respect des attentes des parties envisagées antérieurement. Partant du présupposé que la situation sera régie par la règle applicable selon le droit international privé du for, il sera question d'envisager une éventuelle adaptation de cette solution en vertu d'une loi de police étrangère.

159. Si l'on admet, suivant le raisonnement emprunté dans les paragraphes précédents, qu'il soit possible d'établir une gradation quant à l'effectivité des règles en présence, il serait tout d'abord possible d'écarter les loi de police étrangères trop éloignées de la situation, dont l'intervention n'aurait pas pu être prévue par les parties, et dans une affaire où les intérêts que la loi de police entend sauvegarder n'auraient pas été directement affectés. Il se peut cependant que soient en cause plus d'une règle pouvant se prévaloir d'une certaine effectivité – celle du for et celle de l'État où sont établies les parties faibles au contrat, par exemple. La solution retenant simplement dans ce type de situation de faire primer la *lex fori* est critiquable en ce que, comme exposé antérieurement, elle pourrait conduire à l'application d'une loi qui a un moindre titre à s'appliquer. En même temps, l'analyse de l'effectivité de chacune des lois en présence peut être difficile et hasardeuse, ne permettant parfois pas d'arriver à une solution précise quant à la loi ayant le plus vocation à régir la situation.

160. Dans ce type de cas difficile, il serait envisageable, du point de vue d'une sauvegarde plus équilibrée des intérêts en présence, de procéder à une recherche de la solution la plus adaptée à l'espèce²⁸⁷, à partir de la combinaison des intérêts sauvegardés par les différentes règles ayant vocation à s'appliquer.

²⁸⁷ Sur les méthodes de droit international privé fondées sur la recherche d'un règlement satisfaisant au rapport international, v. R. DE NOVA, « Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international », *Rev. crit. DIP* 1948.179.

Du point de vue des intérêts individuels, il ne serait pas raisonnable d'imposer aux parties des obligations plus sévères que celles qu'elles auraient pu prévoir. En même temps, il serait trop laxiste de leur appliquer le régime impératif le plus souple. Un équilibre entre les intérêts des parties et les intérêts sauvegardés par les lois de police serait donc mieux atteint à la suite d'une solution élaborée sur mesure, tenant compte des objectifs poursuivis par les règles ayant vocation à s'appliquer à la situation²⁸⁸. L'opinion de l'avocat général Maciej Szpunar dans l'affaire *République hellénique c. Gregorius Nikiforidis*²⁸⁹ va dans ce sens en insistant sur la nature fonctionnelle de l'analyse à laquelle doivent procéder les juges dans ce type d'affaire, en déterminant concrètement si, afin d'atteindre une solution équitable, il convient de prendre en considération la loi de police étrangère.

161. On pourrait reprocher à cette proposition d'être intenable dans un cas où les règles exigent des parties des comportements inconciliables. Il serait ainsi impossible d'atteindre un règlement qui satisfasse cumulativement leurs dispositifs respectifs, chaque règle pointant dans une direction. Par exemple, dans une affaire où la règle applicable selon le droit international privé du for reconnaît une convention qui limite la responsabilité d'une partie au contrat, alors que selon la loi de police étrangère la convention limitant la responsabilité dans ces circonstances est nulle, une application cumulative de ces règles, l'une écartant la responsabilité et l'autre la retenant, serait impossible. Dans cette hypothèse, le seul moyen pour le juge serait celui de, en vue des éléments de l'affaire, retenir laquelle parmi ces règles aurait plus de titre à s'appliquer, en excluant l'autre.

Toutefois, malgré le fait que des corps de règles poursuivent des finalités différentes selon leur objet²⁹⁰, ces objectifs se manifestent de manière distincte. Le but de favoriser l'efficacité économique du rapport, par exemple, en accordant aux parties une ample marge de manœuvre au risque de sacrifier la protection de certains intérêts

²⁸⁸ Ce type de raisonnement *ad hoc* a auparavant été proposé par Jitta et Hijmans, qui avaient pour objectif de mieux adapter la décision quant à la loi applicable au cas concret. V. pour une présentation générale de ces méthodes R. DE NOVA, « Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international », *op. cit.*

²⁸⁹ CJUE, affaire C-135/15, conclusions présentées le 20 avril 2016.

²⁹⁰ Pensons à la tension classique entre l'efficacité économique et la réglementation protectrice en matière de parties faibles, d'environnement, de sécurité au travail, etc.

publics, se manifeste souvent par un silence, un *trou* dans la réglementation²⁹¹. Il n'y aura donc pas de règle spécifiquement édictée afin de poursuivre ces finalités, la logique sous-jacente étant justement celle de limiter le nombre de contraintes étatiques. De même, il est possible que les consignes données par les règles en conflit aillent dans une direction similaire, quoiqu'en apportant des solutions différentes (quant au niveau de protection, par exemple). Dans cette hypothèse, il ne serait pas impossible d'obtenir une solution à même de satisfaire, dans une certaine mesure, ces différentes directives.

Il est certes possible d'adresser à cette proposition un reproche tiré de la difficulté d'administrer la justice. On pourrait en effet dire que la charge imposée au juge serait trop lourde et déraisonnable. La tâche sera cependant facilitée par les parties, qui auront intérêt à chercher avec leurs conseils à établir la teneur d'une loi de police qui leur serait favorable.

162. L'application ou la prise en considération des lois de police étrangères garantirait une meilleure réglementation du rapport international en cause, et il vient d'être noté que même les prétentions concurrentes de plus d'une loi de police ne sauraient constituer un obstacle insurmontable, dès lors qu'un règlement satisfaisant peut être accordé à ce conflit. Cette solution n'est cependant pas la norme en droit positif. Il sera alors par la suite question de l'obstacle qui peut être opposé à la volonté des parties au moment où la situation revient à la portée de l'ordre juridique initialement écarté, ou bien lors de la reconnaissance du jugement étranger, dans l'hypothèse où les lois de police de cet ordre juridique n'auraient pas été prises en compte dans la décision étrangère.

C. La reconnaissance d'une décision étrangère rendue dans une matière réglementée par une loi de police

²⁹¹ Ce silence ne représente cependant pas un vide : il s'accompagne de la mise en place de règles reconnaissant aux justiciables les droits dont ils ont besoin pour développer leur activité économique : v. gén. R. L. HALE, « Coercion and distribution in a supposedly non-coercitive State », *Political Science Quarterly*, 1923, p. 470 ; G. CALABRESI, D. MELAMED, « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability : One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, vol. 85, n^o 6, 1972, pp. 1089-1128.

163. Dans l'état actuel du droit positif, il reste possible d'opposer une contrainte aux excès de l'autonomie au moment de la reconnaissance d'une décision étrangère (ou bien du rétablissement du contact perdu entre l'ordre juridique de départ et les justiciables mobiles). La condition de conformité à l'ordre public international est en mesure de comprendre en son sein l'impérativité de la loi de police évincée par les clauses de choix de la loi et de choix du for compétent. Mais pour s'assurer que les intérêts des justiciables protégés aient été sauvegardés par la décision étrangère, il faudra encore que le juge procède à un contrôle de conformité aussi largement conçu.

164. La décision retenue dans l'arrêt *The society of Lloyd's v. Ashenden*²⁹² est spécifique en ce que le domaine du contrôle exercé au moment de la reconnaissance était circonscrit par la loi de l'Illinois applicable à la reconnaissance. Ashenden, qui s'opposait à la reconnaissance du jugement anglais rendu à la suite de la décision sur l'incompétence des tribunaux américains, a fondé sa demande sur une violation du principe de *due process of law*. Ce principe se distingue de la notion d'ordre public procédural²⁹³ en ce qu'elle s'analyse *in abstracto* par rapport à un ordre juridique étranger, plutôt que de considérer les conditions concrètes dans lesquelles le jugement fut rendu. Sur l'application de ce critère, le raisonnement suivi par le juge Posner partait du présupposé que

« [l'on] peut affirmer sans grand risque de se tromper qu'aucune nation étrangère n'a incorporé nos doctrines du *due process* dans son propre droit procédural ; aussi interprétons-nous l'expression "due process" contenue dans la loi de l'Illinois (qui, souvenons-nous-en, est une loi uniforme, qui n'est donc pas destinée à refléter la conception idiosyncrasique du droit d'un certain État spécifique) comme se référant à un concept de procédure équitable suffisamment simple et fondamental pour décrire les procédures suivies dans les nations civilisées, qui sont nos pairs²⁹⁴. »

En ce qui concerne le Royaume-Uni, selon le juge, la question « *ne laisse pas de place au doute* », car « *les origines [du concept américain] de due process of law sont*

²⁹² *The society of Lloyd's v. Ashenden*, préc.

²⁹³ A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *op. cit.*, p. 22.

²⁹⁴ *The society of Lloyd's v. Ashenden*, préc.

anglaises »²⁹⁵. La confiance faite par le système américain à un ordre juridique culturellement proche²⁹⁶ a ainsi justifié que le premier fasse passer ses politiques impératives encadrant l'autonomie des parties après l'importance de reconnaître le jugement du second, dans la certitude que l'un de ses « pairs » aurait fourni une solution juste à l'affaire. La spécificité du cadre de ce raisonnement était donc en soi incompatible avec une considération de la conformité de la décision britannique aux objectifs poursuivis par la loi de police américaine.

165. Mise à part la spécificité du raisonnement en termes de *due process of law*, il devrait être possible de vérifier dans le cadre de la reconnaissance si une décision étrangère n'aurait pas porté atteinte aux objectifs poursuivis par une loi de police du for. Il s'agit de la position retenue par la résolution de l'Association de droit international de New Delhi de 2002²⁹⁷, ainsi que par une partie de la doctrine²⁹⁸.

La jurisprudence française sur la reconnaissance des décisions étrangères tend cependant à un affaiblissement du contrôle de conformité à l'ordre public en matière contractuelle²⁹⁹. Cette tendance est tout d'abord illustrée par l'arrêt de la Cour d'appel

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Le juge Posner précise que la décision n'aurait pas été la même s'il s'agissait d'un jugement provenant de « *Cuba, de la Corée du Nord, de l'Iran, de l'Iraq, du Congo, ou d'une autre nation dont l'allégeance à la règle de due process pose des sérieuses questions* » (trad.) : *Ibid.*

²⁹⁷ P. MAYER, « Recommandation de l'association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales ». *Rev. arb.* 2002, pp. 1061-1068.

²⁹⁸ Pierre Mayer et Christophe Seraglini soutiennent ainsi que l'État qui entend assurer des intérêts jugés essentiels (Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale. op. cit.*, p. 157, para. 323) ou garantir le respect d'une règle inspirée de considérations d'intérêt général (P. MAYER, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police » in *Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques : mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*. Paris : Dalloz, 2008, p. 459-477, spéc. p. 461, § 4) devrait sanctionner les sentences arbitrales ayant violé une loi de police. Luca G. Radicati di Brozolo, en revanche, propose une définition moins large de la notion de lois de police, les limitant à celles qui codifient « *un principe d'ordre vraiment fondamental ou supérieur* » (« Arbitrage commercial international et lois de police : Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, vol. 315, 2005, pp. 1-501, spéc. p. 341, § 54).

²⁹⁹ Les arrêts concernent la reconnaissance de sentences arbitrales étrangères, mais le critère commun de conformité à l'ordre public international permet d'étendre la logique aux décisions étrangères en général. À propos de ce contrôle, v. notamment : Ch. SERAGLINI, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Gaz. Pal.* n° 80, 21 mars 2009, p. 5 ; P. MAYER, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », *op. cit.*, p. 459-477 ; E. LOQUIN,

de Paris dans l'affaire *Thalès*³⁰⁰, et a été confirmée ensuite par la Cour de cassation dans l'arrêt *Cytec* du 4 juin 2008³⁰¹. D'après cette décision, seule doit être sanctionnée la violation « *flagrante, effective et concrète* » de l'ordre public. Cela aboutit, selon les mots d'Eric Loquin, à « *une parodie de contrôle, un contrôle de l'apparence* »³⁰² ne permettant pas de sanctionner la violation des lois de police du for.

Deux aspects de cette solution minimaliste font particulièrement obstacle à la sauvegarde des intérêts protégés par une loi de police lors de la reconnaissance d'une décision étrangère. Les objectifs poursuivis par les lois de police risquent d'échapper au cadre du contrôle de conformité à l'ordre public international, car trop spécifiques pour déclencher l'exception³⁰³. Ensuite, l'intensité du contrôle, limité à la violation « *qui crève les yeux* »³⁰⁴, soulève des difficultés au regard même de sa réalité. Cette tendance est toutefois dominante non seulement en France et aux États-Unis, mais aussi en Suisse, en Italie, en Allemagne, en Suède, en Espagne, en Angleterre, en Irlande, au Canada et en Inde³⁰⁵. Une solution qui écarte un contrôle de conformité aux objectifs poursuivis par les lois de police du for va à l'encontre de la finalité de ces règles au sein de l'ordre juridique. En accordant, en pratique, aux parties la possibilité d'écarter ces règles dans la planification de leur rapport, on va à l'encontre de leur volonté de

« Le contrôle du seul “caractère flagrant, effectif et concret” de la violation de l'ordre public international par la sentence », *RTD Com.* 2008, p. 518. La tendance est en tout distincte de celle qui a signé la décision de la Cour de cassation à l'égard de la reconnaissance de la filiation d'Adrien Jay et de Romain Nikhil, enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger.

³⁰⁰ Paris, 18 novembre 2004, préc. ; v. aussi Ch. SERAGLINI, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation) », *Gaz. Pal.* n° 295, 22 octobre 2005, p. 5.

³⁰¹ Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2008, préc.

³⁰² E. LOQUIN, « Le contrôle du seul “caractère flagrant, effectif et concret”... », *op. cit.*

³⁰³ Eric Loquin a en effet mis en doute l'existence de « *principes fondamentaux du droit de la consommation dignes de relever de l'ordre public international* » : « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *TCF.DIP*, 2004-2006, p. 135-164, spéc. p. 142. L'auteur fait référence à la proposition faite par Jean-Baptiste Racine : *L'arbitrage commercial et l'ordre public*, Paris : LGDJ, 1999, § 113. L'adoption d'une conception d'ordre public « véritablement international » conduirait également à écarter les lois de police protectrices du domaine du contrôle, dès lors qu'il n'est pas possible de vérifier une fongibilité entre lois de police, ou de les assimiler à des principes internationalement partagés.

³⁰⁴ Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*, préc.

³⁰⁵ L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police », *op. cit.*, p. 349, § 60. La Cour de justice des communautés européennes a cependant retenu une approche opposée à l'égard des règles impératives du droit de l'Union : v. l'arrêt *Eco Swiss supra*, note 169.

s'imposer à l'autonomie des justiciables.

166. Reste finalement à préciser que le contrôle de conformité par rapport aux objectifs poursuivis par une loi de police prend place dans le cadre de l'ordre public, et ne doit pas être assimilé à un contrôle de la loi appliquée par le for étranger. Cela implique que le contrôle doit être *concret* ; la sauvegarde des intérêts protégés doit être vérifiée *en l'espèce*. Il est possible, en effet, que l'application d'une loi de police autre que celle du for ait conduit à un résultat similaire. Un contrôle littéral et automatique de l'application des lois de police du for par l'autorité (juge ou arbitre) étrangère risquerait alors de conduire à un refus de reconnaissance injustifié. L'adoption même d'une règle de conciliation en cas de conflit de lois de police, telle que suggérée plus haut³⁰⁶, pourrait justifier un refus de reconnaissance face à un raisonnement mécanique. Le contrôle de conformité à l'ordre public international doit au contraire considérer la situation dans son ensemble, en tenant compte des objectifs poursuivis par la loi de police et de la mesure dans laquelle ces objectifs ont été atteints dans la décision étrangère³⁰⁷.

167. La volonté des parties, manifestée dans le choix d'un encadrement juridique plus favorable à leurs intérêts, a un effet sur la portée du *regard* d'un ordre juridique sur la situation, et peut finir par occulter certains intérêts concurrents. Ce chapitre a eu pour objet d'envisager la volonté exercée par le choix de la loi sous cette optique. Il est possible à ce stade de conclure que le domaine de l'*electio juris*, qui poursuit des objectifs propres, demeure encadré par des mécanismes qui permettent à un ordre juridique d'anticiper des éventuels effets pervers et de limiter l'efficacité du choix de la loi afin de les encadrer. Cet encadrement demeure cependant relatif. L'affaire *Lloyd's* illustre un exemple où la combinaison entre le choix de la loi et la saisine d'une juridiction étrangère finit par éloigner la situation de la portée du cadre établi. Il est en effet impossible pour un ordre juridique de prévoir toute l'arborescence de possibilités

³⁰⁶ V. *supra*, § 154.

³⁰⁷ Un exemple pourrait être inspiré par le cas dont il a été question plus haut en matière de coordination des résultats s'appliquant à la succession et au régime matrimonial. Phocion Francescakis soutient en effet que ce qui serait choquant dans ce type de cas, c'est que le résultat final prive le conjoint soit de toute vocation patrimoniale (*op. cit.*). Cet objectif général, ne considérant pas le détail de la vocation ou ses modalités, pourrait être atteint même en application d'une règle autre que celle du for. V. P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277.

pouvant découler de la soumission de la situation à une autorité étrangère, et c'est dans ce domaine imprévisible et non encadré que les angles morts risquent d'apparaître. L'exercice de volonté qui conduit à cette situation n'est cependant pas le choix de la loi, mais surtout le déplacement du justiciable vers l'ordre juridique élu. Cette seconde facette de la volonté fera l'objet du chapitre suivant.

Conclusion du chapitre

168. Dans ce chapitre, il a été question du fait que dès lors qu'un ordre juridique met à la disposition des parties les instruments leur permettant de choisir la loi applicable à leur rapport, il conçoit également les risques de dérive et d'abus pouvant conduire à porter atteinte à des intérêts concurrents. La stratégie individuelle qui comporte un déplacement *physique* vers un ordre juridique plus accueillant échappe toutefois à l'encadrement prévu par ces mécanismes, dès lors que l'élection opérée par les justiciables dans cette hypothèse est faite par un moyen qui sort de la portée du droit international privé de leur ordre juridique d'origine. La comparaison à laquelle procèdent ces parties n'est ainsi « *pas juridique en ce sens qu'elle n'est ni voulue ni régie par le droit d'aucun pays [... Elle] s'insinue subrepticement entre les interstices, les "poches" de non-droit ou plutôt d'"anti-droit" que laissent subsister les défauts de coordination des systèmes en présence* »³⁰⁸. Ces « poches » de non-droit contribuent à l'occultation de certains intérêts dans des angles morts.

169. Alors que l'encadrement de l'*electio juris* visait un acte de volonté facilement identifiable, les décisions dans les cas qui comportent un déplacement sont fragmentées selon leur objet (compétence des tribunaux et loi applicable). Ces décisions, tout en permettant au justiciable de se procurer la certitude dont il a besoin pour entreprendre son projet, arrivent difficilement à concevoir leurs effets sur le déséquilibre sous-jacent au cadre créé par l'exercice de volonté. Face à l'impossibilité pour les mécanismes de droit international privé d'encadrer *a priori* l'exercice de

³⁰⁸ G. P. ROMANO, « Les justiciables face à la comparaison des droits... », *op. cit.*, p. 132 ; v. aussi G. P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, *op. cit.*, p. 574 et s.

volonté qui combine le choix de la loi à un déplacement matériel, reste la question de savoir de quelle manière ces mécanismes peuvent réagir face aux effets du choix, lorsque la situation reprend contact avec l'ordre juridique d'origine.

Chapitre II. Les limites des mécanismes monistes dans l'encadrement de l'acte de volonté créateur d'angles morts

170. Si l'on part du rôle joué par la stratégie individuelle dans la création des angles morts, les mécanismes correcteurs qui ont pour objet ces situations pourraient avoir le potentiel, en poursuivant l'objectif de coordination et de résolution des conflits, d'accorder un traitement adéquat à la situation. En pratique, cependant, ces mécanismes faillent à atteindre ce but. Cette question sera développée tout d'abord à l'égard de l'exception de fraude à la loi, qui a directement pour objet les abus de la volonté individuelle qu'il est question de limiter dans le traitement des angles morts (**Section I^{ère}**). Il sera ensuite question du conflit mobile (**Section II**) et de l'adaptation conflictuelle (**Section III**).

Section I^{ère}. Le traitement qui vise à sanctionner un abus dans l'exercice de la volonté : la fraude de droit international privé.

171. Dans le chapitre précédent, il a été question des mécanismes qui peuvent encadrer *a priori* le choix d'une loi plus favorable par le justiciable. Il a toutefois été question du caractère relatif de ce cadre, dont l'efficacité est anéantie dès lors que la situation échappe à la portée³⁰⁹ de l'ordre juridique ayant établi les limites. Ainsi, à partir du moment où la volonté est exercée en dépit des limites préétablies, reste à s'interroger quant à l'encadrement réservé *a posteriori* à l'exercice de volonté. À cette fin, il sera question du mécanisme spécialement taillé pour contrecarrer la volonté d'une partie d'échapper à l'application d'une loi : la fraude de droit international privé. Ce titre aura pour objet l'actualité, l'utilité et la pertinence de ce mécanisme dans le traitement des cas comportant des angles morts, en revenant tout d'abord sur sa mise en œuvre (**Paragraphe I^{er}**), pour ensuite s'interroger sur sa portée dans l'encadrement des cas envisagés au long de cette étude (**Paragraphe II**).

³⁰⁹ La portée d'un ordre juridique étant, dans le sens des angles morts, la possibilité pour celui-ci d'exercer matériellement son pouvoir sur la situation. V. *supra*, § 91 et s.

Paragraphe I^{er}. L'exception de fraude de droit international privé : un mécanisme limité par la portée de sa définition.

172. La recherche d'un cadre juridique plus favorable est un phénomène inévitable. Ce constat n'est pas le fruit d'une approche laxiste propre au contexte contemporain : il y a plus de quarante ans, il était déjà possible de conclure qu'une sanction de tout montage permettant aux parties d'échapper à une loi non souhaitée finirait par concerner « *une partie relevante de la pratique du droit international privé* », puisqu'il est « *fréquent [...] que dans l'organisation des affaires internationales on cherche d'échapper à l'emprise de lois indésirables* »³¹⁰. Le projet d'échapper à l'application d'une règle peut cependant conduire à occulter des intérêts concurrents, en créant une situation dont l'encadrement est fragmenté et inefficace. Dans cette hypothèse, la question n'est plus limitée au caractère individuel qui concerne le particulier désireux de se procurer une solution plus favorable, mais comprend également la sauvegarde de ces intérêts, qui peuvent être aussi bien individuels que collectifs. L'exercice de volonté à l'origine de la déstabilisation du cadre réglementaire de départ pourrait-il, alors, être contrecarré par les mécanismes existants, comme la fraude de droit international privé ? Afin d'envisager cette possibilité, il sera question de la mise en œuvre de l'exception de fraude, en s'intéressant à la définition (A) et aux éléments propres au mécanisme (B).

A. La définition de la fraude de droit international privé

173. La fraude à la loi n'est pas définie de manière uniforme dans la littérature de droit international privé. Elle peut être restreinte au montage qui permet aux parties d'internationaliser artificiellement leur rapport, afin de pouvoir bénéficier des règles de droit international privé sur l'autonomie afin d'élire un cadre plus avantageux (a). La définition de la fraude peut en outre être restreinte aux cas où l'acte des justiciables conduit à la création d'un faux conflit, en soumettant la situation à une loi qui n'aurait

³¹⁰ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, op. cit., p. 435.

pas vocation à régir la situation (b). La fraude peut être également définie par rapport à la loi évincée, qui, afin de caractériser un comportement frauduleux, devrait être internationalement impérative (c). La jurisprudence retient quant à elle une définition de la fraude de droit international privé basée sur la manipulation du rattachement bilatéral par le justiciable (d).

a. L'internationalisation artificielle du rapport interne

174. Une analyse de la jurisprudence a amené Phocion Francescakis à conclure que l'exception de fraude était invoquée pour « protéger [l'ordre juridique] contre ce que l'on pourrait appeler l'internationalisation artificielle des situations internes »³¹¹. Plus donc que le résultat, c'est la modalité par laquelle les parties ont soumis leur situation à un droit étranger qui est sanctionnée par le mécanisme. Il est possible de distinguer deux cas d'accès frauduleux à l'autonomie. Tout d'abord, ceux par lesquels les parties font en sorte d'entrer dans l'une des catégories de justiciables habilités par les règles de droit international privé à choisir la loi applicable à leur rapport. L'exemple classique (et cité par l'auteur lui-même)³¹² consiste dans l'internationalisation artificielle d'un rapport contractuel, mais il est désormais possible d'y inclure les montages visant à faire entrer la situation dans les cas pour lesquels les instruments en droit de la famille admettent l'autonomie³¹³. Le deuxième cas de montage frauduleux consiste dans l'élection *de facto* d'un régime juridique plus avantageux, non sur le fondement d'une habilitation faite par le droit international privé, mais par l'internationalisation artificielle des éléments déterminant la loi applicable au rapport en vertu d'une règle bilatérale de droit international privé. Il s'agit du cas bien connu de la

³¹¹ Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, op. cit., p. 45 (souligné dans l'original).

³¹² *Ibid.*, p. 45.

³¹³ Tels que le règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (dit « Rome III »), le Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen et la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

Princesse de Bauffremont³¹⁴ : pour pouvoir accéder au divorce, impossible selon la loi française normalement applicable en vertu de la nationalité des deux époux, la princesse a adopté la nationalité du duché de Saxe-Altenbourg, en application de laquelle il était possible pour elle de se remarier.

175. L'exception de fraude contrôle ainsi « *le passage de l'interne à l'international pour sauvegarder le caractère impératif du premier* »³¹⁵. Il est en effet possible que les effets du déplacement du justiciable ne soient pas assez choquants pour justifier que l'exception d'ordre public soit déclenchée ; alors l'exception de fraude intervient pour, en tout cas, sauvegarder l'impérativité de la règle locale écartée³¹⁶. L'exception de fraude est ainsi un garde-fou, sanctionnant les comportements qui échapperaient à un contrôle dans le cadre de l'exception d'ordre public international.

b. La définition par rapport à mauvaise résolution d'un faux conflit

176. L'idée d'un lien entre la fraude à la loi et le faux conflit a été proposée par Bernard Audit dans sa thèse consacrée au sujet³¹⁷. Selon l'auteur, « [o]n peut parler de fraude à la loi lorsqu'un faux conflit est résolu par l'application de la loi qui n'avait qu'un intérêt minime, ou pas d'intérêt, à s'appliquer »³¹⁸. Ainsi, retenant une conception unilatéraliste de la détermination de la loi applicable, l'auteur suggère de soumettre le raisonnement de droit international privé à l'analyse préalable de la vocation respective des lois en présence à régir le rapport. Si une seule des lois veut s'appliquer, le juge se trouve face à un faux conflit. Quoique le rapport présente des rattachements avec différents ordres juridiques, un seul droit s'adresse à la situation en

³¹⁴ Req. 18 mars 1878, S. 1878.1.193, note Labbé, *GA* n° 6.

³¹⁵ Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, p. 45.

³¹⁶ La fonction du mécanisme est alors celle de « *relayer le "remède" de l'ordre public dans la mesure où [...] celui-ci tend à "atténuer" ses exigences en présence de "droits acquis à l'étranger"* » : *Ibid.*, p. 46.

³¹⁷ B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Paris : Dalloz, 1974.

³¹⁸ *Ibid.* p. 33, § 33.

cause. Si tel droit est appliqué par le tribunal étranger, le déplacement des parties n'aura pas été frauduleux. En revanche, tel ne sera pas le cas dans les hypothèses où la loi appliquée n'aurait pas vocation à régir la situation. La fraude est donc déduite de la soumission du rapport étranger à une loi étrangère, celle du for devant lequel se sont présentées les parties, alors même que l'espèce est étrangère aux objectifs pour lesquels la loi a été élaborée. Ces cas renvoient notamment au déplacement du justiciable vers un autre État, afin d'obtenir une solution impossible selon le droit de son État d'origine. Le principal exemple présenté par l'auteur à l'époque où la thèse a été écrite est le divorce, mais actuellement il est également possible de reconnaître des exemples importants en matière de filiation, notamment dès lors que sont en cause des parties ne pouvant pas accéder légalement ou biologiquement au statut souhaité (cas de la gestation pour autrui ou de l'adoption par des couples du même sexe).

177. Il pourrait être admis dans certains cas qu'il y ait une volonté délibérée de l'État à attirer des justiciables par une sorte de tourisme normatif³¹⁹. Il est toutefois plus probable que les autorités de l'État en question interviennent sans procéder à une réflexion sur le champ d'application qui aurait été assigné à sa loi. Une telle solution ne répond ainsi pas à une *volonté* du législateur désignant la vocation de la règle à s'appliquer, dans le sens d'une réflexion sur sa finalité. Celle-ci ne saurait être réduite à une fonction économique, un tel objectif pouvant être à peine admis parmi les objectifs poursuivis par la loi de manière générale³²⁰. En outre, l'application systématique de la *lex fori*, tout en ne répondant pas à une logique propre à la fonction de la règle, finirait selon Bernard Audit par contrevenir à l'intérêt général en ce qu'elle « *ne trouve pas de contrepartie dans l'harmonie des relations internationales* »³²¹. Ainsi, l'application de

³¹⁹ Sur les intérêts économiques ainsi que les effets néfastes d'une telle solution sur la bonne administration de la justice au sein de cet État, v. *infra*.

³²⁰ Les finalités poursuivies par une règle de droit pourraient *grosso modo* être identifiés comme revenant au « *besoin de paix, d'ordre, de stabilité, de continuité, ressentis par la communauté et par chacun de ses membres* » : G. P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, *op. cit.*, § 301 (c'est nous qui traduisons). L'objectif économique pouvant être reconnu dans l'application extensive de la *lex fori* pourrait difficilement être rattaché à l'une de ces finalités, surtout dès lors que le point de référence sont les membres de la communauté accueillant les justiciables étrangers.

³²¹ B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 33, § 33. L'auteur va jusqu'à voir la limite de la règle de conflit bilatérale dès lors que sont en cause des faux conflits, « *le maintien de principe d'une règle de conflit qui se prête exceptionnellement à une solution malheureuse* » étant rattaché par l'auteur à un cas d'atteinte à l'harmonie des solutions, quoique justifié d'après lui par le besoin

la *lex fori* aux justiciables étant venus devant le for pour s'y soumettre volontairement ne saurait favoriser que le seul intérêt de « *celui, ou de ceux, qui ont provoqué l'application de la loi sans compétence* »³²².

c. La définition par rapport à l'éviction d'une loi impérative

178. Il va de soi que la sanction du montage visant à échapper à l'application d'une norme n'a du sens que dès lors que cette règle revêt un caractère impératif. Il est en effet possible pour les justiciables d'adapter les effets des règles disponibles, domaine dans lequel le juge ne sera pas tenu d'appliquer d'office les règles de droit international privé³²³. S'agissant toutefois des règles impératives, il leur faudra une stratégie plus efficace si leur objectif est d'en neutraliser l'application, d'où le recours à l'internationalisation artificielle ou à la soumission tout aussi artificielle de la situation à une loi n'ayant pas vocation à intervenir.

179. La considération de l'impérativité dans l'élément légal de la fraude à la loi a cependant porté des auteurs à la conclusion que celle-ci doit, en outre, être rattachée à l'ordre public international du for pour qu'il puisse y avoir sanction de la fraude à la loi. C'est la conclusion à laquelle arrive Rolando Quadri après constater qu'une conception plus large de la fraude serait privée de toute positivité, dès lors que « [le problème] couvrirait une partie relevante de la pratique du droit international privé, ce qui n'est pas le cas »³²⁴. On peut répondre à cet argument avec celui mis en avant par Phocion Francescakis, et inspiré de l'affaire Princesse de Beaufremont : la fraude servirait au contraire à sanctionner les pratiques échappant au contrôle de conformité à l'ordre public³²⁵. Mis à part cependant cet exemple classique de la jurisprudence française, l'auteur italien met en avant des manœuvres similaires en matière de mariage,

de maintenir la règle. Il n'y a qu'un pas à franchir pour conclure qu'un tel besoin n'est que psychologique.

³²² *Ibid.*

³²³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 déc. 1990, *Coveco*, *Rev. crit. DIP* 1991.558.

³²⁴ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, *op. cit.*, p. 435.

³²⁵ *V. supra.*

impliquant cependant la mobilité géographique des parties à la recherche d'un for plus accueillant, plutôt que la manipulation directe de l'élément de rattachement³²⁶. Il en déduit la difficulté d'identifier le procédé en tant que mécanisme autonome par rapport à l'ordre public international, dès lors que selon l'auteur ce qui la fraude entend sanctionner est moins l'agissement en tant que tel que le *résultat* que cet agissement concrétise – résultat qui serait tout aussi sanctionné sur le terrain de l'exception d'ordre public international³²⁷. Or cette perspective peut être perçue en droit positif contemporain : malgré la mention de la fraude à la loi, la décision de la Cour de cassation refusant de donner effet à la manœuvre est fondée sur la contrariété du résultat à l'ordre public international français³²⁸.

180. L'impérativité de la loi évitée est également un élément déterminant dans une proposition récente de renouveau de la fraude à la loi³²⁹. La définition rallie les deux conceptions en conflit dont il vient d'être question, en retenant la seule impérativité de droit interne dans les cas d'internationalisation artificielle³³⁰, mais l'impérativité de droit international s'il s'agit d'un cas de situation objectivement internationale³³¹. Cette dernière proposition peut cependant prêter à discussion à partir des conceptions qui viennent d'être présentées. Tout d'abord, la limitation de la

³²⁶ Il présente l'exemple des juifs polonais immigrés en Allemagne dans l'entre-deux-guerres qui, pour échapper au §1315, II, BGB exigeant un certificat de capacité (que l'époux ne pouvait pas présenter car échappé de Pologne pour ne pas avoir accompli ses obligations militaires), allaient se marier devant des rabbins en Tchécoslovaquie, manœuvre dont les résultats étaient par la suite accueillis en Allemagne sans pour autant que la fraude y fasse obstacle (l'exception a été invoquée une fois, sans succès). Le deuxième exemple est celui des époux allant se marier à Gretna Green à la suite de l'adoption du Marriage Act anglais de 1763, imposant des formalités strictes à la célébration du mariage – manœuvre qui était, elle aussi, acceptée par les tribunaux de l'ordre juridique écarté : R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, op. cit., p. 436, citant pour le premier exemple G. KEGEL, *Internationales Privatrecht: ein Studienbuch*, Munich : Beck, 1964, p. 152, et pour le second R. H. GRAVESON, *The conflict of laws*, Londres : Sweet & Maxwell, 1965, p. 228.

³²⁷ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, op. cit., p. 436.

³²⁸ V. par ex. les arrêts rendus par la Cour de cassation en matière de gestations pour autrui du 6 avril 2011, préc.

³²⁹ S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP* 2010-2012, pp. 255-297.

³³⁰ Ou de cas précis de saisine du juge français, même en présence d'une situation internationale : v. *Ibid.*, pp. 262-3.

³³¹ *Ibid.*, p. 262.

conception contemporaine de fraude à la loi aux cas mettant en cause l'éviction de lois de police (dès lors qu'il s'agit des exemples les plus à même d'être vus en pratique) pose le problème de l'identification de la fraude en tant que mécanisme autonome de droit international privé. Le contexte retenu dans cette proposition est cependant plus vaste que celui pour lequel Phocion Francescakis a dressé son analyse, dès lors que le dernier était limité à la fraude à la loi *strictu sensu*, dans le cadre de laquelle l'application immédiate des lois de police aurait en effet évité qu'il faille recourir à l'exception de fraude. La proposition peut également être distinguée de celle mise en avant et critiquée par Rolando Quadri, car alors que l'auteur italien concentre son approche sur le résultat rendu possible par la fraude, la conception dont il est ici question considère l'éviction des lois de police l'élément matériel de la fraude lui-même. On pourrait lui reprocher que la notion manque de positivité, mais il ressort clairement de l'exposé que le propos est *de lege ferenda*, et ne se réclame pas de reproduire le droit positif, mais plutôt d'en combler une lacune.

181. La proposition comporte ainsi l'idée d'un élargissement de la pratique actuelle de la fraude, ce qui amène à une deuxième remarque comparative avec les conceptions l'ayant précédée. Si l'on retient qu'il soit possible de caractériser une fraude dans une situation véritablement internationale, alors celle-ci pourra être retenue même en cas de vrai conflit, distinguant donc la proposition de celle formulée par Bernard Audit³³². Ceci étendrait donc la sanction aux cas de justiciables qui exercent leur option juridictionnelle afin de voir régir leur situation par une loi qui veut également s'appliquer, mais dont les conditions sont plus favorables. L'auteur distingue ainsi les cas d'option législative, pour lesquels il ne serait pas question de parler de fraude, de ceux « d'option de compétence », réservant au juge la possibilité de sanctionner pour fraude une partie de la pratique du *forum shopping*³³³. La fraude pourra ainsi être caractérisée « *dès lors que les justiciables auront cherché, par l'exercice du droit d'option, à échapper à l'application d'une disposition internationalement impérative alors que la situation considérée entre dans le domaine d'application de cette disposition* ».

³³² V. *supra*, § 176.

³³³ S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *op. cit.*, pp. 264-266.

182. Et *quid* de la sanction si la situation était également contemplée par le champ d'application de la loi finalement appliquée ? Cette hypothèse de vrai conflit (de lois de police) a été envisagée dans le cadre de l'analyse des exemples de mobilité internationale, où il était question de réfléchir à une solution satisfaisante pouvant être accordée à ce conflit type de conflit irréductible³³⁴. Le raisonnement fondé sur la fraude, qui a également vocation à comprendre ce type de situation, ignore la question de la résolution du conflit, tout en favorisant une réponse automatique au profit de la *lex fori*.

L'exception de fraude conduirait en effet à écarter la loi applicable comme résultat de la stratégie des parties, en ignorant les effets de cette dernière, et à appliquer la loi du for. Le principal souci de cette proposition, c'est qu'il ne s'agit pas seulement du cas d'un juge qui doit décider quelle loi appliquer à l'espèce – hypothèse pour laquelle l'application systématique de la *lex fori* serait déjà en soi insatisfaisante. Cette solution aurait également vocation à s'appliquer à des situations ayant déjà donné lieu à un jugement à l'étranger. Le contournement de la loi du for au profit d'une loi étrangère réclamant également son application aurait ainsi une sanction beaucoup trop lourde par rapport à sa gravité du point de vue de la réglementation des rapports privés internationaux. L'intervention de la fraude mettrait les parties dans une situation d'antinomie à la fois injustifiée et injuste. Ce n'est donc pas surprenant que des professeurs discutant la proposition, ainsi que l'auteur lui-même, aient manifesté leurs réserves quant à l'opportunité d'un tel élargissement³³⁵. La position relève surtout d'une certaine conception de la fraude, déduite de l'application « normale » d'une loi donnée – que ce soit celle désignée par la règle de conflit de lois ou celle auto-désignée s'il s'agit d'une loi de police, il est en tout cas question d'une conception moniste des conséquences normatives à attacher à la mobilité des individus³³⁶.

d. La manipulation du rattachement bilatéral

³³⁴ V. *supra*, § 156-162.

³³⁵ V. le débat après la communication de S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », p. 285 et s.

³³⁶ Sur la question de la loi « normalement applicable », v. *infra*, § 187 et s.

183. Les définitions qui viennent d'être présentées ne semblent cependant pas avoir été retenues par la Cour de cassation dans sa jurisprudence plus récente en matière de fraude à la loi *strictu sensu*³³⁷. Selon les mots de la Cour dans l'arrêt *Caron*, il suffit pour qu'il y ait fraude que « [la] règle de conflit soit volontairement utilisée, en modifiant un élément de rattachement, à seule fin d'éviter l'application d'une loi compétente »³³⁸. L'acte frauduleux ne se limite ainsi pas à l'internationalisation du rapport (ou l'accession à la mobilité), mais comporte une définition plus technique tenant à la manipulation du rattachement bilatéral. Cette notion, fondée sur « l'utilisation volontaire de la règle de conflit, par manipulation de l'élément de rattachement, afin d'échapper à une disposition impérative »³³⁹, est présentée par la doctrine depuis l'affaire *Princesse de Beaufremont*. Malgré l'essai des propositions précédemment citées d'apporter des nuances à cette définition, la Cour de cassation s'y rallie clairement, au moins dans l'argumentation, dans la jurisprudence *Caron*.

184. Il a certes été admis, avec l'affaire *Princesse de Beaufremont*, que l'internationalisation artificielle pouvait être mise en œuvre par la manipulation des éléments constituant la situation – ce qui n'équivaut cependant pas à retenir que toute manipulation serait constitutive de fraude à la loi³⁴⁰. La définition retenue par la jurisprudence et théorisée dans les manuels de droit international privé³⁴¹ est donc plus

³³⁷ Jurisprudence qui commence tout de même à être datée, mais toujours plus récente que les arrêts ayant inspiré Phocion Francescakis dans l'écriture de sa thèse publiée en 1958 et Bernard Audit dans la sienne, de 1974.

³³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986.66, note Y. LEQUETTE.

³³⁹ Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, pp. 4-5. La définition résulte de la recherche par l'auteur des différentes notions proposées par la littérature, dont les sources sont énoncées à la première note de bas de page de la cinquième page. Il arrive à la conclusion que « [t]ous les auteurs ne définissent pas la fraude à la loi avec une égale précision, mais les définitions sont en général proches de celle donnée au texte ». Les manuels plus récents poursuivent dans le même sens, probablement parce que la jurisprudence de la Cour de cassation dans son dernier état déduit la fraude à la loi de l'utilisation de la règle de conflit.

³⁴⁰ Ce n'est en effet pas ce qui promeut le mécanisme dans le dernier état de sa mise en œuvre. La manipulation du rattachement constitue l'un des éléments de la fraude, auquel il faut ajouter la violation d'une règle (élément légal) et l'intention frauduleuse du justiciable à son origine (élément moral ou subjectif).

³⁴¹ La modification du critère de rattachement constitue ainsi l'élément objectif (P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, pp. 194-5, para. 270) ou matériel (D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, *op. cit.*, p. 451, para. 429) de la fraude à la loi ; « l'artificieux » se trouve dans l'application de la règle de conflit, et non dans l'internationalisation du rapport (B. AUDIT, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 535, § 7).

vaste que celle proposée par Phocion Francescakis, quoique l'idée de base reste la même : la violation d'une loi « normalement applicable » sous l'apparente régularité tirée de la constitution du rapport par une loi étrangère.

185. Dans l'affaire *Caron*, on ne peut pas parler d'une situation purement interne dont l'internationalisation aurait été artificiellement poursuivie par les parties. Avec l'immeuble litigieux localisé en France et le *de cuius* domicilié aux États-Unis, il s'agissait d'une situation objectivement internationale. L'application de la loi française au titre de *lex rei sitae* a cependant été déjouée par la vente par le *de cuius* de l'immeuble à une société américaine dont il était le seul actionnaire. En tant que succession de biens mobiliers, la situation serait alors régie par la loi américaine du dernier domicile du *de cuius*. Plus que l'internationalisation, c'est l'enlèvement de la situation à l'emprise de la loi française sur les successions qui a été censurée par la Cour de cassation au nom de la fraude à la loi. Or cette situation n'aurait pas été censurée ni par la conception de fraude à la loi mise en avant par Phocion Francescakis, ni par celle proposée par Bernard Audit ou encore celle fondée sur caractère d'ordre public de la règle évincée. D'après la première, comme il a été indiqué, la situation, internationale dès le départ, n'aurait pas pu être sanctionnée au nom de la « *protection du [...] milieu juridique interne* »³⁴². Selon la deuxième, la situation met en place un vrai conflit entre la loi française de l'immeuble et la loi américaine du domicile et de la nationalité du défunt, ainsi que du lieu d'immatriculation de la société ayant acquis l'immeuble, établie aux Îles Vierges. Plus qu'une fraude de droit international privé, cette jurisprudence ne fait que sanctionner une fraude tout court³⁴³. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait constaté en fait le caractère fictif de la société américaine, et a « [tiré] les conséquences de son caractère artificiel pour les besoins et dans les limites de la cause »³⁴⁴. Si le caractère fictif de la société n'avait pas été établi, la solution aurait-elle été la même ? Ceci met en cause les deux pierres angulaires de la fraude de droit international privé, à savoir la notion de loi « normalement applicable » et l'effectivité

³⁴² Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, op. cit., p. 45.

³⁴³ Sur la fraude en général et la fraude de droit international privé, v. Pascal DE VAREILLES-SOMMIERES, *Rép. dr. internat.*, v^o « Fraude à la loi », § 2-11.

³⁴⁴ Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Rev. crit. DIP* 1983.282, note DROZ.

de la manœuvre discutée.

B. Les éléments de la fraude de droit international privé

186. Une analyse des éléments qui servent de référence à la caractérisation d'une fraude de droit international privé rend plus visible l'inadaptation du mécanisme aux cas comportant des angles morts. Il s'agit notamment de la notion de loi « normalement applicable » (a) et du manque de lien effectif entre la situation et l'ordre juridique dont la loi a été appliquée (b).

a. La notion de loi « normalement applicable »

187. L'idée de fraude à la loi a été forgée à partir de l'objectif de sanctionner l'éviction volontaire d'une loi qui serait « normalement applicable ». Les divergences qui peuvent être notées parmi les différentes manières de concevoir le principe, son utilité et sa mise en œuvre dérivent en grande partie de l'idée que se font les auteurs à la fois de l'*identité* et de la *normalité* de l'application de cette loi. Or il est possible de faire ressortir deux manières de concevoir l'identité de la loi normalement applicable : par le critère retenu par la règle bilatérale du for (1) et par le titre exclusif qu'a la loi à s'appliquer (2).

1. La loi normalement applicable est celle désignée par le rattachement bilatéral retenu par les règles de droit international privé du for

188. L'idée de fraude à la loi repose sur un certain exclusivisme de la loi normalement applicable. Ceci est surtout vrai dans la conception la plus stricte du mécanisme, qui sanctionne la manipulation par les parties du critère de rattachement – la loi désignée par celui-ci pourrait *seule* être compétente pour régir la situation, et un détournement volontaire serait sanctionné³⁴⁵. Si les cas comportant une modification des

³⁴⁵ Il n'est donc pas question de caractériser la fraude fondée sur la manipulation du

éléments du rapport de manière à altérer le résultat de la mise en œuvre de la règle bilatérale sont plus rares, l'éviction de la loi applicable selon le droit international privé du for demeure poursuite par la saisine de juridictions étrangères. La pratique du *forum shopping* est cependant loin d'être une nouveauté, et le refus par un ordre juridique de reconnaître les effets de la solution constituée à l'étranger peut être à l'origine de solutions imprévues pour les parties, et injustifiées notamment en raison du principe de respect des droits acquis.

À ce propos, Sandrine Clavel soutient que « *encore faut-il que ces droits aient été légitimement acquis* »³⁴⁶. Le raisonnement en termes de légitimité risque d'être aussi cyclique que celui autour de la normalité ou de l'exclusivité de l'application d'une loi, en ce qu'il dissout l'objet de la fraude dans un contrôle de la loi appliquée par l'ordre juridique d'origine³⁴⁷. Pour cet auteur, la reconnaissance n'aurait pas pu être possible dans les cas de contrariété de la situation à l'ordre public international du for évincé³⁴⁸ et si elle « *procède d'une fraude d'une ou des parties, parce que celles-ci ont consciemment, délibérément, choisi de porter le litige devant un juge étranger pour échapper à l'application de la loi de police française que celles-ci savaient applicables* »³⁴⁹.

rattachement dans les matières où la règle de conflit de lois admet des compétences alternatives, comme c'est le cas dans les instruments récents en droit de la famille (v. *supra*). On ne pourrait dans ces hypothèses considérer la fraude que dans la limite où celle-ci résulterait d'une internationalisation artificielle du rapport afin d'accéder à l'option législative reconnue aux parties par les règles de droit international privé.

³⁴⁶ S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 265.

³⁴⁷ La critique de la doctrine des droits acquis depuis une perspective moniste reproche à la technique une pétition de principe ou un cercle vicieux (on assume que la loi étrangère était applicable, et sans démontrer qu'elle était habilitée, on brûle des étapes). Didier Boden fait noter dans sa thèse que ce reproche repose lui-même sur une pétition de principe, « *puisque le formuler revient à tenir pour établi que le droit international privé se réduit tout entier à la question de l'application des lois, et que la question de l'application des lois se réduit tout entière à celle du respect de la loi désignée par une règle bilatérale de désignation du for – double réduction dont la pertinence est précisément au cœur du différend* » : D. BODEN, « L'ordre public : limite et condition de la tolérance », thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002, pp. 548-554, spéc. pp. 552-553.

³⁴⁸ Dans le même sens de la conclusion à laquelle arrive Rolando Quadri – et dans ce cas-ci l'exception d'ordre public international suffit à elle seule, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la fraude : v. *supra*.

³⁴⁹ S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 265.

2. La loi normalement applicable est celle ayant un titre supérieur à s'appliquer

189. Le titre de la loi à s'appliquer « normalement » peut ne pas être forcément redevable des solutions retenues par les règles bilatérales du for. C'est le cas en effet dans toutes les hypothèses de fraude comportant le déplacement des parties vers un for étranger, dès lors que la reconnaissance de la décision n'est plus soumise au contrôle de la loi appliquée par la juridiction étrangère³⁵⁰. Mais même en cas de fraude à la loi au sens strict, la compétence de la loi évincée serait plus facilement déduite du titre de la loi à s'appliquer.

190. Dans l'idée d'internationalisation artificielle retenue par Phocion Francescakis, le passage de l'interne à l'international que l'auteur envisage afin de déterminer le périmètre de la fraude à la loi peut être déduit d'une manipulation du critère de rattachement, mais peut également (et de manière plus appropriée), être détaché de cette idée. L'idée part du présupposé que les parties à un rapport purement interne ne devraient pas être en mesure d'échapper aux règles impératives du for en jouant avec les règles de droit international privé. La princesse qui change de nationalité afin de pouvoir se remarier manipule, certes, le critère le rattachement, mais échappe surtout à l'emprise d'une loi qui a seule un titre effectif à s'appliquer. Le raisonnement n'est ainsi pas redevable d'une analyse en termes de rattachement, mais se concentre surtout dans la vocation de la loi évitée à s'appliquer, telle qu'elle ressort *de la loi elle-même*. Même en reprenant l'exemple de la princesse de Bauffremont et la manipulation du rattachement par la nationalité, il demeure possible d'arriver à une telle conclusion. Le rattachement est en effet le fruit de la conception du for quant à la répartition internationale des compétences législatives – selon l'idée que l'ordre juridique français se faisait à l'époque des rapports familiaux, la question du divorce devait être soumise à la loi de la nationalité des époux. Le critère résulte ainsi de l'incorporation dans le rattachement bilatéral de la conception du for, dont la version unilatéraliste est celle originalement énoncée à l'article 3 du Code civil : « *Les lois concernant l'état et la*

³⁵⁰ Une lecture de la jurisprudence *Cornelissen* conduirait en effet à conclure qu'il ne serait plus possible de sanctionner la fraude à la loi strictu sensu au moment de la reconnaissance : P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 295-7, n° 391-2.

capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». L'internationalisation artificielle de la situation non seulement contrevient à la loi désignée par le rattachement ; elle évince une autre loi qui *veut* s'appliquer. L'identification de cette loi, quoique ne découlant pas de la règle bilatérale de droit international privé, demeure tout de même exclusive. La loi fraudée ne peut être que celle du pays avec lequel la situation est rattachée, s'agissant d'un rapport interne que les parties auraient artificiellement internationalisé.

191. La définition de la fraude par rapport au titre à s'appliquer dont peuvent se prévaloir les lois en présence a cependant été mieux mise en avant par Bernard Audit, qui réserve la qualification de fraude aux cas où les agissements des parties conduisent à la création d'un faux conflit et à l'application d'une loi n'ayant aucune vocation à s'appliquer à l'espèce³⁵¹. Quoique les cas de vrai conflit soient identifiés par l'auteur de manière très restrictive³⁵², la notion de loi « normalement » applicable s'écarte de l'idée exclusiviste fondée sur le seul droit international privé du for pour admettre le champ d'application envisagé par les règles étrangères, et leur vocation à régir le rapport telle qu'elle apparaît dans leur propre ordre juridique. Les vrais conflits ne sauraient donner naissance à une fraude à la loi, même si la loi appliquée est différente de celle désignée par les règles de droit international privé du for évincé, et que les parties se sont présentées devant le for étranger dans le but d'obtenir une décision plus favorable. Bernard Audit fait mention dans sa thèse écrite en 1974 du « *développement contemporain du droit économique impératif* » qui entraîne une « *multiplication des [vrais] conflits en cette matière* »³⁵³. Or les lois de police dont l'éviction serait caractéristique de fraude selon la lecture proposée par Sandrine Clavel relèvent de cette matière, et il ne faut donc pas sous-estimer le risque de vrai conflit dans ce domaine,

³⁵¹ V. *supra*, § 176 et s.

³⁵² Il est en effet surtout question des conflits entre règles de droit public, quoique l'auteur retienne que le droit privé connaît également des tel cas, qui ne sont cependant pas la règle dès lors que « *la caractéristique des lois de droit privé est que leur application à tel cas individuel n'intéresse pas directement d'État* ». Il donne l'exemple d'une Française mariée à un Italien qui demande le divorce en France : la loi française aussi bien que la loi italienne veulent régir la situation. L'application d'une de ces deux lois, tout en caractérisant un abus par rapport à l'autre (qui *voulait* également s'appliquer), n'aurait toutefois pas pu constituer une fraude, dès lors qu'il s'agit d'un cas de vrai conflit et que les deux lois ont un titre effectif à s'appliquer : Bernard AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 25 (souligné dans l'original).

³⁵³ *Ibid.*, p. 24.

tout comme l'antinomie qui s'en suit³⁵⁴. Cette dernière idée de loi normalement applicable (qualité dont peuvent donc être revêtues plusieurs lois) est également liée à celle d'effectivité de la manœuvre mise en place par les parties, en fonction de laquelle l'aspect subjectif mais aussi objectif de la fraude devront être rééquilibrés.

b. L'effectivité de la manœuvre

192. Si la loi appliquée n'est pas celle qui aurait été « normalement » compétente selon les règles de droit international privé du for évincé, la fraude ne sera pas pour autant caractérisée. Encore faudra-t-il que l'éviction de la loi ait été orchestrée par les parties, qui auraient été animées d'une *intention frauduleuse*. Selon la conception qui distingue les différents éléments constitutifs de la fraude, il s'agit dans ce cas de son élément *subjectif* ou *moral*. Sans l'intention des parties de frauder la loi normalement applicable, il ne serait en effet question que d'un conflit mobile³⁵⁵. Mais surtout, les parties disposent de la liberté d'exercer leur mobilité, même si celle-ci est motivée par la recherche d'un environnement législatif plus favorable pour les parties. Si le déplacement est par la suite *effectif*, quoique la loi normalement applicable aux yeux du for ait été ignorée, il ne serait pas légitime, d'un point de vue de sécurité juridique, d'écarter les effets de la nouvelle situation des parties sur le fondement de la fraude. Le facteur temps joue ainsi un rôle important dans l'examen de la fraude : alors qu'un déplacement récent et l'absence de liens avec l'ordre juridique étranger peuvent présenter des indices d'une manœuvre visant uniquement à écarter la loi normalement applicable et ensuite jouir les effets de la loi étrangère au sein de l'ordre juridique évincé, un établissement stable à l'étranger écarte la situation des cas visés par l'exception de fraude.

193. Si l'effectivité du déplacement contribue à écarter l'intention frauduleuse

³⁵⁴ L'antinomie résulte ici du fait que les justiciables soient visés par plus d'une loi, sans pour autant pouvoir se conformer simultanément aux exigences de chacune de ces règles, et étant par conséquent exposés à des sanctions pour avoir inévitablement violé une des lois applicables à sa situation.

³⁵⁵ Sur la distinction entre conflit mobile et fraude à la loi, v. par ex. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, *op. cit.*, p. 455.

des parties, ce facteur intervient également d'un point de vue matériel, rééquilibrant la prétention des lois en présence à régir la situation. La mobilité qui comporte un rattachement effectif du rapport à l'ordre juridique d'accueil enlève progressivement la situation de la sphère d'application de la loi évincée, pour la rapprocher de celle de la loi élue par l'exercice de la mobilité. D'une hypothèse de possible fraude la situation évoluerait à un cas de vrai conflit, pour lequel la loi étrangère aurait un titre à intervenir, et dont les effets ne sauraient être légitimement contestés.

194. Le rôle joué par l'effectivité dans la définition de la fraude de droit international privé met également en évidence les limites du mécanisme dans l'encadrement de l'exercice de la volonté afin de soumettre la situation à un cadre juridique plus favorable. On ne peut que retenir, suivant l'approche suggérée par Bernard Audit, que celle-ci ne saurait que sanctionner des cas où une situation aurait été artificiellement soumise à une loi incompétente dans un cadre de faux conflit. Or en pratique, cela a pour effet d'exclure du champ de l'exception les situations dites objectivement internationales³⁵⁶, qui seraient effectivement rattachées à plus d'un ordre juridique. L'exception de fraude de droit international privé pourra tout de même être en mesure d'apporter un encadrement ultérieur à la volonté exercée par le choix de la loi, en limitant l'accès à l'*electio juris*³⁵⁷, mais ceci enlève l'essentiel de son intérêt dans le cadre de cette étude, dès lors que l'exercice de volonté qui présente plus de risques d'effets néfastes (en raison de la difficulté dans son encadrement) est justement celui qui comprend un déplacement des parties vers un territoire dans les limites duquel un régime plus favorable leur serait appliqué. Ces cas ne pourraient pas être contemplés par

³⁵⁶ À savoir celles qui « [mettent] *en cause deux ou plusieurs pays, par ses éléments intrinsèques* » : sur la distinction entre relations subjectivement et objectivement internationales, v. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 4-5.

³⁵⁷ Il demeure tout de même possible d'encadrer dans ce champ d'intervention étroit les contrats conclus avec des parties faibles qui auraient été artificiellement internationalisés par la partie la plus puissante afin de pouvoir accéder au choix d'une loi autre que celle normalement applicable. L'exemple est également invoqué par l'auteur lui-même : « *l'on conçoit que [la fraude à la loi] puisse opérer en droit international privé même dans le domaine tenu comme relevant de l'autonomie de la volonté. Celle-ci suppose, en effet, que l'on se trouve en présence d'un rapport international. On ne saurait admettre qu'il puisse y avoir liberté de choix de la loi applicable à un contrat qui ne présenterait aucun élément d'extranéité. Il s'ensuit que l'intervention de la fraude à la loi est parfaitement plausible dans ces cas pour refuser effet au choix direct ou indirect par les parties d'une loi étrangère lorsque la seule intention ayant guidé celles-ci aura été de se soustraire à la loi interne normalement applicable* ».

l'exception de fraude à partir du moment où les parties nouent véritablement des liens avec l'ordre juridique d'accueil.

195. Le domaine de l'exception de fraude serait alors restreint à l'utilisation abusive, par les parties à une situation purement interne, de la possibilité de saisir un for étranger totalement extérieur à leur rapport afin de se voir appliquer une loi plus favorable. Mais au moment où les parties demanderont à l'ordre juridique évincé la reconnaissance des effets de la manœuvre, le rejet par celui-ci de la demande qui lui sera adressée sera plus vraisemblablement fondé sur le contrôle de la compétence indirecte que sur l'exception de fraude. L'exception de fraude proprement dite pourra tout de même être invoquée par le juge étranger saisi, pour qui la situation serait, dans ce cas-là, subjectivement internationale³⁵⁸, mais qui aurait également écarté sa compétence avant de statuer sur un tel fondement. Le plus probable est donc que la situation échappe simplement au domaine de l'exception de fraude de droit international privé.

Paragraphe II. L'exception de fraude de droit international privé : un mécanisme limité par sa mise en œuvre.

196. La section précédente a poursuivi une analyse des fondements de la fraude de droit international privé pour déterminer dans quelle mesure ce mécanisme taillé pour l'encadrement des abus de mobilité pourrait s'avérer un moyen de réglementation efficace dans les cas comportant des angles morts. Par sa structure et son mode d'intervention, l'exception n'avait dès le départ qu'une vocation très étroite par rapport au phénomène général de la mobilité internationale : une fois écartés les cas où une loi ayant vocation à intervenir régit le rapport, le seul domaine où un encadrement par la fraude serait intéressant était celui de l'*abus de compétence* des juridictions offrant leurs tribunaux et leur loi à des individus avec lesquels elles n'entretiennent aucun lien. L'exception de fraude viendrait ainsi sanctionner les situations purement internes dans

³⁵⁸ Dès lors que, quoique la situation purement interne « [aura] été, par sa soumission à [l'organe d'un pays autre que celui dont elle est originaire], internationalisée », « la saisine de l'organe est un élément extrinsèque qui n'affecte pas la substance même de la relation » : P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, op. cit., p. 4 (souligné dans l'original).

lesquelles on veut accéder artificiellement au droit d'option réservé aux situations internationales. Même dans ce cas limité, la conclusion est mitigée. Encore que l'exception de fraude puisse effectivement aboutir à une telle fin, son domaine d'intervention se trouve en effet concurrencé par d'autres mécanismes permettant d'aboutir au même résultat, à partir d'une motivation plus objective (A). Mais surtout, la méthode a le grand inconvénient de ne pas contempler les cas d'exercice de volonté nécessitant le plus de solutions originales pour leur encadrement : le déplacement physique permettant au justiciable de soumettre sa situation à un cadre juridique plus favorable à ses intérêts (B).

A. La fraude concurrencée par les autres mécanismes de droit international privé

197. La définition de la fraude de droit international privé dont il a été question dans la section précédente découle à la fois de l'idée de loi normalement applicable – qui doit être celle (ou celles) ayant vocation à régir le rapport selon les règles de droit international privé du for auquel elles sont rattachées – et de l'effectivité (ou du manque d'effectivité) de la manœuvre des individus visant à soumettre leur rapport à une loi autre que celle normalement applicable au départ. Une analyse combinée de ces deux éléments conduit à la même conclusion : si la loi élue avait en tout cas vocation à s'appliquer avant même l'exercice de volonté des justiciables, il n'y a pas de fraude ; de même, si le déplacement est effectif au point de faire entrer la situation dans le champ d'application de la loi élue, on ne pourra pas non plus parler de mobilité abusive ou frauduleuse. Cela laisse peu d'espace à un potentiel encadrement des cas problématiques de la mobilité internationale par la fraude de droit international privé. Il sera question par la suite de la manière par laquelle le mécanisme est concurrencé par d'autres instruments, au point que sa mise en œuvre devienne peu opportune.

198. Tout d'abord, il reste possible que la fraude de droit international privé intervienne dans son domaine classique pour sanctionner les parties qui, en abusant d'une position dominante, internationalisent artificiellement le rapport dans le but de bénéficier de l'autonomie dans le choix de la loi applicable dans les cas où cela serait

admis. On peut penser à un contrat déséquilibré, ou même à un rapport familial où une partie risquerait de subir la volonté de l'autre. L'exception de fraude, quand bien même cela serait dans une matière où le choix de la loi demeure possible, interviendrait ainsi, comme le proposait Phocion Francescakis, pour sanctionner le passage artificiel de l'interne à l'international. Le législateur qui estime opportun de reconnaître à la volonté des parties le pouvoir de déterminer la loi applicable à leur rapport a toutefois le loisir d'anticiper les hypothèses où cette liberté serait problématique, et d'en encadrer l'accès. L'exercice de volonté par le choix de la loi qui pourrait porter atteinte aux intérêts d'une partie vulnérable est ainsi encadré par la règle de droit international privé admet l'autonomie, sans donc qu'il y ait un intérêt à ce que l'exception de fraude intervienne³⁵⁹.

199. Ensuite, l'exception de fraude de droit international privé garde son intérêt dans les cas de mobilité concertée, où les parties se placent ensemble sous la juridiction d'un tribunal déconnecté de leur rapport, où elles savent que la *lex fori* sera appliquée. Ce déplacement peut intervenir au détriment de tiers, qui se trouvent concernés par un rapport discontinu au travers des frontières : il est question des enfants nés d'une gestation pour le compte de parents français, exemple discuté antérieurement. Si la fraude peut plus facilement être déjouée dans des hypothèses mettant en cause des intérêts antagonistes (dès lors qu'il suffira à la partie ne bénéficiant pas de la nouvelle loi d'invoquer la fraude pour la voir écarter), le déplacement concerté des parties rend la sanction plus aléatoire.

L'une des définitions de fraude envisagées dans le chapitre antérieur vise le déplacement des parties vers un ordre juridique étranger pour se voir appliquer la loi

³⁵⁹ L'exception pourra toujours intervenir pour déjouer l'accord des toutes les parties à internationaliser artificiellement leur rapport (le supposant équilibré) afin d'accéder à l'option. Les exemples qui nous intéressent particulièrement sont cependant ceux où la mobilité d'exerce au détriment d'une partie vulnérable. Or, les cas de parties concertées et avisées qui organisent leur rapport de manière à le soumettre à une loi qui leur serait plus favorable, quoiqu'écarter les règles simplement impératives de la loi évitée, ne sauraient correspondre à des tels exemples. Dans la mesure où des intérêts collectifs essentiels seraient concernés, l'autonomie des parties pourra être tempérée dans la mesure du possible par l'intervention de lois d'application nécessaire, dont l'application sera indépendante du caractère interne ou international du rapport. Le montage qui conduit les parties à éviter également l'application de ces règles, en soumettant le rapport à un for étranger ou arbitral, ne serait pas moins inévitable si l'exception de fraude devrait intervenir – le for pouvant la mettre en œuvre est le même qui serait en mesure d'appliquer les lois de police : for que la manœuvre des parties a justement pour but d'évincer.

locale alors que celle-ci n'aurait pas vocation à intervenir. L'exception de fraude n'est cependant pas le seul moyen pour contrecarrer les effets d'une solution adoptée sur le fondement d'une loi déconnectée du rapport. Les situations régulièrement constituées à l'étranger ont vocation à être reconnues dès lors que, quoique n'étant pas régies par la loi normalement applicable selon le droit international privé du for, leur création s'est faite selon la loi compétente d'après les règles de droit international privé de l'ordre juridique d'origine³⁶⁰. Ainsi, la reconnaissance sera normalement refusée à une situation constituée selon une loi n'ayant aucun lien avec le rapport, sans qu'il ne soit nécessaire d'invoquer la fraude à la loi. Les deux mécanismes se chevauchent, donc, dans le déploiement de leurs effets.

En matière de statuts personnels, la tendance en droit positif est à l'abandon du contrôle de la loi personnelle des parties dans le cadre de la prise de décision quant à la constitution de leur rapport à l'étranger³⁶¹. Il est ainsi possible d'envisager des cas où la loi étrangère sera appliquée sans procéder à une recherche de la loi applicable suivant une méthode bilatéraliste. La loi du for s'applique cependant non pas de manière systématique, sans distinguer selon les caractéristiques du cas, mais elle suit la volonté du législateur et son empire de droit international privé. Ainsi, reprenant l'exemple de la gestation pour autrui, il est possible d'envisager que malgré la volonté de la loi française de régir la filiation d'un ressortissant français, la loi indienne s'applique en raison du lieu de naissance³⁶². Dans ces circonstances, « [l]a violation de la loi par application

³⁶⁰ G. GOLDSTEIN, H. MUIR WATT, « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *Clunet* 2010, doctr. 12, et la bibliographie citée : Ch. PAMBOUKIS, « L'acte public étranger en droit international privé », *LGDJ* 1993 ; L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé. Essai de méthode*, Paris : Bruylant, 2001, notamment p. 311 ; P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004, p. 225 ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges P. Lagarde*, Paris : Dalloz, 2005, p. 547 ; G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *op. cit.*, bibliographie note 2, p. 458 ; G. GOLDSTEIN, *La cohabitation hors mariage en droit international privé*, *RCADI* vol. 320, 2007, pp. 55-88 ; S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007.307 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, *op. cit.*, n° 575 ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, vol. 327, pp. 1-378, spéc. p. 9, n° 337 à 345 ; H. MUIR WATT, « European Federalism and the "New Unilateralism" », *Tul. L. Rev.* 2008, vol. 82, p. 1983 ; P. LAGARDE, « La reconnaissance, mode d'emploi » in *Liber Amicorum Gaudemet-Tallon*, Paris : Dalloz, 2008, p. 479 ; Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Rev. crit. DIP* 2008.513.

³⁶¹ Pour une analyse détaillée, v. *Ibid.*

³⁶² En réalité le raisonnement en droit international privé est tout simplement laissé de côté par

d'une loi étrangère en cas de vrai conflit ne [choquerait] pas comme sa non-application pure et simple à une situation interne »³⁶³. En déterminant la fraude par rapport à la vocation de la loi à s'appliquer, déduite de son effectivité dans l'encadrement de la situation, il est possible d'éviter le passage par la règle bilatérale, son respect ou son non-respect. Ce détour présente une complication surabondante, et ne conduit qu'à élargir les cas où une fraude serait caractérisée. Or il sera question par la suite du fait que, surtout en matière de statut personnel, l'exception de fraude ne conduit pas forcément, en sanctionnant l'exercice de volonté des parties, à un meilleur encadrement de la situation. Quoiqu'il soit légitime de vouloir limiter la liberté des parties dans un domaine que le législateur a voulu impératif³⁶⁴, la gravité des conséquences d'un refus de reconnaissance est à considérer parallèlement à celles de la violation de la règle évincée. Or en cas de conformité à l'ordre public international et en présence d'une loi étrangère ayant vocation à s'appliquer, les conséquences de la non-application de la loi évincée par la volonté seraient moins graves que les conséquences du refus de reconnaissance, surtout en cas de fait accompli à l'étranger (comme la naissance d'un enfant).

200. La mise en œuvre de l'exception de fraude doit également être envisagée avec prudence dès lors que la sanction de la manœuvre aurait pour effet de porter préjudice à des intérêts négativement affectés par la stratégie des parties. Certains de ces intérêts ne pourront être effectivement revendiqués qu'en ayant recours à un ordre juridique distinct de celui qui serait qui aurait un titre supérieur à prendre des décisions sur la situation. Ce titre résulterait en effet de la stratégie individuelle ayant conduit à une occultation de ces intérêts, et le seul moyen pour les parties qui les représentent de rééquilibrer la situation serait d'exploiter des espaces distincts de ceux compris dans la

les autorités indiennes qui, suivant la tendance en *common law*, appliquent directement la *lex fori* aux questions relatives à la filiation : CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international (note établie par le Bureau Permanent)*, disponible sur : <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>>, § 20.

³⁶³ B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*, p. 33, § 32.

³⁶⁴ Admettant que le privilège d'accéder à un statut interdit soit en outre déterminé à partir des moyens économiques dont disposent les individus, afin de financer le conseil juridique et le déplacement leur permettant d'atteindre le résultat souhaité.

stratégie initiale. Une solution sanctionnant le déplacement sur le fondement de la fraude dans ces cas serait ainsi problématique, dès lors que l'accès à un tribunal décidant selon sa propre loi quoiqu'étant extérieur à la situation pourrait être le seul moyen pour une partie de reconstruire le lien entre les justiciables ayant fui un régime contraignant et leur ordre juridique d'origine.

Il sera en effet question par la suite du fait que la grande carence de la fraude de droit international privé dans la réglementation des cas comportant des angles morts relève de l'impossibilité pour le mécanisme d'encadrer les cas de mobilité internationale à caractère économique, qui se caractérise par le déplacement effectif vers le territoire de l'ordre juridique élu. Dans cette hypothèse, le for étranger est le plus proche de la situation, mais une sauvegarde effective des intérêts menacés par l'exercice de volonté peut dépendre d'un recours à l'ordre juridique d'origine, qui n'aurait alors qu'un moindre titre pour prendre des décisions en raison d'une distance géographique par rapport aux faits.

B. Le problème de la volonté qui s'exerce par la création d'un rattachement effectif avec l'ordre juridique élu

201. Les raisons tenant à l'efficacité et à l'identification de la loi normalement applicable amènent à conclure que l'exception de fraude de droit international privé n'est pas en mesure ou n'est pas utile pour encadrer les types d'exercice de volonté qui soulèvent plus de difficultés du point de vue de la création d'angles morts. Ceci découle du fait que les activités propres à la globalisation économique répondent généralement à l'impératif d'effectivité dans le déplacement, ou s'exercent dans un domaine où l'autonomie est admise. Dans le cas d'une société comme Texaco, à l'origine des dommages environnementaux subis par Maria Aguinda, l'exercice de volonté qui a pour conséquence de soumettre la situation à un cadre juridique plus favorable n'est ni une simple fiction ni un montage purement artificiel ; il implique que les parties prennent part à une activité dans l'État d'accueil, justifiant ainsi que la loi de ce dernier ait un titre à s'appliquer (A). Après avoir conclu que la régularité du déplacement fait obstacle à ce que l'exception de fraude intervienne, il conviendra de s'interroger quant au rôle qui peut être joué par un mécanisme de droit international privé qui, tout en ayant pour

objet les cas de mobilité, n'implique pas la mise en place d'une manœuvre frauduleuse : le conflit mobile (B).

a. La portée limitée de la fraude en cas de déplacement effectif à l'étranger.

202. La portée limitée de l'exception de fraude de droit international privé dans les cas comportant des angles morts sera envisagée à l'aide de deux exemples : les investissements internationaux (1) et la constitution d'un rapport à l'étranger (2).

1. En matière d'investissements internationaux

203. La mobilité motivée par la recherche d'un environnement juridique plus avantageux pour le développement d'une activité économique peut être motivée pour deux raisons principales. Tout d'abord, les parties peuvent être portées à s'établir dans un pays sans pourtant y avoir une activité effective, en recherchant simplement des avantages fiscaux. Ces exemples ne procèdent pas d'un déplacement effectif, mais ils n'en sont pas moins susceptibles d'être encadrés par l'exception de la fraude de droit international privé. Comme dans l'affaire *Caron*, le vecteur de la mobilité dans ce type d'exemple – la constitution d'une société « boîte à lettres » – constitue plus une fraude à proprement parler (l'enregistrement d'une société fictive dans un but d'optimisation fiscale étant lui-même frauduleux) que la mise à l'écart délibérée d'une loi ayant un titre à s'appliquer au profit d'une autre qui n'entretiendrait aucun lien avec la situation.

204. D'un autre côté, la mobilité comportant un établissement effectif à l'étranger, quoique motivée par l'éviction d'une règle rigoureuse, ne peut pas non plus être assimilée à une fraude de droit international privé, dès lors qu'il ne serait pas possible de questionner la réalité du déplacement et, par la suite, la vocation de la loi étrangère à s'appliquer. L'activité des filiales étrangères des sociétés échappe ainsi au domaine de l'exception de fraude.

2. En matière de constitution d'un rapport à l'étranger

205. Il y a une distinction à faire entre la constitution d'un rapport de famille entre deux personnes qui exercent leur volonté afin de se rendre dans un ordre juridique plus accueillant à leur demande et les cas plus spécifiques où la constitution de ce rapport dépend d'organisations propres à l'ordre juridique d'accueil qui vont au-delà de la loi plus permissive. Il s'agit de la différence entre d'un côté un couple qui souhaite divorcer et de l'autre le père d'intention qui se déplace à l'étranger afin de, par l'intermédiaire de structures locales, créer un lien de filiation avec un individu né ou à naître.

206. Alors que la création d'un rapport personnel pourrait effectivement concerner un cas de création d'un faux conflit, ce type de cas risque moins d'être à l'origine d'angles morts, dès lors que ses effets sont limités aux parties. Certes, ce qui est en cause, c'est l'éviction volontaire de règles impératives afin de se voir reconnaître un statut autrement inaccessible. Toutefois, concrètement, ce type de cas ne présente pas beaucoup de risques pour la sauvegarde d'intérêts concurrents. Dans la limite du respect de l'ordre public international du for évincé, un déplacement qui affecte la seule situation des parties ayant pris l'initiative de l'exercice de volonté ne soulève pas un problème grave, même du point de vue de l'ordre juridique dont les parties ont essayé de fuir l'emprise.

207. Le déplacement qui est à l'origine d'un nouveau statut personnel mettant en cause une tierce partie vulnérable –un mineur– requiert en revanche une attention particulière. Le traitement accordé par le droit international privé des États concernés aux effets de cette mobilité affectera de manière cruciale la situation de l'enfant. La question ne peut pas être réglementée de manière adéquate par le recours à l'exception de fraude pour deux raisons.

208. Tout d'abord, le déplacement motivé par l'établissement d'un lien de

filiation à l'étranger (dans des conditions plus souples que celles imposées par le for évincé) requiert des parties un effort d'intégration avec l'ordre juridique d'accueil plus important que la seule saisine d'une autorité se reconnaissant compétente pour prononcer une décision sur leur état. Puisque la constitution du rapport implique une tierce partie, il faudra encore que celle-ci soit mobilisée – et le déplacement est justifié par le fait que l'enfant souhaité se trouve sur le territoire de l'État de destination des parents mobiles. Cela constitue en soi un lien non négligeable avec l'ordre juridique d'accueil : le lieu de naissance et de résidence du mineur avec qui on veut établir un lien de filiation.

En outre, la recherche de l'enfant met en cause des organisations locales, qui peuvent aussi bien être des structures d'adoption que des cliniques spécialisées dans la gestation pour autrui. Plus qu'un séjour sporadique, la mobilité implique que les parties passent une période prolongée à l'étranger, certes pas au point de s'y installer effectivement, mais assez en tout cas pour que l'application de la loi étrangère ne soit pas complètement dépourvue de fondement. La définition de la fraude déduite de l'application d'une loi qui n'aurait aucune vocation à s'appliquer n'est donc pas utile pour encadrer ce type de cas.

Section II. Les règles applicables à la résolution du conflit mobile

209. Les règles applicables à la résolution du conflit mobile sont souvent présentées en parallèle avec la fraude de droit international privé du fait de la prise en considération qu'y est faite de l'influence de la mobilité des parties sur la loi applicable³⁶⁵. Cette technique présente des singularités qui la distinguent de la fraude, surtout en ce qui touche aux faiblesses de ce mécanisme dans l'encadrement des problèmes dont il vient d'être question (**Paragraphe I^{er}**). Une analyse portera cependant à nuancer également la vocation du conflit mobile pour apporter des solutions à ce type de cas difficiles (**Paragraphe II**).

³⁶⁵ Sur la différence entre fraude et conflit mobile, v. M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Paris : Dalloz, 2005, pp. 47-61.

Paragraphe I^{er}. Un concept à même de gérer les vrais conflits et les déplacements dénoués d'intention frauduleuse.

210. Une fois que la définition du conflit mobile n'est pas liée à l'identification d'une intention frauduleuse de la part des justiciables, il est opportun de se demander si les techniques permettant de le résoudre pourraient être une source d'inspiration dans les cas qui comportent une mobilité effective vers le territoire de l'État dont on veut appliquer la loi (A). La même demande peut être posée dans les cas comportant un vrai conflit, pour lesquels l'écart de la loi sur le fondement de l'exception de fraude ne serait pas non plus approprié (B).

A. La gestion de la mobilité effective

211. À la différence de l'exception de fraude, le mécanisme du conflit mobile ne vise pas à sanctionner un comportement frauduleux, mais au contraire apporte une adaptation au résultat indiqué par les règles de droit international privé, en considérant le développement spatio-temporel de la situation sur la durée. La technique vise ainsi à corriger les effets injustes (car imprévisibles et inadaptés) de l'application de la loi compétente au moment où le juge décide, en admettant qu'il serait plus raisonnable de soumettre le rapport à une loi qui aurait été applicable à la même situation à un moment différent, avant que les agissements des parties n'interviennent sur le cadre juridique de la situation. La technique présente ainsi l'intérêt d'avoir pour objet le phénomène de la mobilité, sans pour autant limiter le raisonnement dans un comportement répréhensible des parties. Or les exemples de mobilité internationale posant le plus de difficultés sont ceux où les parties ne se déplacent pas uniquement de manière artificielle, mais nouent des liens plus ou moins renforcés avec l'ordre juridique d'accueil. L'existence de tels liens limite la mise en œuvre de l'exception de fraude de droit international privé, dès lors que celle-ci ne peut intervenir pour sanctionner l'application d'une loi ayant vocation à régir la situation, même en présence d'un vrai conflit avec la *lex fori*.

B. La gestion du vrai conflit

212. Au contraire de la fraude, le conflit mobile concerne des situations qui dans la durée auraient entretenu des liens avec plus d'un ordre juridique, dont chacun aurait dans une certaine mesure vocation à régir le rapport. Le mécanisme apporte donc un tempérament spécialement taillé pour des rapports mobiles, dans le but de les soumettre à une loi plus appropriée que celle applicable selon la règle (bilatérale) de droit international privé. Alors que son domaine a été conçu par la doctrine comme se limitant aux rapports inscrits sur la durée (et surtout à l'état des personnes), la technique peut également se révéler utile dans des domaines où les rapports sont réglés instantanément³⁶⁶. Toutefois, dans le cas des rapports inscrits sur la durée, la simple reconnaissance des situations étrangères conduit à un résultat similaire (du moins si l'on écarte le contrôle de la loi applicable au moment de la reconnaissance, suivant la tendance en droit positif³⁶⁷). En ce qui concerne les rapports réglés instantanément, en revanche, le conflit mobile fournit une clé de résolution du vrai conflit entre les différentes lois voulant s'appliquer en raison des liens entretenus avec la situation à des moments distincts. Il sera cependant question par la suite du fait que, malgré cela, l'utilité du mécanisme se limite à une approche concentrée sur la question de la loi applicable au rapport.

Paragraphe II. Un mécanisme qui n'est pas en mesure de contrecarrer l'exercice de volonté créateur d'angles morts

213. Malgré ces avantages, la technique du conflit mobile n'a cependant pas plus vocation à apporter un encadrement satisfaisant aux cas comportant des angles morts. Ceci découle tout d'abord d'une question de perspective : le mécanisme demeure un tempérament fondé sur le système de la règle bilatérale, ce qui rend son intérêt très marginal. En effet, le problème du conflit mobile concerne la question qui émerge

³⁶⁶ Dans sa thèse, Mathilde Souleau-Bertrand propose que le conflit mobile ait un rôle à jouer dans la réglementation de rapports internationaux en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles, ainsi qu'aux sociétés : *Le conflit mobile, op. cit.*

³⁶⁷ G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : Développements récents en matière d'état des personnes », *op. cit.*

« lorsque l'élément de la situation juridique retenu comme "localisateur" par la règle de conflit de lois dans l'espace a connu une ou plusieurs modifications dans le temps »³⁶⁸. Le déplacement des parties est ainsi considéré dans la mesure où il interfère dans l'identification de la loi désignée par le critère de rattachement bilatéral. Si le recours à une telle technique peut paraître nécessaire afin de rendre des décisions plus justes dans des situations internationales complexes, son utilité est cependant réduite à la seule hypothèse du recours à un critère préétabli et statique comme le rattachement dans la règle de droit international privé bilatérale.

214. En outre, le développement d'une activité au sein d'un ordre juridique qui n'était pas prêt à la recevoir risque de n'être pas suffisamment réglementé du fait de l'inadaptation du régime applicable à une activité nouvelle comportant des risques spécifiques. Cette défaillance dans la réglementation de l'activité peut se faire au détriment d'intérêts concurrents, aussi bien individuels (salariés, victimes de pollution) que collectifs (sauvegarde de l'environnement et des droits de l'homme). Dans ce contexte, le conflit mobile pourrait présenter l'intérêt de permettre une prise en compte du déplacement dans son ensemble, depuis l'État d'origine, sans limiter la question de la loi applicable aux faits au moment où le juge est saisi, ce qui aurait conduit à l'indéniable prédominance de la loi de l'État d'accueil.

215. L'adoption d'une perspective du déplacement fondée sur son effectivité et sur le titre respectif des lois en présence à s'appliquer écarte cependant toute possible utilité du recours au conflit mobile afin de procurer un meilleur encadrement à la situation³⁶⁹. Au moment de s'interroger sur la vocation d'une loi à régir la situation, le juge ayant à se prononcer ne peut ainsi considérer le champ d'application de la loi sur l'espace sans tenir compte du moment où l'événement a eu lieu. Alors que la situation peut avoir été comprise dans le champ d'application de la loi de l'État A à un moment t_1 , il se peut que la question posée au juge ne concerne que le moment t_2 , lors duquel les liens entretenus avec ladite loi étaient devenus faibles du fait du déplacement des parties vers un État B. Au moment t_2 , c'était donc plutôt la loi de l'État B qui avait un titre supérieur à s'appliquer. Sans se tourner vers l'effort théorique de la systématisation d'un

³⁶⁸ M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, op. cit., p. 2.

³⁶⁹ La notion de conflit mobile ne peut en effet « survenir lors de la mise en œuvre d'une règle de conflit unilatérale » : M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, op. cit., p. 132.

mécanisme correcteur de la méthode bilatéraliste, le résultat demeure le même, avec l'avantage d'une plus grande effectivité découlant du caractère concret de l'enquête faite par le juge sur le titre respectif des lois en présence à s'appliquer.

Section III. La recherche d'un règlement satisfaisant par l'adaptation

216. En droit international privé, l'adaptation est le nom donné à deux mécanismes. Premièrement, l'*adaptation matérielle* est le nom donné à la substitution d'un élément matériel de la règle applicable par un autre élément, emprunté à une règle inapplicable. Une seule loi matérielle est appliquée : celle qui est désignée par la règle de conflit. Mais elle est l'objet du remplacement de l'un de ces éléments. L'adaptation matérielle est parfois appelée *substitution d'institution* ou *prise en considération par substitution de conditions*.

217. Deuxièmement, l'*adaptation conflictuelle* est la modification d'un couple de règles de conflit désignant les lois matérielles applicables à deux aspects d'une situation, lorsque les lois matérielles ainsi désignées relèvent d'ordres juridiques différents et que leur articulation se révèle impossible ou insatisfaisante. L'adaptation conflictuelle consiste alors à ne désigner qu'une seule des législations matérielles et à lui confier le règlement des deux aspects de la situation³⁷⁰. Un exemple classique est celui de l'articulation entre la loi applicable au régime matrimonial et la loi applicable à la succession au moment du décès d'un conjoint³⁷¹. Selon la loi applicable au régime matrimonial, les époux sont soumis au régime de la séparation de biens, mais le même ordre juridique reconnaît une vocation successorale étendue au conjoint survivant. La loi applicable à la succession, en revanche, exclut l'époux de la succession, mais se trouve compensée au sein de l'ordre juridique par un régime de communauté. Dans l'hypothèse où ces lois sont désignées simultanément, l'époux survivant finit par être écarté du partage des biens du *de cuius*, alors que cette exclusion n'était envisagée par aucun des droits désignés. L'adaptation devrait ainsi intervenir pour redonner cohérence à la situation, dans une affaire où le résultat matériel issu de l'application des règles de

³⁷⁰ G. CANSACCHI, « Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois », *RCADI* vol. 83 (1953), pp. 79-162, spéc. p. 111.

³⁷¹ L'exemple est présenté par Phocion Francescakis dans *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris : Sirey, 1958, pp. 52-53, et repris par le même auteur dans son compte rendu à la *Revue critique de droit international privé* (1954.230) de : G. KEGEL, *Begriffs-und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1953.

droit international privé n'était satisfaisant du point de vue d'aucun des ordres juridiques en présence.

218. Dans les cas d'Adrien Jay, de Romain Nikhil, de Mme Rado et de Maria Aguinda, il est question de la portée du regard d'un ordre juridique qui perd le contrôle d'une situation – ce qui pourrait inspirer une réflexion basée sur le raisonnement en matière de loi applicable. Si l'on dit que l'occultation de certains intérêts dans un angle mort est le résultat du manque de cohérence parmi les divers corps de normes qui participent à l'encadrement de la situation, ne serait-ce plus simple de raisonner par la recherche de l'ordre juridique le mieux placé pour encadrer l'ensemble des éléments de la situation, en rétablissant la cohérence perdue dans le morcèlement du cadre juridique ?

219. Dans le cas du conjoint survivant exclu du partage par la combinaison malheureuse de deux lois contradictoires, le résultat formel issu du jeu des règles de droit international privé n'est pas satisfaisant, tout comme dans les affaires dont il vient d'être question. Le conjoint ne se trouve pas pour autant dans un angle mort. Sa situation est au centre de la question soumise au juge, qui se reconnaît compétent et statue au fond. Le conjoint est protagoniste de l'acte de volonté qui a fini par exposer la situation à l'application de deux lois difficilement conciliables. Au contraire de l'individu concerné par un angle mort, le conjoint n'y est pas malgré lui. Il n'y a pas un écran qui l'exclut du champ de vision du juge. Ce qu'il y a d'insatisfaisant dans sa situation est le résultat d'une défaillance dans le procédé technique. Le cas du conjoint n'est pas le résultat inévitable de sa mobilité, mais la conséquence de la mise en œuvre d'une méthode inadéquate pour déterminer la loi applicable à sa situation.

220. Les cas comportant des angles morts soulèvent toutefois des difficultés d'un autre ordre. Quoique l'existence de solutions contradictoires contribue à ériger un obstacle entre leur situation et un règlement adéquat, cette contradiction échappe à la sphère de la détermination de la loi applicable. Les corps de normes qu'il est question d'ordonner ne sont pas compris dans le mécanisme de la règle bilatérale, aussi bien en raison de leur objet très imprégné d'intérêts publics (immigration, protection des

investisseurs, droits de l'homme) que des aspects accessoires à la loi applicable qui ne peuvent pas être pris en compte (la spécificité du procès dans le cas de l'arbitrage ou du *forum non conveniens*). Chacun de ces corps de normes poursuit des objectifs et des raisonnements propres, et la recherche de cohérence par la soumission de tous les aspects de la situation à un même ordre juridique serait non seulement concrètement impossible, mais elle conduirait également à un résultat tout aussi segmenté.

Conclusion du chapitre

221. La première question qui apparaît à la suite de cette brève analyse est la suivante : ces mécanismes peuvent-ils contribuer de manière efficace à rétablir l'équilibre dans l'encadrement d'une situation comportant des angles morts ? Un obstacle pratique réduit la portée de la fraude de droit international privé et du conflit mobile comme contrepoids envisageable aux effets pervers de l'exercice de volonté sur la sauvegarde d'intérêts concurrents. Il s'agit de l'objet même de l'exception qui, tout en s'adressant aux abus de la volonté individuelle, n'est pas en mesure de prendre en compte tous les éléments du problème. En concentrant le raisonnement sur la sanction de l'exercice de volonté, plutôt que sur le résultat matériel du déplacement, ces mécanismes ne peuvent traiter les problèmes soulevés par l'existence d'angles morts que de manière collatérale. En pratique, la fraude à la loi et le conflit mobile apportent plus de complexification que de solutions à une discipline déjà réputée par son degré d'abstraction.

222. Il n'est pas illégitime que les parties exercent leur volonté afin de soumettre leur situation à un cadre plus favorable. La seule sanction de la stratégie individuelle, en annulant les effets, ne va pas de pair avec la pratique contemporaine des rapports et échanges internationaux. La distinction entre angles morts relatifs et absolus, présentée précédemment³⁷², prend toute son importance dans ce contexte.

Dans le cas où un justiciable soumet l'ensemble de la situation à un ordre juridique étranger, en en déplaçant seulement le centre de gravité, mais en gardant le

³⁷² V. *supra*, § 96 et s.

rapport entre les intérêts en présence, la situation sort du champ de vision de l'ordre juridique de départ pour être entièrement soumise à la portée d'un autre. Ainsi, les intérêts en présence, qui se trouvaient sauvegardés par la loi du premier ordre juridique, seront pris en compte et équilibrés selon l'approche retenue par l'ordre juridique d'accueil. L'angle mort n'est alors que relatif : même si la situation échappe au regard d'un observateur, elle peut être complètement envisagée par un autre³⁷³. Si le justiciable s'est soumis à une loi étrangère qui accueille sa demande et qui a vocation à régir la situation, la stratégie n'a donc pas un effet sur la réglementation du cas, dans le sens d'avoir une loi à même de l'encadrer sans laisser certains intérêts dans l'ombre.

Une sanction de ce type de déplacement sur le terrain de la fraude de droit international privé serait donc inutile du point de vue de l'encadrement des situations comportant des angles morts, dès lors que le problème ne se pose pas. En outre, cette solution conduirait à une fragmentation du cadre juridique qui risquerait, elle, d'exclure certains intérêts d'une prise en compte compréhensive. L'élection d'une loi étrangère ayant vocation à intervenir et la reconnaissance des situations étrangères par l'État d'origine contribuent en effet à l'harmonie des solutions, alors que le refus de reconnaissance sur le fondement de la fraude risque de créer des situations boiteuses. Cette approche ignore la possibilité pour les justiciables d'exercer leur mobilité afin d'accéder à leurs droits, dans le cas de droits qui leur sont effectivement accordés par des lois ayant vocation à s'appliquer au cas.

223. L'exception de fraude de droit international privé non seulement se révèle incapable d'apporter une réponse satisfaisante aux problèmes soulevés, comme elle risque également de contribuer à leur renforcement, dès lors que le mécanisme n'est pas en mesure de traiter tous les aspects de la situation. Dans les cas où il est effectivement question d'un angle mort, comme pour Adrien Jay, Romain Nikhil, Mme Rado et Maria Aguinda, l'exception de fraude n'aurait pas pu intervenir, dès lors que les faits échappent au domaine de sa mise en œuvre. Au contraire, là où l'exception aurait pu être mise en œuvre, on risque de se trouver dans une situation où, du point de vue de

³⁷³ L'obstacle à l'observation de la situation ne peut être, dans cette hypothèse, que celui qui concerne les institutions inconnues dans l'ordre juridique d'accueil, qui rendraient l'observation plus complexe. Dans ces cas, l'adaptation permettrait à l'ordre juridique de mieux prendre en compte les différents éléments de la situation.

l'équilibre des droits et intérêts en présence, le refus de reconnaître les effets de l'acte de volonté risque d'occulter certains intérêts dans un angle mort (comme le démontre le cas des jumeaux nés en Inde d'une mère porteuse).

L'exercice de volonté n'est pas forcément à l'origine d'un dysfonctionnement normatif au détriment d'intérêts concurrents. Le développement de solutions nouvelles peut au contraire stimuler un changement institutionnel dans le sens de permettre aux justiciables d'accéder à des solutions plus progressistes ou à un espace de contestation afin de revendiquer ses droits. La sanction de la stratégie en tant que telle bloque ce processus, tout en n'étant pas en mesure d'assurer un meilleur encadrement en cas d'angle mort.

224. L'inadaptation de la fraude de droit international privé et du conflit mobile en raison de leur objet de départ se poursuit également dans l'analyse de l'adaptation dans la détermination de la loi applicable. Dès lors que ces mécanismes visent à corriger des dysfonctionnements dans la règle bilatérale, leur application ne correspond pas aux cas problématiques envisagés dans la description des angles morts. Ces phénomènes échappent à leur portée, concentrée sur l'application de la loi compétente selon les règles de désignation du for.

Conclusion de la partie

225. L'exercice de la volonté motivé par le but de soumettre une situation à un cadre juridique plus favorable constitue l'élément déclencheur de la dynamique des angles morts. En élaborant une solution sur mesure, les parties manipulent le champ de vision d'un ordre juridique, en créant des obstacles à la prise en compte de certains intérêts dans la prise de décision.

L'élaboration par des parties informées de solutions adaptées à leurs besoins est rendue possible par la diversité des droits et par les moyens technologiques dont elles disposent pour accéder à un ordre juridique donné. La planification du rapport peut être économiquement efficace, en contribuant au fonctionnement du commerce international ; l'élaboration d'un cadre sur mesure peut toutefois porter également atteinte à des intérêts individuels et collectifs qui sont en collision avec les intérêts de la partie qui exerce sa volonté.

226. Face au constat du rôle joué par la volonté individuelle dans la création d'angles morts, il a été question des mécanismes de droit international privé qui seraient en mesure d'imposer des limites à l'effectivité de la stratégie poursuivie par les justiciables. L'élection par une partie du droit applicable dans le cadre de l'autonomie admise par les règles de droit international privé se trouve encadrée par les mêmes règles qui prévoient cette possibilité. Dès lors, cependant, que le choix de la loi est accompagné de l'exercice par le justiciable de sa mobilité (vers un ordre juridique afin de se voir appliquer la *lex fori* ou par l'élection, en même temps que la loi applicable, d'un for), un cadre *a priori* fait défaut. Le déplacement géographique des justiciables, tout en les mettant en contact avec plus d'un ordre juridique (en donnant origine à des situations hybrides, dont l'encadrement est problématique), met en lumière la relativité des limites imposées par un ordre juridique étatique pris isolément. On s'interroge alors sur la vocation d'autres mécanismes qui, en apportant des tempéraments à la décision sur le droit applicable, pourraient limiter les effets de l'exercice de volonté *a posteriori*, lorsque la situation revient sous l'emprise de l'ordre juridique de départ.

227. Les mécanismes de droit international privé qui s'articulent autour de l'identification de la loi applicable, en l'imposant à ceux qui s'y serait déviés ou en adaptant la mise en œuvre dès lors que celle-ci serait insatisfaisante, manquent par leur objet à atteindre les cas comportant des angles morts. En se concentrant sur un aspect isolé de la situation (la désignation de loi applicable), ces mécanismes de sont pas en mesure d'apporter un traitement permettant à un ordre juridique de rétablir l'équilibre entre les intérêts en présence dans la situation qui résulte de la stratégie individuelle.

L'objet de la partie suivante sera justement la recherche de mécanismes qui, face à l'inadéquation de ceux qui viennent d'être présentés, soient en mesure d'apporter un meilleur traitement aux cas comportant des angles morts.

Seconde partie.
Le traitement des angles morts

228. Aucune activité ne se développe dans le vide. L'exercice de la volonté par les justiciables dans le but de soumettre leur situation à un cadre juridique sur mesure ne peut pas être envisagé de manière isolée par rapport à l'environnement³⁷⁴, ou système³⁷⁵, dans lequel il prend place. Si la recherche d'un nouveau cadre juridique implique que le justiciable soit en mesure de compter sur un certain degré de certitude du résultat (certitude qui dépend, en grande partie, d'institutions existantes), l'élaboration d'une stratégie visant à écarter les règles du jeu finira par affaiblir le cadre préexistant³⁷⁶. Une réaction pourra alors avoir lieu, dans le sens de censurer l'exercice de volonté du justiciable, et de limiter la portée de la solution développée par celui-ci. La dégradation du lien avec l'environnement aura pour conséquence la contestation du résultat obtenu.

229. Dans le cas d'une solution qui n'est pas limitée à un contexte étatique, mais qui comporte des éléments de plus d'un ordre juridique, ce type de réaction peut alors avoir pour origine un quelconque des environnements avec lesquels la situation entretient des liens. L'accueil ou, au contraire, la sanction des effets créés par l'exercice de volonté dépendront du degré dans lequel ces effets heurtent le lien existant entre l'environnement et la situation. En cas de rupture, ce lien sera remis en question.

230. La nature du lien peut varier selon ce qui est plus fondamental pour l'environnement ou système. Depuis la perspective étatique, la légalité constitue un lien déterminant (tout ce qui n'est pas licite sera sanctionné par l'État). Les situations plus complexes, rattachées à plus d'un système, relativisent, toutefois, ce concept de légalité, et ces contradictions peuvent être prises en compte par les justiciables au moment du développement de leur stratégie³⁷⁷. Les liens entre la situation et un système non-

³⁷⁴ Terminologie utilisée dans A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions: The Vain Research for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *op. cit.*

³⁷⁵ Terminologie adoptée par Katharina Pistor, « Contesting Property Rights: Towards an Integrated Theory of Institutional and System Change », *op. cit.* et D. C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, *op. cit.*

³⁷⁶ Sur le rapport entre la certitude nécessaire pour la création de nouvelles solutions et la dégradation du cadre préexistant, v. *supra*, § 39 et note 76.

³⁷⁷ V. *supra*, § 138 et s.

étatique relèvent, en revanche, des valeurs et codes propres au système³⁷⁸, déterminés par la rationalité dominante à celui-ci. De même, une approche plus sociologique du système³⁷⁹ permet de mettre en avant des éléments comme la réception de l'activité par l'opinion publique, et la pression, ou au contraire le soutien, qui peuvent en résulter. Certes, la perception de ces valeurs peut varier du juge à une autorité administrative ou encore à une organisation de citoyens. Un choc entre le cadre juridique développé par les particuliers et ces valeurs sera en tout cas à l'origine de la dégradation du lien qui rattache la solution au système, en contribuant à sa remise en question. La dégradation peut en outre être recherchée par les parties dont les intérêts ont été occultés dans un angle mort, afin d'anéantir les effets de l'exercice de volonté à leur égard. Dans cette hypothèse, les différents types de liens entre le système et les règles du jeu peuvent être exploités afin de soumettre la demande là où ce lien risque d'être plus facilement brisé.

231. La difficulté principale dans ces solutions hybrides réside dans le fait que, en raison de leur caractère segmenté, une réaction isolée risque de ne s'adresser qu'à certains parmi les éléments de la situation. Dans cette hypothèse, certains intérêts échapperaient à la prise de décision, en raison du fait que le *champ de vision* de l'ordre juridique compétent faillirait à les atteindre. Les questions les plus pertinentes dans le traitement des angles morts en droit international privé relèvent donc non seulement de la possibilité pour un ordre juridique d'imposer des limites à l'exercice individuel de volonté, facteur déclencheur des problèmes envisagés au cours de cette étude, mais également de la possibilité pour cette réaction de prendre en compte tous les aspects de la situation, et d'en accorder un règlement adapté.

232. Cette partie s'interrogera sur la réaction réservée aux effets de l'exercice de volonté créateur d'angles morts en partant de l'observation des cas choisis pour illustrer

³⁷⁸ Katharina Pistor, « Contesting Property Rights: Towards an Integrated Theory of Institutional and System Change », *op. cit.* p. 10.

³⁷⁹ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions: The Vain Research for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *op. cit.*, p. 1006: « *Through their own operative closure, global functional systems create a sphere for themselves in which they are free to intensify their own rationality without regard to other social systems or, indeed, regard for their natural or human environment. They do this for as long as it is tolerated by their environments* ».

cette étude. Il est possible d'identifier tout d'abord une série de mécanismes existant en droit positif et qui ont pour objet de contraster la volonté d'une partie qui se serait volontairement soumise à une loi étrangère. Toutefois, si ces mécanismes peuvent avoir pour effet de rétablir l'équilibre des intérêts en présence en sanctionnant l'exercice de volonté, leur portée est limitée. Il n'est en effet pas possible, en s'adressant directement à l'exercice de volonté, d'avoir une vision générale du problème qui en découle depuis la perspective de la contradiction des règles en présence, et de l'absence d'un cadre en mesure de sauvegarder certains intérêts. Cette partie distinguera, donc, la réaction par rapport aux effets de la volonté (**Titre I^{er}**) d'une réaction qui aurait pour objet le problème des angles morts en tant qu'aspect de la « gestion du pluralisme », fonction reconnue au droit international privé par Santi Romano³⁸⁰ (**Titre II**).

³⁸⁰ V. *supra*, note 48.

Titre Ier. La réaction face aux effets de l'exercice de volonté individuelle

233. La partie antérieure s'est conclue avec le constat que les mécanismes monistes de droit international privé ne sont pas en mesure de rétablir l'équilibre parmi les intérêts en présence dans un cas comportant des angles morts, et donc d'en accorder un traitement satisfaisant. Cette partie s'interrogera sur d'autres manières d'envisager la réaction qui peut être réservée par les mécanismes de droit international privé aux effets de la volonté individuelle créatrice d'angles morts. L'analyse part d'une réflexion sur la vocation de la discipline dans le traitement de ce type de cas difficile (**Chapitre I^{er}**), pour ensuite envisager le rôle essentiel du contentieux international dans la gouvernance globale, en offrant aux parties qui représentent des intérêts occultés un espace pour contester les effets de l'acte individuel à leur égard (**Chapitre II**).

Chapitre I^{er}. Vocation et portée du rôle du droit international privé dans le traitement des cas comportant des angles morts

234. Les angles morts sont l'un des problèmes résultant du progressif brouillage des frontières³⁸¹, qui amplifie le pouvoir des justiciables pour soumettre leurs rapports à un cadre juridique sur mesure³⁸². Ce choix dépasse la seule sphère du droit privé et se confond avec des domaines traditionnellement rattachés au droit public, comme le droit de l'immigration, la réglementation du marché et le droit international public, mettant en avant les conséquences hasardeuses de la combinaison plus ou moins architecturée de systèmes à objets, finalités et domaines d'application propres. La recherche d'un traitement aux problèmes découlant de ces situations hybrides suit ainsi la question de comment gérer les conflits opposant les différents intérêts, règles et objectifs qui les composent, dans le but de parvenir à un règlement équitable.

235. Une situation internationale comme les cas présentés lors de la partie précédente soulèvera des questions de droit international privé, amenant ainsi les mécanismes de la discipline à participer au traitement qui sera accordé au cas par un ordre juridique chargé de prendre une décision à son égard. L'identification du droit international privé à la résolution de conflits, apparente surtout dans la dénomination de

³⁸¹ V. en ce sens Ch. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé », *RCADI* vol. 330 (2007), pp. 9-447, spéc. p. 53 : « *Les deux facteurs associés à la globalisation dans un rapport de causalité directe sont la révolution communicationnelle, qui a rendu possible par le Web la globalisation des contacts mais aussi la circulation des connaissances, et le progrès technologique galopant, qui confère à l'homme des pouvoirs considérables qui le rendent autonome* ».

³⁸² Dominique Bureau et Horatia Muir Watt soulignent en effet que « [l]es mutations politiques et fonctionnelles qui transforment la signification des frontières étatiques dans le monde contemporain brouillent [...] la netteté [du] concept [d'extranéité] » ce qui, ajouté au caractère problématique de la distinction public-privé, complexifie l'identification même de l'objet de notre discipline, traditionnellement conçu comme les rapports privés internationaux : D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, *op. cit.*, p. 4. Les changements de conjecture affectant l'objet du droit international privé sont aussi de nature sociologique : « la période contemporaine reflèterait une évolution [des justiciables de droit international privé] de naguère – industriels cosmopolites, princesses et autres figures de la jet set – aux travailleurs immigrés d'aujourd'hui », ce qui impliquerait également un problème d'accès, matériel et culturel, au droit international privé : *ibid.*, p. 14.

la discipline dans les pays anglo-saxons (*conflict of laws*), conduit en outre à déduire de cet objectif un potentiel dans le traitement des conflits sous-jacents aux problèmes complexes dont il vient d'être question. Le droit international privé aurait ainsi un rôle à jouer dans la poursuite d'un meilleur encadrement des situations internationales qui soulèvent le plus de difficultés, en participant à la gouvernance globale³⁸³.

236. En pratique, cependant, la discipline demeure rattachée à un cadre national, ce qui constitue un obstacle à une telle vocation (**Section I^{ère}**). Même une conception internationaliste de la discipline, qui la « libère » donc de son caractère domestique (qui peut être assimilé à un esprit de clocher³⁸⁴), ne saurait conduire à une solution concrète en mesure de permettre une meilleure prise en compte des spécificités des situations hybrides et complexes propres à la globalisation économique (**Section II**).

Section I^{ère}. La portée globale d'un régime national : le problème de la gouvernance globale depuis une perspective pluraliste.

237. La globalisation économique constitue une évolution du contexte dans lequel le droit international privé évolue : celui des rapports privés transfrontières (**Paragraphe I^{er}**). Dans ce cadre, les rapports se trouvent complexifiés par la distance géographique et culturelle, ainsi que par la pluralité d'acteurs en cause. Il serait en effet plus aisé, dans ce contexte, d'élargir le concept de rapport privé international, à la fois en ce qui concerne sa portée, son caractère privé et son aspect international (**Paragraphe II**).

³⁸³ Sur le rôle de la discipline dans la gouvernance globale, v. H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », *Transnational Legal Theory* vol. 2(3), 2011, pp. 347-427.

³⁸⁴ La terminologie « parochialism » est utilisée par Robert Wai en opposition à « cosmopolitanism », et fait allusion à un raisonnement trop concentré sur les intérêts du for, et qui faille à adopter une perspective à même de prendre en compte la complexité d'un problème global : R. WAI, « Transnational Flitoff and Juridical Touchdown », *op. cit.*, p. 214, note 5. Horatia Muir Watt rapproche l'idée au *lexforisme* : « Private International Law Beyond the Schism », *op. cit.*, p. 422, note 370.

Paragraphe I^{er}. Le droit international privé et l'extension du domaine des rapports privés : une histoire entrecroisée.

238. L'histoire du droit international privé est l'histoire du développement d'une branche du droit nécessaire à l'adaptation d'un ordre juridique aux questions propres au commerce et au déplacement des individus au travers des frontières. La discipline a ainsi été érigée en tant que telle par le besoin né de la prolifération des rapports liant des sujets rattachés à des ordres juridiques distincts. En outre, il a souvent été reconnu à la discipline le rôle de faciliter les échanges internationaux, en assurant la prévisibilité et la stabilité des rapports. Comme l'illustrent les exemples présentés antérieurement, la globalisation économique n'est autre que la projection planétaire de cette expansion commerciale. Cette dernière se trouve, en plus, encouragée par les mécanismes de droit international privé, et ceci indépendamment de l'objectif matériel qui peut être reconnu à la discipline. Le droit international privé participe au processus notamment en ce qu'il se fonde sur le besoin d'accorder un règlement spécifique aux affaires qui ne se trouvent pas exclusivement rattachées au for. Les cas présentés illustrent toutefois la complexification du contexte dans lequel ces mécanismes sont appelés à intervenir, aussi bien en ce qui concerne la diversité des régimes en cause qu'en raison de l'enchevêtrement des rapports juridiques sur lesquels les rapports globalisés se construisent. Il se trouve que dans cette dynamique, l'économie a précédé le droit³⁸⁵ et les activités globalisées avancent en anarchie, constituant à la fois une menace pour les intérêts ignorés dans la stratégie individuelle et une menace globale en termes de gestion des biens collectifs.

La complexité de ces situations met le droit international privé devant la difficulté de vérifier l'adéquation de ses mécanismes à des scénarios globaux en constant mouvement. Ce nouveau contexte ne questionne pas en bloc les acquis de la discipline au cours des décennies, mais il impose une vérification des effets concrets de

³⁸⁵ Sur le rapport entre créativité et évasion, qui crée un décalage entre la mise en place d'un corps de règles et les techniques individuelles pour en échapper, v. D. MCBARNET, « Law, Policy, and Legal Avoidance : Can Law Effectively Implement Egalitarian Policies? », *Journal of Law and Society*, vol. 15, 1988, pp. 113-121, spéc. p. 114 : « *How can law be implemented effectively when it is overcomplex, unclear, and riddled with loopholes? At the most general level of all is the notion of lag: law is just too slow to keep up with the pace of changing economic reality. But there is another problem which has been ignored in the analysis of why egalitarian regulation fails - not how the law makers make law, not how the regulators enforce it, but how those on the receiving end use and manipulate it* ».

ses instruments dans la conjecture actuelle, en mettant l'accent sur la question de l'adéquation du régime aux problèmes analysés.

239. Il est en outre possible de faire un rapprochement entre un problème de gouvernance globale et l'existence des compétences concurrentes dans l'encadrement des rapports internationaux³⁸⁶. L'enchevêtrement de chefs de compétence législative et juridictionnelle est lui aussi une caractéristique de la complexification des rapports internationaux, et du brouillage des frontières dans lequel ceux-ci lieu. Ce contexte met en cause un problème de droit international privé, par la question qui en découle quant au domaine d'application et les possibles conflits entre directives concurrentes (admettant que celles-ci puissent avoir pour source aussi bien le droit public que le droit privé, ou encore être de source non-étatique). Indépendamment, donc, des questions de politique économique qui ont été à l'origine d'un encadrement défaillant, on peut déduire du type de raisonnement propre au droit international privé que la discipline est en mesure de participer à la résolution de ces problèmes³⁸⁷.

240. Ensuite, il est possible de témoigner d'une croissante juridictionnalisation du droit international, mettant en lumière le rôle qui peut être joué par l'aspect procédural de la discipline. Les mécanismes de droit international privé peuvent sous cet angle fournir des remèdes non pas directement au niveau de la coopération entre systèmes par la détermination de la loi applicable, mais indirectement, par la voie du contentieux international. Ce dernier pourrait être assimilé à un outil de gouvernance³⁸⁸ en raison de

³⁸⁶ W. W. BUZBEE, « Recognizing the Regulatory Commons », *op. cit.*, p. 22 et s.

³⁸⁷ V. notamment, sur ce potentiel de la discipline, R. WAI, « The Interlegality of Transnational Private Law », *Law & Contemporary Problems* vol. 107, 2008, pp. 107-128 ; R. WAI, « Conflict and comity in transnational governance : Private international law as mechanism and metaphor for transnational social regulation through plural legal regimes », in *Constitutionalism, multilevel trade governance and international economic law*, Oxford and Portland : Hart Publishing, 2011 ; H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », *op. cit.*

³⁸⁸ Selon Robert Wai, ce contentieux constitue l'atterrissage (*touchdown*) des excès rendus possibles par la progressive autonomisation admise dans les rapports internationaux, qu'il appelle le phénomène de décollage (*liftoff*). R. WAI, « Transnational Liftoff and Juridicial Touchdown », *op. cit.* V. aussi : C. SCOTT, R. WAI, « Transnational Governance of Corporate Conduct through the Migration of Human Rights Norms: The Potential of Transnational "Private" Litigation », in *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford/Portland : Hart Publishing, 2004, pp. 287-319.

la pression qu'il exerce sur des acteurs économiques dont l'activité, qui n'est pas encadrée de manière adéquate, porterait préjudice à d'autres personnes, à certaines collectivités ou même à l'environnement en tant que tel, si l'ordre juridique dont le tribunal est saisi admet que ce type de préjudice fasse en tant que tel l'objet d'une action en justice.

Paragraphe II. Le rapport juridique globalisé : difficultés d'identification, de qualification et de rattachement à la discipline.

241. Les cas d'Adrien Jay et Romain Nikhil, de Mme Rado ou de Maria Aguinda illustrent le rapport de dépendance entre les cas complexes de la globalisation économique et un réseau de rapports juridiques, locaux et internationaux, qui se chevauchent au long de la situation. Reprenons par exemple le cas de la délocalisation de la production dans les pays à réglementation attrayante, et le problème de la responsabilité des sociétés multinationales qui peut en résulter. Si au moment de statuer sur une telle responsabilité, le rapport « obligation » opposant les demandeurs à l'entreprise est traité de manière isolée par rapport à l'environnement juridique de l'activité au cours de laquelle le fait dommageable s'est produit, l'accès par les victimes à des dommages-intérêts risque d'être limité par la décision sur la compétence ou sur la loi applicable. De même, en matière d'atteinte à l'environnement dans le cadre d'une activité caractérisant un investissement direct étranger, l'isolément du rapport d'obligation (contractuelle ou conventionnelle) investisseur-État peut écarter, comme dans l'affaire Chevron, la considération des obligations dont l'entreprise est débitrice en fonction du fait dommageable ou des obligations conventionnelles liant l'État d'accueil en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement. L'analyse est la même s'agissant de l'efficacité du régime de l'arbitrage international face à la fragilité qui peut en résulter pour le régime de protection des consommateurs, ou des attentes sur le plan des droits de l'homme pouvant résulter de l'efficacité d'un contrat international de gestation pour autrui (ou au contraire de son manque d'efficacité une fois l'enfant né).

242. Sans doute l'admission de cette perspective risque-t-elle de complexifier le processus de résolution des problèmes de droit international privé, sous peine de perdre en termes de prévisibilité pour les parties (valeur essentiellement garantie par l'automatisme des mécanismes). Tenant toutefois en compte l'actualité des problèmes présentés et le besoin de réfléchir à une alternative plus satisfaisante au regard de leur solution concrète, l'effort reste légitime. Ceci d'autant plus que pour les parties rattrapées par le processus globalisateur, la prévisibilité est loin d'être prise en compte. Cette dernière est en effet liée au savoir détenu par un auteur donné quant au traitement juridique qu'il espère avoir. Or dans les cas analysés, il est possible de discerner que la détention d'un tel savoir n'est pas égalitaire parmi les différentes parties. Les plus faibles subissent les risques, alors que les justiciables plus avantagés élaborent des solutions qui favorisent leurs intérêts. La prévisibilité cesse, ainsi, d'être un aspect central dans le raisonnement, la légitimité qui la côtoie dans les rapports professionnels faisant ici défaut, et laissant la place au besoin de flexibilité et d'adaptation des règles au cas concret³⁸⁹.

Un autre aspect sensible de l'approche globale concerne la question de l'administration de la justice. La charge imposée au juge est en effet plus importante si on lui demande d'analyser une situation complexe et ses démembrements plutôt qu'un rapport isolé. Quoique légitime, une considération absolue de cet aspect risquerait d'entraver tout effort tendant à la progression du raisonnement juridique. Sur ce, il convient de reprendre les mots de Savigny, selon qui « *nous n'aurions rien à objecter si les difficultés n'existaient que pour les juges appelés à prononcer, et s'il s'agissait uniquement de leur épargner des soins et du travail* »³⁹⁰.

243. L'enchevêtrement des rapports et des régimes soulève également la question du domaine du droit international privé par rapport aux questions que la discipline a à en connaître. Quoique les exemples analysés ici se structurent essentiellement autour de rapports de droit privé (le droit de la famille, le contrat, la responsabilité délictuelle), on

³⁸⁹ S. SYMEONIDES, « Codification and flexibility in Private International Law », in: K. B. BROWN, D. V. SNYDER (eds.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of International Law*, Springer, 2012, pp. 167-190.

³⁹⁰ C. F. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, tome VIII, 2^e éd, Paris : Firmin Didot, 1860, p. 116, para. 360.

ne peut les envisager de manière isolée par rapport aux autres régimes qui les entourent. Certains parmi eux, tels que le droit de l'immigration ou le droit international public, échappent à toute possible qualification en termes de rapports de droit privé, et écartent la mise en œuvre des principaux mécanismes de droit international privé³⁹¹. Sans nier que le droit international privé, « précisément en tant que droit privé, ne saurait être, même momentanément, dépouillé de sa mission régulatrice d'intérêts privés »³⁹², il reste nécessaire de retenir une approche parallèle des régimes à l'ombre desquels les faits se déploient³⁹³. En outre, la fonction de protection d'intérêts privés³⁹⁴ n'est aujourd'hui autre qu'un élément dans la tâche complexe de discerner la fonction et les objectifs de la discipline, dont il sera question plus bas. La mise en œuvre des mécanismes de droit international privé doit être envisagée non seulement dans cette dimension privatiste, mais également par rapport à son rôle et à ses effets dans la protection d'intérêts qui dépassent ceux des seules parties à un rapport donné³⁹⁵. Dès lors que ces instruments ont des effets qui vont outre le rapport isolé qui pourrait en être soumis, il est nécessaire de les envisager en tenant compte de leurs effets et en construisant, à partir de là, des possibles réponses qui peuvent être apportées par la discipline.

L'une des difficultés qui risquent de heurter la réflexion à propos de telles réponses est celle qui tient au caractère national et judiciaire de la mise en œuvre des mécanismes de droit international privé. Il sera par la suite question du rôle qui peut être joué par le juge dans cette dynamique, entre la légitimation de la portée de son raisonnement et la recherche d'une solution pluraliste.

³⁹¹ Nous ne nous attarderons pas ici sur l'actualité du partage public-privé en droit international, mais il est tout de même question de mettre en avant que, indépendamment de la question du caractère public de certaines situations touchant au droit international privé, il reste impossible d'admettre que certains régimes dans lesquels ces situations évoluent relèvent du droit privé.

³⁹² Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, p. 19.

³⁹³ Sur l'importance d'une telle analyse, considérant l'influence dans les rapports de droit privé principaux des régimes satellitaires dans l'ombre desquels les rapports évoluent, v. J. HALLEY, K. RITTICH, « Critical directions in comparative family law: Genealogies and contemporary studies of family law exceptionalism », *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, n° 4, 2010, pp. 753-775 ; R. H. MNOOKIN et L. KORNHAUSER, « Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce », *The Yale Law Journal*, vol. 88, n° 5, 1979, pp. 950-997.

³⁹⁴ V. notamment en ce sens H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse, Université Paris 2, 1985.

³⁹⁵ V. notamment, pour un aperçu général plaidant le décloisement de la discipline, H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », *op. cit.*

Section II. La fonction du droit international privé à l'épreuve des problèmes nés de la globalisation économique

244. Afin de réfléchir sur le rôle qui peut être joué par le droit international privé dans le traitement de cas difficiles comme ceux comportant des angles morts, il convient de partir de la fonction de la discipline (**Paragraphe I^{er}**) pour s'interroger quant au bien-fondé d'un renouveau des doctrines internationalistes pour redonner au droit international privé un fondement proprement international, qui semblerait plus adapté dans le traitement de ces problèmes (**Paragraphe II**).

Paragraphe Ier. Pourquoi appliquer du droit étranger ?

245. Il est possible qu'un juriste se demande pourquoi les règles de droit international privé existent. Serait-il, en effet, possible qu'un ordre juridique se passe d'un système de droit international privé et se limite tout simplement à appliquer la *lex fori* à n'importe quelle question ayant à se poser ? Quoique la littérature anglophone ait rattaché l'existence de cette branche du droit à un impératif de justice essentiellement déduit du manque de prévisibilité et de continuité résultant de l'application systématique de la *lex fori*³⁹⁶, Rolando Quadri a démontré, par une recherche historique approfondie, qu'un système de droit international privé est aussi fondamental à n'importe quel ordre juridique que le droit civil ou le droit pénal³⁹⁷. Selon l'auteur, « [m]ême dans une conception ultrapositiviste du droit, un droit pénal et un droit civil apparaissent universels et irremplaçables ; il en est de même d'un droit international privé. Plus un droit est, de manière générale, essentiel à toute société (ubi societas ibi ius), plus on ne peut de ce point de vue qu'en constater la réalité »³⁹⁸ (c'est nous qui traduisons).

³⁹⁶ V. par ex. A. MILLS, *The confluence of public and private international law: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2009.

³⁹⁷ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, op. cit., pp. 44 et s.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 44.

L'existence de règles de droit international privé ne dépend ainsi pas d'un souci de justice, mais est inhérente à tout ordre juridique. Rolando Quadri en démontre les traces même dans les communautés anciennes et en droit romain³⁹⁹. Ainsi, malgré le fait que l'ancien droit ne comportât pas un système de règles présenté harmonieusement⁴⁰⁰, aucun ordre juridique n'aurait pu s'en passer de l'application de normes de droit étranger, admettant ainsi l'élaboration de règles définissant les modalités par lesquelles ce droit aurait dû intervenir. L'origine de la discipline ne découle ainsi pas d'une politique propre assignée a priori au droit international privé (comme l'impératif de justice), mais d'un besoin propre aux sociétés qui ne vivent pas isolées les unes par rapport aux autres.

246. La doctrine de droit international privé s'est toutefois longuement interrogée quant à la raison d'être des règles de la discipline, notamment afin de guider leur élaboration. On voit alors dans la littérature l'abandon progressif d'une conception internationaliste du droit international privé, déduite de l'existence d'un conflit de souverainetés, au profit d'une conception concentrant la fonction de la discipline dans la protection d'intérêts privés⁴⁰¹. Face à la question de savoir de quelle manière la discipline peut contribuer à un meilleur traitement des cas difficiles décrits au cours de cette thèse, il conviendra d'envisager dans quelle mesure ces différentes approches conduiraient à cette fin.

247. Tout d'abord, l'idée d'un fondement qui dépasse le cadre local pourrait paraître utile afin d'établir la vocation du droit international privé dans le règlement des questions qui touchent à la gouvernance de problèmes transnationaux tels que les angles morts. Toutefois, la conception internationaliste, en assimilant l'objet de la discipline à

³⁹⁹ Ce qui va à l'encontre des théories qui déduisent l'absence de droit international privé en droit romain notamment de la distinction faite entre citoyens et pèlerins, v. les références faites dans R. QUADRI, *ibid.*, pp. 53-54.

⁴⁰⁰ Selon Quadri, « l'application du droit étranger n'a poursuivi un autre but que celui d'adapter l'ordre juridique romain à la façon d'être effective des rapports présentant des éléments prévalants d'extranéité dans les ordres juridiques d'origine, pour qui il serait vain de prétendre refléter sur le monde romain, essentiellement pratique, les abstractions des théories modernes qui font abstraction d'une telle exigence d'adaptation effective [effettivo adattamento] » : *ibid.*, p. 53 (c'est nous qui traduisons).

⁴⁰¹ V. gén. H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*

un conflit de souverainetés, ne serait pas en mesure de tenir cette promesse de décloisonnement. La justification que l'approche internationaliste confère aux règles de droit international privé se limite en effet à organiser le domaine de compétence propre à chaque ordre juridique, en poursuivant un objectif de coordination et d'harmonie de solutions par le moyen de règles abstraites. Or comme envisagé antérieurement, la principale difficulté dans l'encadrement des angles morts résulte dans la nouveauté des solutions résultant de choix individuels, qui ne peuvent pas être pleinement anticipées lors du développement d'une règle. La spécificité des cas échapperait ainsi à la prise de décision, en augmentant le risque d'une solution inadéquate *in concreto*.

248. D'autre part, la conception selon laquelle le droit international privé poursuit la fonction d'assurer la protection des intérêts privés⁴⁰² s'avère insuffisante en ce que sa perspective, concentrée sur les intérêts des parties, est trop étroite pour qu'une considération satisfaisante d'autres intérêts (de tiers ou collectifs) soit possible. En poursuivant la finalité de permettre aux justiciables de jouir de prévisibilité et de sécurité juridique dans leurs rapports internationaux, les règles risquent alors de manquer de flexibilité et de résulter, encore une fois, inadaptées dans le traitement de problèmes complexes. L'idée de reconnaître dans le droit international privé un instrument de gouvernance globale⁴⁰³ propose, ainsi, une nouvelle fonction à la discipline, dépassant le clivage historique conflits de souverainetés – intérêts privés.

249. Ce réinvestissement des règles de droit international privé d'une fonction de gouvernance globale se place dans une perspective où l'aspect public est réévalué, et l'aspect privé, tempéré. Il ne s'agit pas seulement d'une perspective *de lege ferenda*, mais cette évolution est également vérifiable en droit positif. L'investissement des règles de droit international privé de fonctions autres que la sauvegarde des intérêts des parties est notamment visible dans l'assujettissement de ces règles à des principes supranationaux, dérivant notamment de règles d'origine communautaire et de protection des droits de l'homme. Cette tendance peut être rattachée à un renouveau de la fonction

⁴⁰² Justement en tant que droit privé, v. la définition donnée par Phocion Francescakis *supra*.

⁴⁰³ V. *supra*, note 386.

répartitrice dans les contextes d'intégration régionale⁴⁰⁴, mais plus que de rechercher la coordination ou l'harmonie des solutions⁴⁰⁵, elle introduit dans le raisonnement de droit international privé un aspect fonctionnel de réalisation d'objectifs de justice qui dépassent le clivage dont il vient d'être question.

Paragraphe II. La vocation du juge à adopter une perspective globale

250. Un trait important dans la complexité des problèmes analysés, notamment en ce qu'ils impliquent différents régimes dotés de leurs propres finalités, est la difficulté de prendre position sur ce qui serait juste ou pas s'agissant de la situation en cause. Malgré le fait que la décision rendue par un ordre juridique risque de se limiter à quelques aspects de la situation, sans être en mesure d'envisager ceux qui se trouveraient occultés dans un angle mort, le juge reste tenu de se prononcer dans les limites de sa compétence, et la question peut se poser quant à sa légitimité à élargir son approche et par conséquent à étendre une certaine vision de la justice à des situations moins sensiblement rattachées au for. Or une telle vocation existe sans qu'il soit nécessaire de revenir à une conception internationaliste de la discipline (A), dès lors que sont en cause des aspects touchant également aux valeurs du for, quoiqu'il ne s'agisse pas de l'ordre juridique le plus proche de la situation en cause (B).

⁴⁰⁴ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, *op. cit.*, p. 350 ; A. MILLS, *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*, disp. sur : <http://papers.ssrn.com/abstract=2025616>.

⁴⁰⁵ Résultant finalement dans la sauvegarde des mêmes intérêts individuels, dont notamment la prévisibilité et l'harmonie des solutions : v. notamment H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris : LGDJ, 1993. Le rapprochement de la fonction répartitrice à la poursuite d'objectifs de caractère privé n'est en effet pas contradictoire, ayant déjà été fait, notamment, dans la méthode proposée par Bartin : D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé tome I, op. cit.*, pp. 349-350. D'autre part, l'incorporation des objectifs poursuivis par les régimes de droit privé sous-jacents dans la résolution des problèmes de droit international privé peut servir à réinvestir la discipline d'un rôle lui permettant de mieux résoudre les problèmes transnationaux : v. en ce sens R. WAI, « Transnational Lifftoff and Juridicial Touchdown », *op. cit.*

A. Le renouveau des doctrines internationalistes de droit international privé, un fondement superflu pour justifier l'élargissement de la perspective du juge étatique.

251. Face aux limites de l'application de solutions formelles à des cas complexes, on pourrait être tentés d'invoquer des solutions fondées sur le *jus gentium*, ou bien sur des valeurs universelles partagées par la communauté internationale, à même d'aller outre le cloisonnement des réponses nationales. Un renouveau des doctrines de droit international privé fondées sur le *jus gentium* doit être évité, pour des raisons aussi bien théoriques que pratiques (**a**). Une réflexion inspirée de l'idée de *comitas gentium*, en revanche, peut, tout en n'apportant pas des réponses techniques sur la forme et la manière par laquelle le droit international privé devra être mis en œuvre, servir de base à une plus grande collaboration entre ordres juridiques, ce qui contribuera à l'élaboration d'une solution plus adaptée au cas concret (**b**).

a. Écart d'un renouveau des doctrines fondées sur le *jus gentium*

252. Une réflexion sur la vocation que les mécanismes de droit international privé ont à jouer dans l'encadrement de situations internationales complexes comme celles envisagées à titre d'exemple pourrait être tentée de se rattacher aux courants internationalistes de la discipline, écartant le particularisme de ses sources au profit d'un ascendant commun ancré dans le droit international public. L'internationaliste qui accepte le défi d'adopter une perspective à la fois globale et privatiste se trouve rapidement confronté aux défis de réunir, dans une réflexion cohérente, des objectifs de portée internationale et le particularisme des méthodes de droit international privé, surtout lorsqu'une approche pluraliste de la discipline est retenue.

253. Il n'est pas nécessaire ni intéressant de revenir sur les doctrines fondées sur le *jus gentium* pour quatre raisons principales. Tout d'abord, les doctrines

internationalistes de droit international privé⁴⁰⁶ avaient pour principal objectif d'identifier une source et une raison d'être pour la discipline. Les développements étaient donc centrés sur la fonction du droit international privé, et sur ce que l'application du droit étranger représentait pour un ordre juridique. La réflexion était en outre insérée dans un contexte dans lequel l'idée de conflit de souverainetés avait encore un poids important. Les propositions internationalistes (fondées sur un rattachement au droit des gens ou encore sur l'existence d'un dédoublement fonctionnel impliquant l'investissement des ordres juridiques étatiques d'une fonction supranationale accomplie en fonction de la rareté des principes de droit international public concernant le partage des compétences législatives⁴⁰⁷) ont donc un intérêt pratique limité pour expliquer les phénomènes contemporains du droit international privé.

254. Deuxièmement, si l'État se trouve désormais concurrencé dans l'élaboration de règles de droit international privé, la mise en œuvre des mécanismes de la discipline demeure essentiellement locale. L'admission d'une source internationale passerait donc nécessairement par le filtre d'un ordre juridique⁴⁰⁸. Si on suit un raisonnement internationaliste, les solutions en droit international privé devraient alors prendre la forme de règles répartitrices tenant compte de valeurs communes à la communauté internationale⁴⁰⁹. Le problème, c'est que la recherche de ces principes communs est à la fois périlleuse et invraisemblable. La transposition du raisonnement à l'échelle globale est irréaliste, et l'extension de la culture juridique interne (manifestée

⁴⁰⁶ P. S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Turin : G. Giappichelli, 2000 ; D. ANZILOTTI, *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, Padoue : CEDAM, 1996 ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, p. 337.

⁴⁰⁷ Le terme a été forgé par Georges Scelle, mais son utilisation par la littérature contemporaine peut notamment être vue dans A. MILLS, *The confluence of public and private international law*, *op. cit.*

⁴⁰⁸ État ou régime fonctionnel du type arbitrage, tribunal international, etc.

⁴⁰⁹ Pour une analyse de ce tournant historique rattachant l'abandon des doctrines internationalistes, inspirées du droit naturel, à l'ascension du positivisme et l'analyse volontariste qui en découlait du droit international, concentrée sur la seule l'observation du comportement des États, v. Alex Mills, *The confluence of public and private international law*, *op. cit.*, pp. 37-53. Il est vrai que le constat du particularisme découle en effet de l'observation empirique de la manière dont les problèmes de droit international privé sont réglés par les États, et peut ainsi être rattaché à une approche positiviste.

sur les règles répartitrices) au monde entier est marquée d'un universalisme qui comme tel ne peut se manifester qu'au détriment du pluralisme. D'où la référence dans les ouvrages de l'époque au droit des pays civilisés – à savoir les pays qui partagent d'une culture juridique au moins comparable à celle de la doctrine rattachée au passé commun du droit romain.

255. Troisièmement, un renouveau des doctrines internationalistes à la lumière de la complexité propre aux problèmes de la globalisation économique et aux limites d'un droit international privé trop cloisonné dans les solutions locales de droit privé n'aurait pas une contribution pratique conséquente. Cette construction de l'esprit inspirée de valeurs qui espéraient favoriser, en tout cas, une meilleure gestion des rapports internationaux, n'a jamais été de droit positif. Si la réalité du particularisme a constitué une raison pour le déclin des doctrines fondées sur le *jus gentium*, il n'y aurait pas pour autant une raison symétrique pour que cette théorie revienne à l'heure actuelle comme source d'inspiration pour des méthodes plus adaptées aux problèmes issus de la globalisation économique.

256. L'appel à l'internationalisme comme réaction envers le nationalisme des méthodes de droit international privé ne suit pas, en outre, une approche pluraliste. En renvoyant à l'existence d'obligations pesant sur les tribunaux nationaux, investis de la compétence d'appliquer des normes de droit international en vertu d'un dédoublement fonctionnel, le raisonnement fait abstraction des autres acteurs statuant en matière de droit international privé, qui sont pourtant indépendants et prennent des décisions selon leurs propres règles. C'est le cas de l'arbitrage international, phénomène largement étudié dans la doctrine de droit international privé qui, tout en faisant partie du réseau du contentieux transnational, échappe à un raisonnement en termes de nationalisme ou d'internationalisme. Le défi reste, ainsi, celui de comprendre et de travailler à partir des liens entretenus entre ces centres fragmentés dont les décisions ont des impacts globaux, sans avoir à caractériser un fonds commun théoriquement intéressant, mais difficile à identifier en pratique et dangereux par son universalisme.

b. L'intérêt théorique relatif de la doctrine de la *comitas gentium* dans le traitement des problèmes transnationaux

257. La manifestation la plus connue de la *comitas gentium* en doctrine de droit international privé est celle répandue dans les pays anglo-américains selon laquelle l'État, tout en ne renonçant pas à sa souveraineté (puisque'il n'est pas tenu de le faire par aucune obligation supranationale), « *supporterait des sacrifices, ferait des "concessions" aux autres États en vue de obtenir les mêmes sacrifices et les mêmes concessions de la part de ceux-ci* »⁴¹⁰. La proposition d'une telle approche à la lumière des problèmes complexes de la globalisation économique serait cependant anachronique. La rigidité du caractère interétatique du principe de *comitas gentium ob reciprocam utilitatem* serait en opposition avec l'idée d'une conception cosmopolite du droit international privé, dès lors que les bienfaits de cette approche seraient subordonnés à la réciprocité ou aux intérêts nationalistes de l'État du for.

258. Une approche aussi étroite de la *comitas gentium* ne correspond pas, toutefois, avec la portée de la théorie au moment où elle a été élaborée aux Pays-Bas⁴¹¹. Celle-ci indiquait « *le plus souvent et normalement [...] un complexe de considérations rationnelles et pratiques qui se distinguent à peine de l'idée de justice et d'équité* »⁴¹². D'où la présentation du droit international privé comme un mécanisme nécessaire, sans lequel les rapports internationaux risqueraient d'être réglés de manière injuste⁴¹³.

⁴¹⁰ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato, op. cit.*, p. 104.

⁴¹¹ V. en ce sens E. M. MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux de droit international privé à partir du moyen âge spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI* vol. 49, 1934, pp. 544-686, spéc. pp. 663-665.

⁴¹² R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato, op. cit.*, p. 107.

⁴¹³ V. à ce propos A. MILLS, *The confluence of public and private international law, op. cit.*, p. 3 : « *A common law textbook on private international law typically begins with the question: "Why are there rules of private international law at all?", and the answer almost universally given is "justice"* ». L'auteur cite A. V. DICEY, J. H. C. MORRIS, L. COLLINS, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, London : Sweet & Maxwell, 2006, p. 5, Ch. M. V. CLARKSON, J. HILL, *The conflict of laws*, Oxford, New York : Oxford University Press, 2006, p. 6, J. G. COLLIER, *Conflict of Laws*, Cambridge, New York : Cambridge University Press, 2001, p. 377 et J. J. FAWCETT, J. N. CARRUTHERS, P. NORTH, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oxford, New York, Auckland : Oxford University Press, 2008, p. 4, pour qui l'application directe de la *lex fori* devait pouvoir laisser place à l'application du droit étranger sous peine de « grave » ou « gross injustice ».

L'introduction de ce souci de justice dans le règlement des rapports internationaux ajoute, en effet, à la théorie, et il ne peut qu'être bénéfique d'incorporer un raisonnement d'équité propre aux rapports internationaux dans la solution donnée par le juge étatique à un litige. Un regard actuel sur la pratique met cependant en lumière le fait qu'un rattachement à la doctrine de la *comitas gentium* n'est pas nécessaire pour arriver à cette fin. Le recours au droit international intervient dans cette théorie essentiellement comme réponse à la question de savoir *pourquoi* un État devrait se doter de règles de droit international privé⁴¹⁴. La version anglo-américaine de la *comity of nations* dénature, premièrement, cette fonction originaire, en y ajoutant des éléments de justice du cas concret qui ne proposent pas une réponse à la question de la nature du droit international privé, tout en se limitant à servir d'inspiration philosophique au juge du for devant régler une affaire qui comporte des éléments d'extranéité. Or à la différence de la méthode précédente, qui déduisait le règlement du conflit de lois du *jus gentium*, la *comity of nations* ne propose pas une méthode de droit international privé propre⁴¹⁵. Créée dans un contexte où la doctrine –statutiste– cherchait un argument justifiant l'application du droit étranger sans que l'État du for ne sacrifie sa souveraineté, elle n'a pas servi à révolutionner la méthode, perdurant comme tempérament au *lexforisme* dérivant du statutisme⁴¹⁶.

B. Les impératifs de justice internationale : des considérations rentrant dans le cadre d'appréciation du juge étatique selon la conception de justice du for.

259. La doctrine de la *comitas gentium* (ou, telle que transposée par les anglo-américains, la *comity of nations*) a pu être identifiée par certains auteurs comme étant en

⁴¹⁴ En ce sens, v. E. M. MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux de droit international privé à partir du moyen âge spécialement dans l'Europe occidentale », *op. cit.*

⁴¹⁵ Le concept a en effet été critiqué par Westlake, sur le fondement que « *comity might be a reason for receiving any rules on this subject, but could hardly point out which to receive* » : J. WESTLAKE, *A Treatise on Private International Law: Or, The Conflict of Laws with Principal Reference to Its Practice in the English and Other Cognate Systems of Jurisprudence*, London : W. Maxwell, 1858, cit. dans A. MILLS, *The confluence of public and private international law*, *op. cit.*, p. 51.

⁴¹⁶ Pour un tableau complet sur les doctrines internationalistes et le statutisme, v. P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1971, pp. 1 36.

réalité nationaliste, du fait qu'elle ne proclame pas l'existence d'un système universel de résolution des conflits de lois et reste rattachée à une conception territorialiste de la compétence législative⁴¹⁷. D'un point de vue méthodologique, cette théorie s'écarte de la doctrine fondée sur le *jus gentium*, dès lors qu'elle envisage uniquement l'action de l'État du for, qui n'est pas tenu d'accueillir le droit étranger (mais le fait par *comitas*) tout en n'ayant pas le droit d'imposer l'application de ses propres normes en dehors de ses frontières – « [l']idée fondamentale » de la *comitas gentium* étant en effet que « aucun État ne peut plus fonder le droit d'exiger l'application des lois hors son territoire par les textes du droit romain qui n'envisageaient que la coopération des fonctionnaires d'un même Empire »⁴¹⁸. À l'issue de son analyse historique, Eduard Maurits Meijers a ainsi pu conclure que « l'idée des auteurs hollandais, avec leur *comitas gentium*, n'est autre chose que ceci : chaque État est maître chez soi de décider dans quelle mesure il appliquera une loi étrangère. C'est ce que les auteurs modernes expriment en disant que le droit international privé fait partie, dans chaque pays, du droit privé interne, de sorte qu'il n'y a pas un droit privé international universel »⁴¹⁹. L'auteur reprend les mots d'Ulrik Huber, l'un des pères fondateurs de la *comitas gentium*⁴²⁰, pour souligner que la principale idée sous-jacente à la théorie était en effet celle de l'intérêt commun, « idée opposée à une déduction logique qui entraînerait un effet extraterritorial des lois », et donc en parfaite contradiction avec les théories déduisant du *jus gentium* les règles universelles de droit international privé⁴²¹.

⁴¹⁷ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, op. cit., p. 103. L'auteur cite, parmi les ceux soutenant une telle approche : E. M. MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen âge spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI* 1934 (III), p. 67 ; G. WALKER, *Internationales Privatrecht* 4e éd., Vienne : Druck u. Verlag der osterr. Staatsdruckerei, 1926, § 4 et s. ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français* tome III, Paris : Sirey, 1947, p. 87 et s. ; G. PACCHIONI, « Diritto internazionale privato » in *Diritto civile italiano*, P. I, Sez. II, 2e éd., Padoue, 1935, p. 18.

⁴¹⁸ E. M. MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux de droit international privé à partir du moyen age spécialement dans l'Europe occidentale », op. cit., p. 665, citant J. VOET, *De statutis*, n° 8. Sur l'héritage grotien de l'aspect volontariste de la *comitas gentium*, v. A. MILLS, *The confluence of public and private international law*, op. cit., pp. 44-53.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 667.

⁴²⁰ Celui ayant le plus particulièrement inspiré Joseph Story, et certainement l'un des auteurs les plus attachés à la composante de droit international de la doctrine.

⁴²¹ E. M. MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux de droit international privé à partir du moyen age spécialement dans l'Europe occidentale », op. cit., pp. 667-668, citant U. HUBER, *De conflictu legum*, n° 9.

260. Le rattachement de la doctrine de la *comitas gentium* au droit international reste tout de même limité à un devoir moral, lié à un objectif de justice. Celui-ci comprend, certes, des éléments considérant la spécificité des situations transnationales. Mais une telle considération ne dépend pas du rattachement des mécanismes de droit international privé au droit international public. Rien n'empêche que des intérêts propres aux situations transnationales soient pris en compte par le juge dans la sphère du concept de justice du for lui-même, qui n'est pas forcément limitée à des considérations purement internes. La doctrine de la *comitas gentium* a, certes, plusieurs mérites, et pourrait être particulièrement utile dans une analyse visant à un traitement plus satisfaisant des situations transnationales, dès lors que ce principe « aurait dû avoir pour conséquence d'entraîner la recherche, pour chaque cas, de la solution la plus conforme aux intérêts réels de la société humaine et à un bon fonctionnement de la justice ».

Il est toutefois possible qu'un tribunal considère des tels impératifs sans devoir recourir à l'idée de *comitas gentium*. Même en France, où la doctrine n'a pas connu autant de succès, il n'est pas rare que le juge considère la spécificité du cas et déroge, ainsi, à une conception de justice purement interne au profit d'une approche plus adaptée à ces besoins. Dans cette ligne peuvent se ranger lesdites règles matérielles de droit international privé, élaborées dans l'idée de permettre à la situation d'avoir un règlement plus avantageux que celui qui aurait pu lui être conféré par l'application du droit interne. Certes, ces exemples peuvent être critiqués pour leur excès de libéralisme⁴²², mais témoignent tout de même qu'une prise en compte de la spécificité d'une situation internationale est possible même sans avoir recours à la conception de *comitas gentium*.

261. On n'écarte donc pas les raisons – souvent pertinentes – mises en avant pour soutenir une approche internationaliste du droit international privé à la lumière des difficultés propres aux cas complexes auxquels la pratique contemporaine de la discipline doit faire face. Toutefois, puisque dans ces cas le point de départ du

⁴²² R. WAI, « Transnational Liftoff and Juridicial Touchdown », *op. cit.* L'article est également éclairant quant à la possibilité pour le juge étatique d'assumer une perspective cosmopolite des problèmes transnationaux, admettant la prise en considération de principes de justices extérieures à son propre ordre juridique.

raisonnement se situe dans une approche concrète et pragmatique du règlement qui leur est accordé, la question théorique doit être nuancée par l'opportunité pratique de l'approche.

Il est en effet possible de retenir la vocation du droit international privé à participer à l'encadrement de ces cas difficiles tout en partant du caractère particulariste de cette branche du droit. Il n'est ainsi pas nécessaire de fonder une critique des résultats formels en droit international privé sur une distinction entre doctrines nationalistes et internationalistes. Le juge ne sera pas porté à « entendre et résoudre le problème en tant que question mettant en cause les intérêts de plus d'un État – visant à “transcender” [son] statut domestique en adoptant une perspective internationale du problème » exclusivement à la suite d'un raisonnement « internationaliste » de droit international privé⁴²³. Il reste en effet possible de le faire depuis une perspective nationale – à savoir en admettant la considération d'intérêts autres que ceux étatiques⁴²⁴, ou encore en élargissant ces derniers au point de considérer les effets nocifs des enjeux globaux sur le territoire national – sans qu'il ne soit tenu de concevoir le droit international privé comme un « système international [par nature] mis en œuvre par des tribunaux nationaux selon le droit national »⁴²⁵, dans une sorte de dédoublement fonctionnel revisité. Il serait également loisible, enfin, que le juge puisse prendre en considération les principes et valeurs d'autres ordres juridiques impliqués, adaptant sa propre conception de justice au cas concret en vue de promouvoir une solution plus adaptée⁴²⁶.

262. Plus qu'un refus catégorique de tout rattachement aux doctrines internationalistes, l'éloignement par rapport à cette approche est donc marqué surtout par la recherche de réponses à un cas concret. Il est question au contraire d'analyser l'implication des mécanismes de droit international privé sur les problèmes identifiés, et

⁴²³ A. MILLS, *The confluence of public and private international law*, *op. cit.*, p. 12.

⁴²⁴ Ce qui ne serait pas nouveau, v. la pluralité d'intérêts considérés par le juge statuant en droit international privé dans B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la “crise” des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, pp. 219-397.

⁴²⁵ A. MILLS, *The confluence of public and private international law*, *op. cit.*, p. 12.

⁴²⁶ Sur la possibilité pour le juge de statuer poursuivant des principes autres que ceux du for, v. le concept de justice cosmopolite mis en avant par R. WAI, « Transnational Liffoff and Juridicial Touchdown », *op. cit.*

de proposer des approches pouvant amener à des solutions plus satisfaisantes à ces difficultés.

Conclusion du chapitre

263. D'un point de vue théorique, le renouveau des doctrines internationalistes de droit international privé pourrait paraître séduisant dès lors qu'il est question de l'adaptation des mécanismes de la discipline à des problématiques globales toujours plus complexes. Le fondement de ces doctrines est intéressant en ce que, par la recherche des racines de la discipline dans le droit international, on poursuit un objectif de coordination et d'harmonie qui ne saurait mieux répondre au problème des conflits. La conception internationaliste a cependant décliné non seulement en raison du « cloisonnement » du droit international privé⁴²⁷, mais surtout en raison de son manque de positivité. Tout en poursuivant, au moins théoriquement, les commandements d'un ordre juridique universel de base, les règles établies par les différents États différaient, et l'objectif de coordination par la seule répartition des compétences législatives ne pouvait pas être atteint.

264. Concrètement, les doctrines universalistes conduisaient à l'élaboration de règles de désignation bilatérales tout comme celles connues de nos jours, orientées vers un but d'universalité qui demeure lointain. Le fondement universel des commandements provenant de l'ordre juridique de base obligerait chaque État à reconnaître toutes les décisions rendues par un autre ordre juridique étatique, dès lors que celles-ci se seraient fondées sur *la* loi applicable selon des règles de désignation inspirées par une source supérieure commune⁴²⁸. Dans le cas de jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil, cette possibilité aurait conduit à un résultat plus favorable à leurs intérêts, dès lors que leur lien de filiation aurait pu être immédiatement reconnu. En pratique, cependant, une telle solution n'est évidemment pas envisageable, et se trouve tempérée par l'ordre public international – mécanisme qui échappe donc à la logique moniste qui est à la base des

⁴²⁷ H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », *op. cit.*, spéc. pp. 374 et s.

⁴²⁸ D. BODEN, « L'ordre public : limite et condition de la tolérance », *op. cit.*, pp. 535-536.

règles bilatérales de désignation de la loi applicable⁴²⁹.

265. En outre, ce débat théorique est concentré sur la question du droit applicable. Or la contribution que les mécanismes de droit international privé peuvent fournir, tout d'abord, au traitement des cas difficiles liés à la globalisation économique, consiste dans la possibilité offerte aux parties qui représentent les intérêts occultés de revendiquer leurs droits devant un for⁴³⁰. Le rôle joué par la discipline dans la recherche par les justiciables de ces espaces de contestation fera l'objet du chapitre suivant.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ En conclusion de leur présentation de la fragmentation du droit global en régimes fonctionnels autonomes, Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano estiment que dans ce contexte, « *le droit sera forcé à se limiter à son rôle classique d'offrir une compensation et ainsi réfréner les dommages aux environnements naturels et humains* » : A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *op. cit.*, p. 1046 (c'est nous qui traduisons).

Chapitre II. L'exploitation des espaces de contestation comme contrepoids au déséquilibre créé par l'exercice individuel de volonté

266. Les justiciables qui exercent leur volonté afin de soumettre leur situation à un cadre juridique sur mesure ne sont pas les seuls à pouvoir exploiter la pluralité normative dans laquelle s'insère la situation à leur profit. Les parties qui représentent des intérêts occultés dans un angle mort peuvent également procéder à une comparaison des ordres juridiques entretenant des liens avec la situation, afin de contester la solution résultant de la volonté individuelle là où leur demande aurait plus de chances de succès.

267. L'analyse menée dans le chapitre antérieur sur la fonction reconnue au droit international privé par la doctrine s'est concentrée sur la question de la loi applicable. La compétence des tribunaux échappe aux prémises de cette réflexion, et n'a pas fait l'objet d'une analyse aussi approfondie. Il sera alors tout d'abord question de la fonction qui peut être reconnue aux règles sur la compétence des tribunaux (**Section I^{ère}**). La possibilité de rétablir l'équilibre parmi les intérêts en présence dans une situation hybride est en grande partie redevable des moyens dont dispose une partie pour présenter une requête devant un for donné, et donc des mécanismes pouvant adapter la décision en matière de compétence afin d'accueillir la demande (**Section II**). L'accès par une partie à un for où une revendication irrecevable ailleurs serait admise peut même être identifié à un principe propre au droit international privé, imposant une adaptation des décisions en matière de compétence (**Section III**). En outre, les espaces de contestation ne se limitent pas aux tribunaux étatiques. Les cours internationales, orientées par les objectifs poursuivis par le traité qui les constitue, permettent à une partie d'avoir leur demande accueillie même dans des cas où un ordre juridique étatique aurait failli à reconnaître le droit revendiqué (**Section IV**).

Section I^{ère}. L'accueil de la situation par une autorité étrangère : questions sur la compétence des tribunaux.

268. La question de la compétence des autorités recouvre une importance centrale dans l'encadrement des activités internationales, notamment par le rôle qui peut être joué par le contentieux de la responsabilité délictuelle (**Paragraphe I^{er}**). Des exemples pratiques illustrent comment le détachement entre les règles sur la compétence et la question de la loi applicable risque d'être à l'origine de décisions qui ignorent certains intérêts négativement affectés par l'exercice de volonté (**Paragraphe II**).

Paragraphe I^{er}. L'importance de l'accès à la justice dans l'encadrement des activités internationales : le contentieux privé international de la responsabilité délictuelle.

269. Quand il est question dans la littérature du rôle pouvant être joué par le droit (international) privé dans l'encadrement des activités internationales, l'accent est souvent mis sur la vocation du contentieux international comme contrepoids aux abus de l'autonomie⁴³¹. Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano finissent leur étude sur les collisions de régimes par conclure que « [d]ans le contexte de fragmentation sociétale, le droit sera forcé de se limiter à sa fonction traditionnelle : octroyer réparation et restreindre les dommages causés aux environnements naturel et humain »⁴³². Ce n'est pas peu : une prise de conscience quant au rôle pouvant être joué par le contentieux privé dans l'encadrement des activités internationales permettrait au droit de fournir cette voie d'équilibre à des activités profitant des incertitudes pour faire peser une partie de leurs coûts sur des tiers. Le contentieux en responsabilité extracontractuelle fournit ainsi un instrument important pour compenser les individus qui subissent ces externalités⁴³³, en rééquilibrant la situation. Il ne s'agit pas d'une solution parfaite, car le droit intervient devant le fait accompli : pour certains cas, le

⁴³¹ V. not. R. WAI, « Transnational Liftoff and Juridicial Touchdown... », *op. cit.* ; C. SCOTT et R. WAI, « Transnational Governance of Corporate Conduct through the Migration of Human Rights Norms: The Potential of Transnational "Private" Litigation », in: Ch. Joerges, I.-J. Sand, G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Portland : Hart, 2004, pp. 287-319 ; H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.* ; H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », *op. cit.*

⁴³² A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *op. cit.*, spéc. p. 43 ; A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime collisions... », *op. cit.*, p. 1046.

⁴³³ Sur ce concept, v. *supra*, § 100.

préjudice, aussi bien individuel que collectif, est difficilement réparable. Le contentieux en responsabilité extracontractuelle n'a cependant pas uniquement un objectif réparateur, mais poursuit également un but dissuasif – en témoigne l'effort de l'école réaliste américaine pour le réconcilier avec son rôle politique.

270. À partir de ce constat, on comprend que la question principale dans les débats contemporains autour du droit international privé et de la globalisation concerne davantage la compétence des juridictions que la loi applicable. Le contentieux en responsabilité est en effet fondé sur des principes si généraux qui, indépendamment de la réglementation défailante à la base, il est souvent possible de compenser la victime d'une externalité. Il a été possible de constater dans une affaire comme celle opposant Maria Aguinda à Chevron que même dans les hypothèses où le droit local aurait reconnu une exemption de responsabilité à l'entreprise multinationale à l'origine d'un dommage environnemental grave, il demeure possible de la condamner à un dédommagement⁴³⁴. Ceci surtout parce que le contentieux de la responsabilité demeure très casuistique. Les chances de succès des victimes dépendront en une large partie d'aspects plutôt accessoires du procès, comme les moyens de preuve, la présence d'un jury ou la possibilité de ne payer les avocats qu'en cas de succès, à la fin de la procédure. Pour cette raison, les parties qui entendent agir ont l'intérêt d'identifier et de porter leur demande devant un for où elles auraient plus de chances de succès (aussi bien par rapport à l'accueil de la demande que par rapport au montant de dommages-intérêts qui pourraient être attribués). En pratique, ce choix est souvent tourné vers les États-Unis, à la fois en raison de l'entrepreneuriat des avocats spécialisés dans les attentes aux droits de l'homme⁴³⁵ (et qui seront rétribués sur la base d'une *contingent fee*), de la simplicité des *class actions*, de la pression exercée par la possibilité de recourir à la *discovery*, de la possibilité d'avoir la cause jugée par un jury (souvent sensibilisé par des dommages de masse)⁴³⁶. Au contraire, leur demande peut être vouée

⁴³⁴ Corte provincial de justicia de Sucumbios, 14 fév. 2011, *Aguinda v. Chevron Texaco*, préc. ; Corte provincial de justicia de Sucumbios, 3 janv. 2012, *Aguinda v. Chevron Texaco*, préc.

⁴³⁵ Ch. SCHWOBEL, « The Market and Marketing Culture of International Criminal Law », in : Christine SCHWOBEL (ed.), *Critical Approaches to International Criminal Law. An Introduction.*, Oxford : Routledge, 2014.

⁴³⁶ L'importance de ces aspects de la procédure ressort de manière éclairante des arguments des parties à l'affaire *Bhopal* sur l'opportunité pour le juge américain de se déclarer compétent ou au contraire d'opposer l'exception de *forum non conveniens*. Les représentants des victimes ont

à l'échec si les tribunaux ne sont pas en mesure (pour des raisons politiques ou juridiques)⁴³⁷ de leur accorder une compensation appropriée, ou si l'accès à la justice est soumis à des conditions si compromettantes que la victime se trouve en pratique empêchée d'obtenir réparation. Depuis une perspective d'encadrement des activités internationales, cet échec n'est pas uniquement celui de la victime, mais présente des effets néfastes tout au long de la chaîne, encourageant une activité peu encadrée et qui présente des risques environnementaux, sociaux et humains.

Après avoir introduit l'importance du contentieux international de la responsabilité délictuelle pour l'encadrement des activités globalisées, il sera question des circonstances dans lesquelles le juge adaptera la solution qui lui est imposée par les règles sur sa compétence aux circonstances particulières du cas dans le but d'assurer que les parties accèdent à la justice.

mis en avant, pour soutenir que les cours indiennes ne seraient pas un « for alternatif adéquat », le manque d'innovation et la longueur de la procédure devant les cours indiennes, l'impossibilité d'y recourir à la *discovery*, la pratique locale qui ne promeut pas la résolution du litige par transaction, le fait que le droit indien ne prévoit pas les *class actions*, la possibilité de présenter l'affaire devant un jury ou de rémunérer les avocats sur la base d'une *contingent fee* (tout en imposant aux parties des frais élevés), et le manque d'expérience des juristes indiens (avocats et juges) avec des cas complexes comme celui opposant les victimes de Bhopal à Union Carbide. V. United States District Court, S. D. New York, 12 mai 1986, *In Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster*, 634 F.Supp. 842 (1986), spéc. 634 F.Supp. 847-852.

⁴³⁷ Mis à part l'exemple de *Chevron*, l'adoption de règles limitant la responsabilité d'investisseurs étrangers présente un obstacle important, sinon insurmontable, à la compensation des victimes. En outre, l'affaire Bhopal fournit le exemple d'un cas où le contenu même du droit de la responsabilité délictuelle a été mis en avant par les victimes comme ne leur permettant pas d'obtenir une compensation satisfaisante. Selon les parties demanderesse à cette affaire, « *the substantive tort law of India is not sufficiently developed to accommodate the Bhopal claims. [...] Professor Galanter asserts that India lacks codified tort law, has little reported case law in the tort field to serve as precedent, and has no tort law relating to disputes arising out of complex product or design liability. (Galanter Aff. at 30-36). As an illustration of the paucity of Indian tort law, Professor Galanter states that a search through the All-India Reports for the span from 1914 to 1965 revealed only 613 tort cases reported. (Galanter Aff. At 32). [...] "the major categories of tort, their elements, the [theories] of liability, defenses, respondeat superior, the theories of damages—are all familiar."* (Galanter Aff. at 37). What is different, Galanter asserts, is the complete absence of tort law relating to high technology or complex manufacturing processes ». Ces arguments n'ont cependant pas été retenus comme étant suffisants pour justifier que les tribunaux indiens ne constituaient pas un for alternatif adéquat. V. United States District Court, S. D. New York, 12 mai 1986, *In Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster*, préc., spéc. 634 F.Supp. 852. Sur la mobilité et la création de situations insuffisamment réglementées du fait de l'inadaptation entre une technologie étrangère et le droit local, v. *supra*, § 100.

Paragraphe II. Le fondement de la décision sur la compétence et le choix stratégique d'un tribunal par les parties

271. Le rôle joué par les règles sur la compétence doit être perçu comme dépassant une fonction purement facilitatrice, et contribuant activement à la réglementation des rapports internationaux (A). Le choix des parties de prendre le risque du déplacement et d'en assumer le coût peut également être motivé par les avantages procéduraux offerts par une juridiction donnée (B).

A. L'impact des règles sur la compétence des tribunaux sur le règlement du rapport

272. Alors que la détermination de la loi applicable a amplement nourri la théorie et la philosophie du droit international privé, la fonction et les objectifs des règles sur la compétence ont fait l'objet d'une approche beaucoup plus pratique. L'approche de la doctrine sur cette branche de la discipline peut en effet la limiter à « *un ensemble de matières dont le trait commun est un lien avec le phénomène judiciaire* »⁴³⁸, « [répondant] à des préoccupations d'ordres fort différents » de celles dont il est question en matière de loi applicable⁴³⁹. Selon une conception classique de la discipline, le principal objectif des règles sur la compétence est tout autant de faciliter la tâche des parties, auxquelles il serait légitime d'accorder une certaine flexibilité dans le choix du tribunal à saisir, que de faciliter la tâche du juge, qui serait mieux placé pour statuer sur des affaires présentant des liens pertinents avec son ordre juridique. En matière de loi applicable, au contraire, le fait que celle-ci découle de la nature du rapport devrait porter à l'identification de critères exclusifs, écartant un possible droit d'option comme dans les exemples analysés dans le chapitre précédent⁴⁴⁰. Une telle distinction pourrait être

⁴³⁸ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris : Dalloz, 1973, p. 1.

⁴³⁹ H. BATTIFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* vol. 139, 1973, pp. 75-148, spéc. p. 91.

⁴⁴⁰ Dans le cas où la détermination de la loi ne serait pas aussi évidente, il reviendrait en tous cas au juge, et pas aux parties, de la désigner : *Ibid.*, p. 92. Phocion Francescakis propose une méthode de détermination de la compétence des tribunaux par des critères exclusifs, dès lors

attribuée au fait que « *le conflit de lois s'est établi au départ sur l'hypothèse de l'indifférence quant au tribunal où la question litigieuse pouvait être portée, voire qu'il ait même visé à l'origine à assurer l'unité des solutions quel que fût le tribunal saisi* »⁴⁴¹.

273. L'évolution du droit international privé et l'observation du droit positif encouragent cependant une redéfinition de ce cadre, vu notamment la « *juridictionnalisation croissante de la matière, dont le centre de gravité se déplace des conflits de lois vers les questions de compétence du juge et de circulation des jugements* »⁴⁴². La littérature contemporaine qui propose un rôle de gouvernance au droit international privé envisage en effet la discipline dans son entier, aussi bien en ce qui touche l'importance de l'application des lois étrangères⁴⁴³ qu'en ce qui concerne les règles relatives au conflit de juridictions, censées remplir une « *importante fonction régulatrice* »⁴⁴⁴ au même titre que la loi applicable⁴⁴⁵. Les règles sur la compétence des

que le législateur se serait aperçu de l'influence que le conflit de juridictions exerce sur le règlement matériel de l'espèce. Dans les cas où des traités internationaux n'auraient pas déterminé ces critères, l'ordre juridique du for pourrait élaborer ses propres règles, qui seraient ensuite bilatéralisées. Vu cependant l'impossibilité pratique d'avoir des règles de conflit bilatérales en matière de conflit de juridictions, l'auteur propose que dans les cas où ces règles désigneraient un for étranger, le juge s'efforcera au maximum pour « *imiter quant à une question déterminée la solution de l'État [étranger]* » : Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi*, *op. cit.*, pp. 46-48, § 45. La proposition faite par l'auteur, et la « *tendance* » qui aurait dû se manifester « *tout naturellement* » d'éliminer les cas de compétence facultative, ne s'est pourtant pas produite en droit positif, les cas de compétence exclusive restant marginaux, et la discipline ne cessant d'évoluer vers une juridictionnalisation et une privatisation de plus en plus poussées. Comme contrepoids à cette réalité, une partie de la doctrine retient tout de même que l'exercice du droit d'option en matière juridictionnelle dans le seul but d'obtenir un résultat substantiel devrait être assimilé à une fraude : v. S. CLAVEL, « *La place de la fraude en droit international privé contemporain* », *op. cit.*, citant P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Rép. Dalloz Droit international*, v° Fraude à la loi, n° 51.

⁴⁴¹ Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi*, *op. cit.*, p. 47 (souligné dans l'original). L'auteur cite sur ce point E. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Berlin : W. de Gruyter, 1949.

⁴⁴² D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, *op. cit.*, p. 27, n° 22.

⁴⁴³ V. notamment R. WAI, « *Conflict and comity in transnational governance : Private international law as mechanism and metaphor for transnational social regulation through plural legal regimes* », in Christian JOERGES, Ernst-Ulrich PETERSMANN (eds.), *Constitutionalism, multilevel trade governance and international economic law*, Oxford and Portland : Hart Publishing, 2011, pp. 229-262.

⁴⁴⁴ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, *op. cit.*, p. 27, n° 22.

⁴⁴⁵ V. pour une approche générale R. WAI, « *Transnational Lifftoff and Juridicial Touchdown* », *op. cit.*

tribunaux vont ainsi outre une fonction essentiellement procédurale et facilitatrice. L'identité de la juridiction compétente et la liberté dont disposent les parties pour y accéder jouent un rôle aussi déterminant dans la réglementation du rapport international que le régime normatif applicable selon les règles de droit international privé – ne serait-ce que parce que ce dernier sera étroitement lié à l'ordre juridique auquel est rattaché le tribunal saisi⁴⁴⁶.

B. La prise en compte d'aspects procéduraux dans le déplacement vers un for donné

274. Les avantages pouvant encourager un justiciable à porter sa demande devant un for donné commencent par le cadre procédural dans lequel la question sera jugée. Celui-ci inclut tout d'abord des données concrètes, telles que le coût et la durée du procès, l'accès à l'aide juridique et le degré de spécialisation du tribunal dans les affaires du type de celle des parties. Il comprend ensuite des règles spécifiques encadrant l'accès au juge, aussi bien dans les obstacles à la prise d'une décision immédiate de la part du juge (comme le mécanisme mis en place par le *forum non conveniens*), qu'en élargissant le champ de la compétence afin de permettre aux parties d'être entendues (par des règles fondées sur le *forum necessitatis*).

275. Ensuite, la localisation du tribunal aura un impact indirect sur la solution matérielle du litige en raison du caractère étatique des règles de droit international privé. Le fait qu'il n'existe pas un système universel de détermination de la loi applicable implique que la situation pourra être soumise à un droit distinct d'un ordre juridique à l'autre⁴⁴⁷. Si ces différents droits conduisent à des solutions distinctes, les justiciables

⁴⁴⁶ La compétence juridictionnelle joue également un rôle important dans le contentieux des droits de l'homme, assurant par l'accès à la justice un point de contact entre un défendeur ayant exercé sa mobilité de manière à anéantir ses obligations en la matière, et un ordre juridique devant lequel il serait responsable. Dans ces hypothèses, il est donc possible de concevoir un *forum shopping* profitant à des parties vulnérables, qui en accédant au savoir juridique par le moyen d'avocats ou d'ONG, réclament leurs droits là où elles ont plus de chances de succès : à l'étranger. V. en ce sens : R. WAI, « Transnational Lifftoff and Juridicial Touchdown », *op. cit.* ; H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », *RIDE* 2010, pp. 103-121 ; H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.*

⁴⁴⁷ Il sera question par la suite qu'au-delà du particularisme des règles de droit international privé, la mobilité internationale est actuellement motivée par l'application unilatérale de la *lex fori* dans certains domaines : v. *infra*, §179 et s.

seront encouragés à inclure cette variable dans la planification de leur rapport. Dans la mise en œuvre de règles bilatérales de droit international privé, le for exercera également une influence importante dans le cadre de la qualification *lege fori*. Celle-ci constitue une clé de lecture du droit étranger l'imprégnant, inévitablement, des conceptions du for, pouvant même être un instrument pour réaliser certaines finalités substantielles⁴⁴⁸.

Dans la mise en œuvre des lois de police et des mécanismes correcteurs qui ont fait l'objet du chapitre précédent⁴⁴⁹, les valeurs et limites du for jouent également un rôle important⁴⁵⁰. Dans ces hypothèses, la *lex fori* peut être appliquée aussi bien en raison de son caractère internationalement impératif (lois d'application nécessaire), qu'à titre subsidiaire, lorsque la loi étrangère aura été écartée au nom de l'exception d'ordre public international ou de fraude à la loi.

276. Finalement, dès lors que les parties s'intéressent au sort de la décision rendue, l'identité du tribunal recouvre également un rôle important. La vocation pour un jugement à circuler et à être reconnu et exécuté plus ou moins facilement par d'autres ordres juridiques dépend en effet des instruments internationaux applicables dans l'État du for⁴⁵¹, ainsi que par le choix, en matière d'arbitrage, d'une institution dont les sentences sont reçues plus facilement par les ordres étatiques⁴⁵².

L'efficacité du jugement peut également être affectée par la réputation dont jouit la juridiction l'ayant rendu, comme illustré par l'affaire *Lloyd's* dans le chapitre

⁴⁴⁸ V. à ce propos Phocion FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, *op. cit.*, pp. 20-28.

⁴⁴⁹ Sur la relativité des mécanismes encadrant l'autonomie, v. *supra*, §138 et s.

⁴⁵⁰ Phocion FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, *op. cit.*, pp. 46-47. Sur la non-exclusivité de la règle de conflit dans le règlement des problèmes de droit international privé, v. *id.*, pp. 1-53.

⁴⁵¹ C'est notamment le cas en Europe, sous l'égide du Règlement Bruxelles I bis et de la Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano).

⁴⁵² Est notable l'exemple du CIRDI, dont l'exequatur ne sera soumis qu'à la vérification de l'authenticité de la sentence (Convention de Washington, art. 54.1 : « Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État » ; v. aussi Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention. A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, New York : Cambridge University Press, 2001, p. 1114.

précédent. Selon le critère abstrait retenu par la jurisprudence américaine pour déterminer la conformité d'une décision au principe de *due process of law*⁴⁵³, un refus de reconnaissance ne serait admissible qu'aux seuls jugements émanant « *d'un système qui ne garantit pas des tribunaux impartiaux ou des procédures compatibles avec les exigences du due process of law* »⁴⁵⁴. *A contrario*, les jugements émanant de systèmes qui, selon le for devant lequel on demande la reconnaissance, ne remplissent pas ces critères, risquent de ne pas être admis. Une telle démarche d'exclusion peut être incorporée dans la stratégie contentieuse, donnant aux justiciables opposés à la reconnaissance d'un jugement la possibilité de le contester en délégitimant le système duquel il émane⁴⁵⁵.

Paragraphe III. Les effets de la décision sur la compétence sur la sauvegarde d'intérêts affectés négativement par la stratégie individuelle

277. Une décision sur la compétence, en conséquence de son caractère détaché des aspects matériels de l'affaire, risque de porter atteinte à certains des intérêts en présence, en empêchant aux parties qui les représentent d'avoir accès à un espace leur permettant de revendiquer la sauvegarde de ces intérêts. Cette problématique sera illustrée par deux décisions déboutant la demande d'une partie qui souhaite agir devant des tribunaux autres que ceux compris dans la stratégie des justiciables mobiles. Tout d'abord, depuis la perspective du cas de Mme Rado, sur le fondement du principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage international (A). Ensuite, partant des

⁴⁵³ V. *supra*, §164.

⁴⁵⁴ *The Society of Lloyd's v. Ashenden*, précité, c'est nous qui traduisons. V. aussi sur cette affaire Horatia MUIR WATT, « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *op. cit.*, para. 20 (c'est nous qui soulignons) ; K. TRILHA SCHAPPO, « La neutralisation des lois de police protectrices par des clauses de désignation de for arbitral ou étatique : Une analyse à partir de l'affaire *Lloyd's* », Mémoire de conclusion du Master 2 Recherche Droit international privé et du commerce international, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011, p. 22.

⁴⁵⁵ Une telle stratégie aurait été suivie lors de l'affaire *Chevron*, où les moyens soulevés par la multinationale contre l'efficacité du jugement équatorien, ainsi que la décision du juge Kaplan dans le contentieux fondé sur la loi RICO (v. *supra*), peuvent être lus comme étant articulés autour de l'idée de *failed Latin America* : J. ESQUIROL, « Comparative law in action : the Chevron Ecuador litigation », Université de Turin, séminaire présenté le 20 mai 2013, qui développe des idées présentées dans l'article « The Latin American Tradition of Legal Failure », *Comparative Law Review* vol. 1, 2011, p. 2.

affaires qui opposent une société et les victimes d'une activité réalisée à l'étranger, sur le fondement de l'exception de *forum non conveniens* (B).

A. L'impact de la décision sur la compétence en matière de conventions d'arbitrage conclues avec des parties faibles

278. L'affaire *Lloyd's*, discutée antérieurement⁴⁵⁶, illustre les limites du cadre imposé par un ordre juridique pour limiter la portée de l'autonomie des parties dans le choix de la loi applicable. Le cas de Mme Rado est proche de l'affaire *Lloyd's* en ce qu'une clause d'élection de for (ici, arbitral) a été le véhicule du « déplacement » de la partie plus forte vers un système juridique plus favorable à ses intérêts. Si la stratégie dans le cas de l'assureur britannique était nécessairement déduite des avantages normatifs offerts par le Royaume-Uni, dans le cas de Mme Rado il n'est pas évident que Paine Weber, la société d'investissements américaine, aurait un avantage au fond. Son principal intérêt découle plutôt de la planification de futurs litiges – une clause arbitrale, une procédure sous l'égide d'une association à laquelle la société était rattachée, un tribunal devant être constitué aux États-Unis. Dans le cas de Mme Rado, il n'a pas été question de l'application (ou non) de normes impératives protégeant la partie faible⁴⁵⁷. L'affaire en est restée à la question de la compétence des tribunaux français, au-delà de laquelle il n'a pas été possible de poursuivre en raison du principe de compétence-compétence⁴⁵⁸.

279. L'affaire *Dame Rado* n'est pas la première dans la jurisprudence en matière de clauses compromissoires conclues avec des consommateurs⁴⁵⁹, mais il s'agit d'un exemple très parlant en raison des circonstances dans lesquelles le contrat en cause a été

⁴⁵⁶ V. *supra*, §138 et s.

⁴⁵⁷ S'il en avait été question, nous aurions tenu pour les arbitres le même raisonnement que pour les juges étatiques. Sur l'application des lois de police par les tribunaux arbitraux, v. Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale*, *op. cit.*

⁴⁵⁸ Il est possible, en consultant le site internet de l'association sous l'égide de laquelle l'arbitrage aurait été conduit, de constater que la procédure n'a pas été initiée.

⁴⁵⁹ La jurisprudence s'était en effet déjà prononcée dans le sens de la compétence du tribunal arbitral lors de l'affaire *Jaguar* de 1997 : Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. GAILLARD ; *Rev. crit. DIP* 1998.87, note V. HEUZE.

conclu. En effet, à la différence de l'affaire l'ayant précédée, qui mettait en cause l'achat d'une voiture de luxe par un consommateur aisé, dans le cas de Mme Rado il était question d'un contrat portant sur des produits financiers conclu à la suite d'un démarchage à domicile, en langue étrangère (l'anglais, alors que la consommatrice était française et domiciliée en France), et aboutissant dans la perte de la totalité du montant investi. Les tribunaux français saisis par la consommatrice se sont déclarés incompétents au profit du tribunal arbitral (qui selon le contrat devait avoir son siège à New York). En vertu du principe de compétence-compétence, seul l'arbitre pouvait statuer sur la régularité de la clause compromissoire.

280. L'impact de la volonté sur la situation d'une partie vulnérable dans l'affaire *Dame Rado* ne se limite ainsi pas à la mise à l'écart d'un régime matériel protecteur, mais conduit à rendre l'accès à la justice par la consommatrice matériellement plus difficile. L'arbitrage à l'étranger présente en effet un coût trop important par rapport aux ressources de la partie faible, ainsi qu'au montant au litige.

Cette lacune peut être corrigée par des mécanismes déjà connus en droit positif qui, sans déduire un chef de compétence exclusif du champ d'application des lois de police⁴⁶⁰, limitent l'efficacité de l'élection de for par rapport à des catégories de justiciables considérés plus vulnérables. Dans la jurisprudence française de droit du travail, la compétence exclusive retenue par le Conseil de prud'hommes conduit à rendre une clause compromissoire stipulée dans un contrat de travail inopposable au salarié⁴⁶¹. Le même raisonnement a été poursuivi par la Cour de Justice des Communautés européennes, qui dans l'affaire *Dame Claro* a écarté l'effet d'une clause compromissoire à l'encontre d'une partie consommatrice, sur le fondement de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives⁴⁶². Cette décision impose une

⁴⁶⁰ Sur l'opportunité de cette solution, v. *supra*, §141-143.

⁴⁶¹ Les arrêts de principe datent du 16 février et 4 mai 1999, et le dernier date du 28 juin 2005. V. E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », *TCF.DIP*, 2004-2006, pp. 135-164, spéc. pp. 145-146 ; A. SINAY-CYTERMANN, « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation international », *Rev. crit. DIP* 2009.427.

⁴⁶² CJCE 26 octobre 2006, *Claro*, *Rev. arb.* 2007, p. 109, note Laurence IDOT ; *JCP* 2007, p. 16, n° 1, chron. Ch. SERAGLINI ; *JDI* 2007, p. 581, note A. MOURRE. Puisque le renvoi à l'arbitre effectué par la jurisprudence française est fondé sur l'affirmation que la clause compromissoire ne serait pas « *manifestement nulle* », une prise de position claire de la part de la Cour

interprétation uniforme du texte communautaire, et implique donc une mise en conformité de la solution française. L'angle mort résultant de l'imposition d'une clause compromissoire à une partie faible peut ainsi être évité par la reconnaissance de chefs de compétence exclusifs fondés non pas sur le champ d'application d'une loi de police, mais sur une catégorie de justiciables que l'on entend protéger tenant compte notamment des difficultés matérielles liées à l'accès à la justice.

B. L'impact de la décision de *forum non conveniens* à l'encontre des victimes de dommages causés par l'activité de la filiale étrangère d'une société établie sur le territoire du for

281. Lors de la première phase du contentieux Chevron, Maria Aguinda et son groupe, qui ont agi aux États-Unis à l'encontre de Texaco, ont été invités à mieux se pourvoir en vertu de l'exception de *forum non conveniens*⁴⁶³. Le contentieux initié en Équateur à la suite de cette décision a, malgré sa longueur, conduit favorable aux intérêts des parties : la pétrolière a été condamnée à verser 18 milliards de dollars américains aux victimes, montant qui a été réduit à la moitié par la suite, mais qui demeurerait significatif. Le sursis à statuer des tribunaux américains sur le fondement de l'exception de *forum non conveniens* peut cependant avoir un impact critique sur l'accès des parties à une réparation adéquate, ce qui peut être illustré par l'affaire *Bhopal*.

282. Le désastre de Bhopal en 1984 fournit un exemple de déplacement vers un pays présentant un cadre avantageux pour le développement d'une activité. Union Carbide, société américaine spécialisée dans l'industrie chimique, a installé une unité de production dans la ville de Bhopal, en Inde. Quoique l'activité se soit déroulée en accord avec la réglementation locale, celle-ci était peu exigeante, et une gestion négligente des risques a culminé dans un grave accident⁴⁶⁴. Les victimes ont essayé

européenne quant au caractère abusif de la clause devrait changer la façon par laquelle le juge apprécie le caractère manifeste de l'illicéité de la clause.

⁴⁶³ U.S. court of appeals, 2nd circuit, 16 août 2002, *Aguinda v. Texaco*, préc. note 5.

⁴⁶⁴ Selon Union Carbide, l'explosion a causé la mort à 5.200 personnes (<http://www.bhopal.com/>). L'ONG Bhopal Medical Action soutient que 25.000

d'agir en réparation à l'encontre d'Union Carbide aux États-Unis, dans l'espoir d'obtenir réparation en application de la loi de l'État du siège de la société mère. Le premier défi dans l'établissement de la compétence – l'assimilation d'Union Carbide au défendeur – a pu être surmonté par les parties qui, en établissant que le risque d'accident imminent à Bhopal était connu par la société mère, ont pu percer le voile de la personnalité morale. Leur position n'a cependant pas pu être entendue devant les tribunaux américains en vertu de l'exception de *forum non conveniens*⁴⁶⁵. Celles-ci ont alors dû se contenter d'un procès en Inde, et leur réparation a été limitée aux ressources d'un fonds national d'indemnisation⁴⁶⁶.

283. Une analyse approfondie de ce type d'affaires exige l'adoption d'une perspective globale, qui ne se limite pas au rattachement immédiat du lieu où se réalise l'activité, mais qui prend également en compte l'État d'origine de la société ou encore l'État où ses produits sont commercialisés. Cet élargissement du cadre analysé permet de tenir compte non seulement des règles applicables dans chaque pays, mais également du décalage parmi ces normes, ainsi que des effets de ce décalage dans la chaîne. La question de droit privé soumise au juge n'est ainsi qu'une facette de cet environnement normatif complexe, souvent caractérisé par des conflits et des lacunes, où interagissent le droit des contrats, le droit du travail, le droit de la responsabilité, le droit douanier, le droit de l'environnement, le droit de l'urbanisme, etc.⁴⁶⁷ Ces différents corps de règles, rattachés chacun à une logique propre, finissent par imposer un traitement fragmenté à une situation certes hétérogène, mais globalement enchaînée, de sorte que le règlement finalement reconnu à l'exercice de la mobilité se révèle insatisfaisant – les intérêts des

personnes sont décédées dans les trente ans qui ont suivi l'accident (<http://bhopal.org/what-happened/union-carbides-disaster/>).

⁴⁶⁵ U.S. court of appeals, 2nd circuit, 14 janv. 1987, *In re Union Carbide Corporation gas plant disaster at Bhopal, India in December, 1984*, préc.

⁴⁶⁶ Supreme court of India, 14 fév. 1989, *Union Carbide Corporation v. Union of India and others*, préc.

⁴⁶⁷ Voir, en ce que le manque d'harmonie dans l'articulation de ces compétences contribuerait à la création de problèmes de régulation insuffisante ou inadéquate (*regulatory gaps*) : W. W. BUZBEE, « Recognizing the Regulatory Commons: A Theory of Regulatory Gaps », *op. cit.*

salariés locaux et de la communauté exposée à un dommage environnemental ne sont pas suffisamment sauvegardés⁴⁶⁸.

284. En outre, dès lors qu'il est question de rétablir l'équilibre parmi les intérêts affectés par un exercice individuel de volonté, il convient de tenir compte du fait que les parties à même de représenter ces intérêts peuvent également tirer profit du cadre juridique global et fragmenté dans lequel la situation s'insère. L'affaire *Bhopal* est un exemple pionnier de tentative, par des grands cabinets internationaux, d'obtenir des dommages-intérêts plus élevés devant les tribunaux d'un État autre que celui où se trouvent les victimes. Malgré le fait que dans cette affaire l'exception de *forum non conveniens* n'ait pas permis aux parties d'avoir accès à un dédommagement devant les tribunaux des États-Unis, ce type de contentieux n'a pas cessé d'évoluer, sur le fondement d'autres institutions utilisées par des praticiens créatifs afin d'augmenter leurs chances de succès. Face à l'opacité de mécanismes tels que le *forum non conveniens*, le défi pour ces praticiens est de faire entrer la situation dans le champ de vision de l'ordre juridique saisi par un autre moyen. La responsabilité de la société peut être engagée, par exemple, sur le fondement de l'*Alien Tort Statute*, du droit de la consommation⁴⁶⁹ ou, dans un exemple plus récent, du devoir de contrôle qui peut être déduit de la position dominante d'une société dans une chaîne de production⁴⁷⁰.

Du point de vue de la gouvernance des activités liées à la globalisation économique, ces nouveaux instruments de contestation sont importants en ce qu'ils contribuent à éviter que le manque d'outils juridiques en droit local ne soit gage d'impunité⁴⁷¹. Le risque d'avoir sa responsabilité engagée pourrait alors être considéré

⁴⁶⁸ Une catastrophe plus récente a soulevé ce même type de questions : l'écroulement le 24 avril 2013, à Dacca, au Bangladesh, de l'édifice Rana Plaza, qui a causé la mort à 1.127 ouvriers. Le bâtiment abritait cinq ateliers de confection dans ses neuf étages, où des vêtements étaient produits pour le compte de sociétés étrangères qui les revendaient tout autour du globe. Le désastre, pire accident industriel depuis Bhopal, a donné lieu à des poursuites au Bangladesh, mais le fait que les sociétés étrangères n'étaient pas directement responsables pour la production à Dacca a constitué un obstacle aux attentes, de la part des consommateurs finaux, d'engager leur responsabilité.

⁴⁶⁹ Cour suprême de Californie, *Mark Kasky v. Nike, inc.*, 27 Cal 4th 939, 45 P 3d 243, 119 Cal Rptr 2d 296 (2002).

⁴⁷⁰ U.S. court of appeals, 9^e circuit, *Doe v. Nestlé USA, inc.*, 766 F.3d 1013, 1025 (2014)

⁴⁷¹ Il convient de rappeler à ce propos que même une atteinte environnementale à l'échelle locale (rendue possible, par exemple, par une régulation laxiste en termes de recyclage des

par une société lors de la planification de son activité en même temps qu'une éventuelle réduction des coûts liés à la sécurité et à la protection de l'environnement. À défaut d'un encadrement satisfaisant, la population de l'État d'accueil reste otage d'un développement technologique trop rapide et pas supporté techniquement par les moyens à disposition, devant faire face à des risques trop importants par rapport à l'avantage économique qu'elle peut tirer de la globalisation.

Section II. L'adaptation des décisions en matière de compétence guidées par un objectif de justice matérielle

285. La pratique française de droit international privé connaît depuis longtemps la possibilité de retenir la compétence des juridictions françaises pour garantir qu'un justiciable puisse accéder à la justice. La compétence fondée sur besoin d'éviter un déni de justice a été initialement forgée pour admettre un cas spécifique de compétence dans un temps où celle-ci n'était pas retenue dans des cas opposant des étrangers. Le principe précède ainsi l'influence pouvant être exercée sur la discipline par des sources comme la Convention européenne des droits de l'homme – ce qui peut suggérer son origine en tant que principe « autonome », développé au sein du droit international privé pour adapter un résultat jugé injuste⁴⁷². La pratique contemporaine qui reconnaît la compétence fondée sur le déni de justice reste cependant plutôt influencée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, même si l'affaire plus récente a adapté la décision sur la compétence en se fondant sur l'ordre public international⁴⁷³.

déchets toxiques) peut avoir des effets polluants qui dépassent les frontières de l'État où la pollution a eu lieu, ne serait-ce que par son impact sur des catastrophes globales, telles que le réchauffement climatique. V. à ce propos le contentieux du changement climatique : H. OSOFSKY, « The Geography of Climate Change Litigation: Implications for Transnational Regulatory Governance », *Washington University Law Quarterly* vol. 83, 2005, pp. 1789-1885.

⁴⁷² Cette dynamique entre règle de droit international privé et adaptation afin d'obtenir un résultat plus juste apparaît dans les arrêts fondateurs du principe : « *les tribunaux français sont incompétents pour statuer entre étrangers [...]; à la vérité, il est fait exception à cette règle lorsqu'il est établi qu'aucun autre tribunal que le tribunal français ne pouvait connaître du litige, de telle sorte qu'une déclaration d'incompétence enlèverait à l'étranger tout moyen d'obtenir justice* » : Cass. civ., 30 avril 1927, réf. V. sur cette question L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

⁴⁷³ Cass. soc. 10 mai 2006, *Clunet* 2007, p. 531, note J.-M. JACQUET ; *JCP G* 2006, p. 1405, note S. BOLLEE.

Une distinction dans la pratique concernant l'admission de la compétence des tribunaux français afin de garantir l'accès du justiciable à la justice oppose la jurisprudence de la chambre civile de la Cour de cassation à celle de la chambre sociale. Alors que la chambre sociale démontre un souci plus marqué vers une analyse concrète des cas et la réalisation de la justice à l'égard du demandeur (**Paragraphe I^{er}**), la chambre civile suit un raisonnement plus formel, quoique parfois guidé par des considérations concrètes dans des matières qui touchent plus directement aux intérêts plus proches à sa propre rationalité dominante : celle qui veille au bon déroulement du commerce international (**Paragraphe II**).

Paragraphe I^{er}. La jurisprudence de la chambre sociale : la flexibilité des solutions au service de la sauvegarde des intérêts du demandeur, partie faible.

286. La dernière affaire ayant retenu la compétence des juridictions françaises en dépit de l'absence d'un rattachement la justifiant selon des critères objectifs a été rendue par la chambre sociale de la Cour de cassation dans l'affaire *Époux Moukarim c/ Isopehi*⁴⁷⁴. La jeune fille avait été embauchée au Nigeria par un national britannique au service duquel elle « *avait été placée par des membres de sa famille, avec l'obligation de le suivre à l'étranger, une rémunération dérisoire et l'interdiction de revenir dans son pays avant un certain temps, son passeport étant retenu par l'épouse de son employeur* »⁴⁷⁵. De passage à Nice avec son employeur, Stella Isopehi s'enfuit de son lieu travail et a présenté devant le Conseil des prud'hommes une demande de paiement d'un rappel de salaires et de l'indemnité forfaitaire de travail dissimulé. L'employeur a soulevé l'incompétence des juridictions françaises en invoquant le lieu d'exécution du contrat de travail (à Lagos, au Nigeria). Le moyen n'a cependant pas été accueilli. Selon la chambre sociale de la Cour de cassation, « *l'ordre public international s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France et qui a été élevé par un salarié placé à son service sans manifestation personnelle de sa volonté et*

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ *Ibid.*

employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle ». La juridiction a ainsi retenu sa compétence sur le fondement de l'ordre public international, qui aurait donc exigé un tempérament des règles ordinaires sur le conflit de juridictions.

287. Quoique le fondement de l'ordre public international ait été critiqué par une partie de la doctrine en fonction de la confusion méthodologique qu'il inspire⁴⁷⁶, ce qui est particulièrement remarquable est le fait que la Cour se soit inspirée de ce seul corps de principes pour prendre une décision qui, malgré le vocabulaire maladroit, vise à adapter une décision sur la compétence qui aurait conduit à un résultat concret injuste selon la conception de justice sociale du droit français.

288. Plusieurs décisions rendues par la chambre sociale dans des affaires opposant des salariés à des organisations mondiales adaptent en outre le résultat imposé par les règles sur la compétence afin d'éviter un déni de justice. Si la doctrine avait auparavant pu retenir que la compétence fondée sur le besoin d'éviter un déni de justice n'aurait pas pu prévaloir face à une immunité de juridiction⁴⁷⁷, la chambre sociale a dès les premières affaires fait preuve de flexibilité et de pragmatisme dans l'analyse des circonstances concrètes de chaque cas. Toutefois, malgré le fait que les premiers arrêts remontent aux années 1980, la Cour ne s'est retenue compétente que dans une décision de 2005, où il était question d'un litige entre un salarié et la Banque africaine de développement. À l'image des décisions l'ayant précédé, la décision est déduite d'une analyse concrète et pragmatique des moyens dont dispose le demandeur pour accéder effectivement à la justice – notamment en fonction des voies disponibles au sein de l'organisation internationale elle-même, qui doivent garantir le déroulement d'un procès équitable. Or dans l'espèce en question, un examen détaillé des faits faisait apparaître que la Banque africaine de développement « *n'avait pas institué en son sein un tribunal ayant compétence pour statuer sur des litiges de cette nature, l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constituant un déni de justice fondant*

⁴⁷⁶ V. le commentaire à l'arrêt par Etienne Pataut et Petra Hammje, « De l'ordre public universel et de l'esclavage domestique », *Rev. crit. DIP*, 2006.856.

⁴⁷⁷ P. LAGARDE, note : *Rev. crit. DIP* 1984.347, *Jurisclasseur* Fasc. 581-21, § 91.

la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France »⁴⁷⁸. Les décisions plus récentes en la matière ont suivi le même raisonnement, concluant toutefois sur l'existence de voies de recours alternatives et écartant donc la compétence des juridictions françaises⁴⁷⁹.

Paragraphe II. La jurisprudence de la première chambre civile : le respect formel des mécanismes et la sauvegarde des intérêts du commerce international.

⁴⁷⁸ Cass. soc., 25 janv. 2005, *Clunet* 2005, p. 1142, note L. CORBION. Cette solution a été ultérieurement reprise par la Cour d'appel de Paris pour mettre à l'écart l'immunité du Haut-commissariat des Nations Unies, aux motifs que « [l]es contrats conclus entre le [Haut-commissariat des Nations Unies] et le [salarié] ne contiennent aucune clause compromissaire et il n'est pas établi qu'à l'époque de la rupture, l'intéressé disposait au sein de l'organisation internationale d'un tribunal ayant compétence pour statuer sur des litiges de cette nature et par conséquent d'une voie autre que la saisine des juridictions nationales pour faire valoir ses droits. L'immunité de juridiction édictée au bénéfice du HCR mettant l'intéressé dans l'impossibilité de saisir une juridiction pour contester la rupture de son contrat et par conséquent d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et ainsi d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international aboutissant à un déni de justice, il convient de retenir la compétence de la juridiction française compte tenu de la nationalité française de l'intéressé et des dispositions générales de l'accord de siège conclu entre le gouvernement français et le HCR instituant la délégation pour la France qui prévoit que dans l'exercice de ses activités, il sera soumis aux lois et règlements en vigueur sur le territoire métropolitain français » : Paris, 7 novembre 2006, pourvoi n° S04/35991.

⁴⁷⁹ Ainsi, dans une affaire opposant un salarié à l'OCDE, la chambre sociale s'est refusé de passer outre l'immunité de l'organisation internationale dès lors que « la cour d'appel a constaté d'une part, qu'aux termes des articles 16 et 22 du statut du personnel de l'OCDE, il a été institué au sein de cette organisation un tribunal administratif dont la mission est de juger les litiges d'ordre individuel, que ce tribunal comprend trois juges qui sont désignés par ce conseil, organe composé des représentants des États membres de l'OCDE, pour une durée de trois ans en dehors du personnel de l'organisation, parmi des personnes offrant des garanties d'impartialité et qui sont des juristes ou d'autres personnes hautement qualifiées en droit du travail ou de la fonction publique, ou dans le domaine des relations du travail, et qui, aux termes de l'article 8 de l'annexe II du statut "exercent leurs fonctions avec impartialité et en toute indépendance", a relevé d'autre part, que les séances sont publiques, à moins que le tribunal n'en décide autrement d'office ou à la demande des parties, que les dates des séances sont publiées sur une liste accessible aux agents, aux délégations, et à l'association du personnel, que les jugements sont rendus par écrit » : Cass. soc. 29 sept. 2010, pourvoi n° 09-41.030, 1804, *RJS* 2010, p. 864, *JCP S* n° 4, 2011, p. 51, note J.-Ph. TRICOIT. La décision suit tout de même une analyse détaillée des circonstances factuelles établies par la Cour d'appel – la seule existence d'un tribunal spécialisé dans les litiges opposant l'organisation internationale à ses salariés n'aurait, à la lecture de l'arrêt, pas suffi pour écarter l'immunité : il faudrait encore que ce tribunal respecte des conditions pour que la décision rendue soit considérée juste. Une décision dans le même sens (quoique fondée sur l'ordre public international) avait déjà été retenue dans une affaire opposant un salarié à l'UNESCO : Cass. soc. 11 fév. 2009 (pourvoi n° 07-44.240, *Clunet* 2009, p. 1247, note L. CONDE), ainsi que dans une espèce concernant l'organisation Européenne de télécommunications par satellite (EUTELSAT) : Cass. soc., 5 juin 2001, pourvoi n° 98-44.996.

289. Lors de l'affaire *NIOC v. Israël*⁴⁸⁰, la Cour de cassation a été interrogée quant à l'opportunité de retenir sa compétence alors que les faits ne présentaient normalement pas les conditions de proximité requises. L'espèce opposait une société iranienne à l'État d'Israël dans une question de procédure arbitrale. L'État se refusait à indiquer un arbitre, et pour justifier la compétence du juge français pour le choisir à sa place, la société soulevait l'impossibilité de présenter cette demande au juge iranien ou israélien, ce qui résulterait donc dans un déni de justice. Quoique le lien de la situation avec la France ait été tenu –le pouvoir conféré par les parties au président de la CCI pour désigner le troisième arbitre⁴⁸¹–, la Cour de cassation a suivi la décision de la Cour d'appel qui retenait sa compétence pour garantir à la société NIOC l'accès au juge. Ainsi, il a été décidé que « *l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6§1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France* ». Cette décision, intervenue quelques jours après l'arrêt de la chambre sociale retenant sa compétence à l'égard de la Banque africaine de développement, suit un raisonnement similaire à cette dernière, fondant cependant la solution sur la Convention européenne des droits de l'homme en même temps que sur l'ordre public international. Deux remarques restent à faire à ce sujet.

290. Tout d'abord, la solution dans l'affaire *NIOC* a suivi une analyse très formelle des circonstances de la procédure. Plus que la situation des parties ou les

⁴⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, *Rev. Arb.* 2005, p. 693, note H. MUIR WATT.

⁴⁸¹ Sur la condition de proximité avec la France pour établir la compétence des juridictions françaises au titre de « for de nécessité », v. la décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 20 mars 2003, pourvoi n° 2001/11398 : « *[e]n l'absence de compétence internationale des juridictions françaises, les conditions du for de nécessité résident dans l'impossibilité pratique de saisir un tribunal étranger et réclament l'existence de liens suffisants du litige avec la France. Le demandeur ayant invoqué l'existence d'un risque de déni de justice en soutenant l'absence d'indépendance des juridictions tunisiennes et en niant à la Tunisie la qualité d'État de droit, les conditions du for de nécessité en France ne sont pas réunies s'agissant d'un litige relatif à une spoliation commise en Tunisie opposant une personne morale des Iles Cayman à des défendeurs tunisiens dont aucun n'est domicilié en France* ».

chances réelles d'obtenir justice, il a surtout été question des conditions matérielles pour que la société puisse avoir recours à l'arbitrage. La solution n'a été prise qu'après le constat de l'impossibilité effective de recourir à tout autre juge *afin de voir le tribunal arbitral constitué*. À aucun moment il n'a été question des tribunaux étatiques comme possibles fors alternatifs au tribunal arbitral – suivant par exemple une analyse comme celle dans les affaires de la Banque africaine de développement ou sur l'exception de *forum non conveniens*. Plus qu'un principe d'accès à la justice demandant une adaptation concrète et un examen casuistique des chances pour les parties d'obtenir une solution juste, l'affaire *NIOC* met en place un raisonnement exigeant pour une partie de respecter une clause contractuelle à laquelle elle a souscrit. Cette clause a en outre un aspect juridictionnel, ce qui ne limite pas la portée de la décision à un principe *pacta sunt servanda* élevé au rang de droit fondamental. C'est le droit d'accès au juge arbitral qui est visé en tant que tel.

Il est possible, à partir de cette décision, de distinguer le risque de déni de justice au fond du risque de déni de justice sur la question spécifique de la composition du tribunal arbitral. Depuis cette dernière perspective, le risque de déni de justice peut être envisagé comme ayant une portée très limitée, afin de permettre à un justiciable d'avoir accès à un juge qui soit en mesure de lui prêter main forte dans une question où aucun autre juge n'aurait été en mesure de le faire. Il ne serait ainsi pas question de rechercher si le justiciable aurait pu avoir accès à la justice dans un autre tribunal (étatique ou arbitral), mais de la satisfaction d'une prérogative que le droit français lui accorde. Reste savoir si le même raisonnement pourrait être transposé à d'autres affaires où le droit français serait le seul à accepter un certain type de demande.

291. Ensuite, demeure la question de savoir si l'ouverture démontrée par l'affaire *NIOC* va dans le sens d'une approche plus pragmatique des conditions d'accès à la justice – même face à une clause compromissaire. On pourrait donc s'attendre à ce que la position de la Cour de cassation dans une affaire comme *Dame Rado*⁴⁸² (où le caractère éloignée et coûteux d'une procédure arbitrale au consentement douteux⁴⁸³

⁴⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 115, note Xavier BOUCOBZA ; *RTD Com.* 2004, p. 447, obs. Eric LOQUIN.

⁴⁸³ Le contrat contenant la clause avait été conclu entre une banque américaine et une consommatrice française à la suite d'un démarchage à domicile, en langue anglaise. La clause

risquait de poser un obstacle insurmontable à l'accès par une partie consommatrice au juge) n'ait plus à se répéter. L'affaire *NIOC* présente également une évolution par rapport à la position de la chambre commerciale qui, quoique techniquement justifiée, écartait la possibilité de fonder sa compétence sur l'ordre public international⁴⁸⁴. Le demandeur dans cette affaire avait soulevé le moyen du risque d'un déni de justice, mais trop tardivement – la Cour de cassation l'a écarté car surabondant. Est tout de même à souligner le caractère stricte de cette décision, qui distingue la compétence fondée sur le déni de justice de celle tirée de l'ordre public international, et cela d'autant plus que la confusion ne cesse d'être répétée dans les affaires plus récentes en la matière.

292. Il ne reste ainsi qu'à espérer que le développement futur de la jurisprudence *NIOC* aille dans le sens d'une sauvegarde de l'accès à la justice de manière élargie, et non seulement dans le sens de protéger une clause compromissoire. Si la question d'un tribunal satisfaisant autre que le for peut se poser en matière d'arbitrage international, domaine dans lequel les règles des différents pays au monde ne sont pas toutes aussi détaillées que le droit français de l'arbitrage, elle se pose également à l'égard de la résolution matérielle d'un litige. Dans son arrêt du 11 juin 2002, la chambre commerciale de la Cour de cassation posa un principe intéressant sur le rapport entre compétence juridictionnelle et déni de justice : selon la Cour, ce dernier serait caractérisé dès lors qu'il est démontré par les parties que le jugement rendu par le tribunal étranger normalement compétent « *ne [pourrait] faire l'objet d'un exequatur en France* »⁴⁸⁵. Le fait que l'exception ne s'applique en principe qu'à l'égard d'une norme étrangère n'empêche donc pas le juge d'anticiper le contentieux étranger et de se déclarer compétent s'il constate que l'arrêt à venir serait en tout cas incompatible avec la conception française de l'ordre public international. La difficulté est que, dans une affaire comme celle de *Dame Rado* (ou une affaire quelconque mettant en cause une élection de for), le risque n'est pas tant celui que la décision étrangère soit en soi

compromissoire ne présentait pas la seule difficulté liée au coût d'une procédure arbitrale, mais stipulait également que celle-ci aurait lieu à New York.

⁴⁸⁴Cass. com. 11 juin 2002, pourvoi n° 00-13470, *Droit maritime français* 2002, p. 919, note L. RAISON-REBUFAT et O. REBUFAT. Selon la Cour, si l'exception d'ordre public « *permettait à une juridiction française d'écarter une loi étrangère qui normalement régirait le litige mais qui contreviendrait à cet ordre, n'autorisait pas d'écarter la compétence territoriale d'une juridiction étrangère au profit d'un tribunal français* ».

⁴⁸⁵ *Ibid.*

considérée un déni de justice, mais qu'il n'y ait point de décision. Certes, en matière de droit de la consommation, la jurisprudence de l'Union est venue sauvegarder les droits des parties faibles confrontés à des clauses compromissaires⁴⁸⁶. De manière générale, cependant, des affaires comme *NIOC*, *Banque africaine de développement* ou *Dame Rado* mettent en avant le besoin pour le juge d'envisager sa compétence de manière plus pragmatique face au besoin de garantir à un justiciable la possibilité d'accéder à un juge. Ce serait en effet regrettable que le tournant jurisprudentiel que représente l'affaire *NIOC* se limite à une portée sectorielle, circonscrite à la réalité de l'arbitrage, assimilant ainsi, le « déni de justice arbitral » seulement à un effet juridictionnel du principe *pacta sunt servanda*.

293. En matière d'immunités, la jurisprudence de la première chambre civile est plus stricte que celle de la chambre sociale quant à l'admission de la compétence des juridictions françaises sur le fondement d'un déni de justice⁴⁸⁷. Alors que les arrêts rendus par la chambre sociale dans des affaires opposant des salariés à des organisations internationales prennent en considération l'existence d'un tribunal satisfaisant au sein de l'organisation, les conditions retenues par la première chambre civile pour que l'immunité soit écartée sont beaucoup plus exigeantes⁴⁸⁸. En principe, il ne serait possible de surmonter l'immunité d'un État⁴⁸⁹ que face à la violation d'une règle relevant du *jus cogens*, ou encore en cas de renonciation « certaine, expresse et non équivoque » par l'État de son immunité⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ CJCE 26 octobre 2006, *Claro*, *Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. IDOT ; *JCP* 2007, p. 16, n° 1, chron. Ch. SERAGLINI ; *JDI* 2007, p. 581, note A. MOURRE.

⁴⁸⁷ V. pour la mise à l'écart du moyen fondé sur le déni de justice face à l'immunité de l'État défendeur, Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 1987, pourvoi n° 85-18.608.

⁴⁸⁸ V. Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, *Rev. crit. DIP* 2011.385, note P. CHEVALIER et Mme le conseiller PASCAL ; *Rev. crit. DIP*, 2011.716, note H. GAUDEMET-TALLON.

⁴⁸⁹ Certes, les motifs mis en avant mettent souvent l'accent sur la souveraineté de l'État étranger, de laquelle on déduit son immunité ; la même préoccupation serait de ce point de vue moins pressante à l'encontre d'une organisation internationale. La décision invoque également un précédent de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 21 nov. 2011, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *Clunet* 2002, p. 273, note O. DE FROUVILLE) retenant l'immunité de l'État, ce qui renforce sans doute sa position.

⁴⁹⁰ Dans sa décision sur la même affaire, la Cour d'appel de Paris a retenu une position encore plus stricte, décidant que « si l'octroi d'une immunité de juridiction aux États étrangers entraîne nécessairement une limitation au droit d'accès à un tribunal, elle ne porte pas à ce droit qui n'est pas absolu, une restriction disproportionnée au regard du but légitime poursuivi afin

294. Malgré les différentes solutions qui peuvent être identifiées dans la jurisprudence française, l'objectif de garantir qu'un justiciable accède à la justice peut justifier l'adaptation des décisions sur la compétence des tribunaux. La possibilité pour une partie d'être entendue par un for à même de lui reconnaître ses droits est aussi essentielle que l'on pourrait y reconnaître un principe propre au droit international privé, comme dans la théorie qui fera l'objet de la section suivante.

Section III. L'adaptation imposée par une dimension constitutionnelle du droit international privé

295. Jacco Bomhoff a identifié dans la jurisprudence britannique de droit international privé des décisions où le résultat formellement imposé par une règle fut adapté par rapport à des principes qui, selon les juges, n'étaient pas imposés par une source supranationale, mais étaient propres à la discipline en elle-même⁴⁹¹. Ce constat conduisit à la proposition par l'auteur de l'idée de *conflicts constitutionalism* : un corps de métarègles propres au droit international privé en tant que constitution sectorielle⁴⁹², auxquelles les décisions en la matière doivent se conformer. Ainsi, le soin de garantir l'accès à la justice des demandeurs dans la décision sur la compétence des tribunaux ne découle pas uniquement d'une obligation imposée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais d'une « *vision normative plus large, propre à la discipline, qui s'adresse aussi bien à des droits individuels qu'à des responsabilités*

d'observer le droit international. Il n'est pas établi que l'immunité de juridiction de l'État étranger entraînerait un déni de justice permettant de fonder la compétence de la juridiction française. Cette immunité ne saurait donc être considérée comme incompatible avec l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui ne peut en tout état de cause être valablement opposé à l'État étranger » : Paris, 16 janv. 2009, *Clunet* 2009, p. 864, note C. BRIÈRE.

⁴⁹¹ J. BOMHOFF, « The constitution of the conflict of laws », *Law Society and Economy Working Paper Series*, WP4/2014, London School of Economics and Political Science.

⁴⁹² Pour une analyse des différentes conceptions de constitutions sectorielles, v. G. TEUBNER, *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, 2012, pp. 15-41. Sur le pluralisme constitutionnel, l'auteur conclut : « *constitutions are everywhere in society : not only ubi societas, ibi jus, as Grotius once said, but ubi societas, ibi constitutio. Self-founding orders are developing at numerous places in society and are being stabilized by constitutional law* » (*Ibid.*, p. 35).

de l'État »⁴⁹³. On pourrait opposer à cette proposition le fait que les décisions en matière d'accès à la justice, principe qui illustre la théorie de Jacco Bomhoff, ne suivent pas le même raisonnement d'un ordre juridique ou d'un type de contentieux à l'autre. Il serait ainsi difficile d'y identifier un principe propre à la discipline (**Paragraphe I^{er}**). Cet argument peut toutefois être nuancé par une approche décentralisée de ces méta-normes qui, tout en étant limitées à leur particularisme, permettent au juge de rendre une décision plus adaptée, en mesure de mieux sauvegarder certains intérêts qui se trouvent menacés (**Paragraphe II**).

⁴⁹³ J. BOMHOFF, « The constitution of the conflict of laws », *op. cit.*, p. 11. Cette conclusion a été inspirée par les motifs mis en avant par Lord Birgham lors de l'affaire *Lubbe v. Cape*. À cette occasion, en répondant aux arguments des parties, le juge a estimé qu'il n'était pas nécessaire de répondre à la question relative aux obligations imposées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, soutenant que « *I do not think article 6 [of the ECHR] supports any conclusion which is not already reached on application of [the conventional, English conflict of laws] Spiliada principles* ».

Paragraphe I^{er}. L'accès à la justice en tant principe constitutionnel de droit international privé et le particularisme des décisions.

296. La prévisibilité et la sécurité juridique sont souvent présentées comme des principes majeurs dans la pratique du droit international privé. Toutefois, alors que ces objectifs ont été recherchés à l'exhaustion dans le système de détermination de la loi applicable par des règles bilatérales, les objectifs sous-jacents au conflit de juridictions n'ont jamais fait l'objet d'une réflexion aussi approfondie. Cet aspect de la discipline a souvent été perçu d'un point de vue utilitariste, poursuivant le but principal de faciliter la vie des justiciables⁴⁹⁴. La recherche d'un critère unique pour la détermination de la loi applicable ne s'est pas reproduite dans le domaine du conflit de juridictions – quoique la littérature ne puisse pas ignorer les effets du choix du tribunal sur la loi applicable au fond. Les contentieux mettant en cause des situations internationales complexes mettent en avant des aspects encore plus délicats de cette dynamique. Comme anticipé, le *forum shopping* animé par la poursuite d'une certaine solution matérielle ne se limite pas à une question de loi applicable, mais de l'environnement juridique dans lequel la décision sera prise : son droit procédural, ses avocats, ses précédents, et la conviction de ses juges. Une confrontation entre deux cas fait ressortir cette ambiguïté : les affaires *Bhopal*⁴⁹⁵, d'une part, et *Lubbe v. Cape*⁴⁹⁶, d'autre.

297. Dans les deux affaires il était question d'accidents industriels portant préjudice (immédiat et sur le long terme) à des milliers de victimes⁴⁹⁷. Plutôt que de demander réparation devant les tribunaux de leurs États d'origine (respectivement l'Inde et l'Afrique du Sud), les victimes se sont présentées devant les juridictions des États où étaient établies les sociétés mères des établissements responsables pour le dommage – les États-Unis pour le premier cas, et le Royaume Uni pour le second. Ces deux

⁴⁹⁴ V. *supra*, § 272.

⁴⁹⁵ U.S. court of appeals, 2nd circuit, 14 janv. 1987, *In re Union Carbide Corporation gas plant disaster at Bhopal, India in December, 1984*, préc.

⁴⁹⁶ House of Lords, 20 juillet 2000, *Lubbe v. Cape Plc*, [2000] UKHL 41.

⁴⁹⁷ Alors que l'affaire *Bhopal* se déroulait à la suite d'une explosion chimique ayant entraîné la dispersion d'un gaz létal (isocyanate de méthyle), l'affaire *Lubbe v. Cape* concernait la contamination de victimes par l'asbestos.

systèmes juridiques présentent les avantages dont il a été question antérieurement, et qui les rendent des fors plus avantageux pour les dommages en masse. Et dans les deux affaires, les entreprises défenderesses ont opposé à la demande des victimes l'exception de *forum non conveniens*. Les deux décisions sont donc structurées de manière similaire, répondant à la question de savoir s'il n'y aurait pas un autre for plus adapté pour connaître de l'affaire. L'analyse s'est surtout concentrée sur l'examen des moyens procéduraux à disposition des victimes devant les juridictions invoquées comme étant plus appropriées, et notamment sur le financement de la procédure et la possibilité de juger le cas de manière groupée. La solution à laquelle sont arrivés les juges diffère cependant sensiblement. Alors que dans l'affaire Bhopal l'argument des parties a été écarté par la *Court of Appeals* du deuxième district⁴⁹⁸, la *House of Lords*, tout en se référant à la décision américaine, a statué en sens inverse.

298. Il est à noter que l'exception, tout en étant disponible dans les deux systèmes, est fondée sur des principes distincts. Alors que dans le système britannique le précédent est fourni par l'arrêt *Spiliada*⁴⁹⁹, aux États-Unis les solutions se basent sur les décisions de la Cour suprême *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*⁵⁰⁰ et *Piper Aircraft Co. v. Reyno*⁵⁰¹. Les principes énoncés par chaque jurisprudence pour déterminer l'opportunité d'une décision en *forum non conveniens* divergent quant à leur approche des objectifs guidant la décision du juge. Dans l'affaire *Spiliada*, le choix est orienté par les intérêts des parties et par un objectif de justice. Le droit américain, au contraire, consacre une place importante aux intérêts publics en présence et écarte la prise en compte des intérêts privés dès lors qu'il est question de parties étrangères⁵⁰². Il demeure tout de

⁴⁹⁸ United States Court of Appeals, Second Circuit, *In re Union Carbide Corporation gas plant disaster at Bhopal, India in December, 1984*, 14 janvier 1987, 809 F.2d 195, 55 USLW 2401, 89 a.l.r. fed. 217, 17 Env'tl. L. Rep. 20,580.

⁴⁹⁹ House of Lords, 16 nov. 1986, *Spiliada Maritime Corp v. Consulex Ltd*, [1986] UKLH 10.

⁵⁰⁰ 330 U.S. 501, 67 S.Ct. 839, 91 L.Ed. 955 (1947)

⁵⁰¹ 454 U.S. 235, 102 S.Ct. 252, 70 L.Ed.2d 419 (1981)

⁵⁰² « *Judge Keenan concluded, in accordance with the Court's expressed views in Piper that, since the plaintiffs were not residents of the United States but of a foreign country, their choice of the United States as a forum would not be given the deference to which it would be entitled if this country were their home. See Piper, 454 U.S. at 256, 102 S.Ct. at 266. Following the dictates of Piper, the district court declined to compare the advantages and disadvantages to the respective parties of American versus Indian Laws or to determine the impact upon plaintiffs' claims of the laws of India, where UCC had acknowledged that it would make itself amenable to*

même que l'appréciation des éléments de la procédure étrangère ne peut pas être considérée objective ou neutre, dès lors qu'elle est fortement conditionnée par la subjectivité de l'approche du for (ou même du juge). Du contraste entre le traitement accordé à ces deux affaires, il est possible d'observer combien une question relative à la compétence des tribunaux (dans des cas en outre politiquement sensibles) dépasse des appréciations utilitaristes quant au bon déroulement de la procédure. Tout en passant par une analyse des différentes techniques procédurales et de leur mise en œuvre, les décisions sont en réalité inspirées par des valeurs qui sont à la fois celles de l'ordre juridique étranger dont l'adéquation est considérée et celles du for saisi. On peut accepter la suggestion de Jacco Bomhoff selon laquelle ces décisions seraient influencées par des principes propres au droit international privé, mais il paraît impossible de conclure que la discipline poursuive *en tant que telle* des objectifs communs. Ceux-ci sont tout aussi particularistes que les règles qui l'animent, et varient d'un ordre juridique à l'autre.

299. Ces considérations ressortent beaucoup plus simplement d'un contentieux tel que celui de l'exception de *forum non conveniens*, dès lors que la décision à prendre sur la compétence est le résultat de la mise en balance d'un contexte factuel, de valeurs propres au for, et de principes juridictionnels. Au contraire, dans le cas d'une décision sur la compétence commandée par des règles préétablies (comme celles du règlement Bruxelles I bis), la discussion sera concentrée sur l'interprétation des termes et des conditions de mise en œuvre des critères posés par les règles déterminant la compétence, ne pouvant que difficilement être adaptée en fonction de considérations plus larges comme la justice, l'intérêt public ou l'intérêt des parties. Tout de même, il reste des cas où le juge français fait face à des situations où il doit décider sur sa propre compétence sans pouvoir avoir recours à ces critères, et où le déni de justice peut servir de base pour justifier que les tribunaux français statuent au fond.

process, except to ascertain whether India provided an adequate alternative forum, as distinguished from no remedy at all » : United States Court of Appeals, Second Circuit, *In re Union Carbide Corporation gas plant disaster at Bhopal, India in December, 1984*, 14 janvier 1987, 809 F.2d 195, spéc. 198.

Paragraphe II. Une constitution de droit international privé plurielle, permettant au juge d'adapter sa décision en fonction de principes de justice matérielle.

300. L'analyse qui précède illustre deux approches opposées sur le principe d'accès à la justice face à une question juridique identique (les conditions pour que l'exception de *forum non conveniens* puisse intervenir). À ces exemples, on pourrait ajouter les solutions françaises envisagées précédemment, qui diffèrent elles aussi quant à l'intensité de la protection accordée au justiciable qui revendique l'application du principe⁵⁰³. La différence dans le traitement accordé à la question peut soulever le doute quant à l'existence d'une métarègle propre à la discipline, telle que proposée par Jacco Bomhoff.

301. Les affaires analysées ont cependant en commun un souci d'admettre qu'une décision sur la compétence soit adaptée afin de garantir à un justiciable la possibilité d'agir en justice. La proposition de Jacco Bomhoff a le mérite d'identifier dans ces décisions la réalisation d'un principe qui n'est pas imposé à la discipline par une source hiérarchiquement supérieure, mais qui ressort de la logique de la discipline en elle-même.

302. Le juge français n'a ainsi pas eu à invoquer la Convention européenne des droits de l'homme pour justifier sa compétence à l'égard de Stella Isopehi⁵⁰⁴ : en invoquant de manière maladroite l'ordre public international, le juge s'est fondé sur une règle créée sur mesure pour permettre à la jeune fille de faire valoir ses droits. C'est donc la situation en soi, et non les circonstances propres à l'accès au juge, qui est au cœur de cette décision⁵⁰⁵. L'ordre public qui sert de fondement n'est pas procédural ; il

⁵⁰³ V. *supra*, § 285 et s.

⁵⁰⁴ V. *supra*, § 286.

⁵⁰⁵ E. PATAUT, P. HAMMJE, « De l'ordre public universel et de l'esclavage moderne », *Rev. crit. DIP*, 2006.856 : « il est impossible d'y voir une application de l'exception d'ordre public, même spécialement adaptée à la défense des droits fondamentaux. Rien dans le raisonnement suivi ne cadre avec le fonctionnement de ce mécanisme. L'ordre public est en effet opposé ici non à une norme étrangère qui serait contraire à la prohibition de l'esclavage en consacrant ou ne sanctionnant pas une telle situation, mais à des règles françaises, à savoir la règle de conflit de lois française et la règle française de compétence juridictionnelle ». V. aussi S. BOLLEE,

s'agit d'une décision justifiée par la nécessité de sauvegarder un certain objectif de justice matérielle – la lutte contre l'esclavage. Ce mode de raisonnement déduit d'un principe fondamental ramène à une manifestation contemporaine de l'adaptation des décisions en droit international privé : l'imposition de résultats par des sources hiérarchiquement supérieures.

Certes, cette solution reste un cas trop isolé pour être assimilé à un principe propre à la discipline. Toutefois, si la spécificité du cas a pu encourager le juge français à créer une règle de compétence nouvelle (lui évitant notamment de fonder la décision sur le déni de justice ou d'inviter Mlle Isopehi à mieux se pourvoir au Nigéria), le raisonnement suivi par Jacco Bomhoff permet de justifier la décision prise par le juge. L'adaptation du résultat imposé par les règles sur la compétence est ainsi due au besoin de garantir que la jeune fille puisse avoir accès à la justice.

303. La première chambre civile de la Cour de cassation a quant à elle retenu, en matière d'accès à la justice, que « *le droit de chacun d'accéder au juge chargé de statuer sur sa prétention [...] relevé de l'ordre public international* »⁵⁰⁶. Cette solution a été retenue dans une affaire où il était question de l'obstacle que le coût d'une procédure au Royaume-Uni présentait pour l'action en justice d'un demandeur français. Dans un raisonnement proche de celui suivi par la *House of Lords* dans *Lubbe v. Cape*, et décidant dans une question similaire, la Cour de cassation a alors conclu que « *l'importance des frais [...] mis à la charge de M. X..., dont la demande n'avait même pas été examinée, avait été de nature à faire objectivement obstacle à son libre accès à la justice* ». Qu'il soit mentionné dans la solution que l'approche du juge est « objective » ne change pas le fait que les mêmes remarques adressées à l'affaire *Lubbe v. Cape* quant à la casuistique, la subjectivité et le jugement que cette solution comporte du système étranger s'appliquent également ici. En outre, lors de cette affaire, l'existence de moyens offerts par le système britannique pour faciliter l'accès des parties démunies à la justice n'a pas évité la décision du juge français⁵⁰⁷. Cette solution

« L'ordre public international justifie la compétence des juridictions et de la loi françaises pour sanctionner un état de servitude », *JCP G* 2006, p. 1405.

⁵⁰⁶ Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1999, *Pordéa*, *Clunet* 1999, p. 773, note A. HUET.

⁵⁰⁷ Dans l'affaire *Lubbe v. Cape*, il était en effet question de l'aide juridictionnelle, qui était disponible au Royaume-Uni mais n'aurait pas pu être obtenue par les parties en Afrique du Sud.

a cependant fait intervenir l'exception d'ordre public international dans le mérite où elle est effectivement appelée à intervenir : dans le cadre de la reconnaissance d'un jugement étranger.

304. Si la reconnaissance d'un principe qui exige l'adaptation des décisions de droit international privé dans un but de justice matérielle peut conduire à des solutions plus équitables, en offrant un espace à des parties qui ne sont pas en mesure de faire valoir leurs droits, il demeure essentiel de ne pas chercher des principes (ou leur mise en œuvre) de portée universelle. Le droit international privé poursuit la réalisation de certains objectifs matériels généraux, tout comme les autres disciplines de droit privé⁵⁰⁸, mais la mise en balance de ces objectifs dépendra de l'approche retenue par l'ordre juridique à l'origine de la décision.

Ainsi, sans devoir forcément identifier une constitution unique qui ressorte du droit international privé en tant que discipline, il est plutôt possible d'identifier une pluralité de constitutions qui, suivant l'approche de Gunther Teubner⁵⁰⁹, imposent leur propre grammaire de *ius non dispositivum*, en visant un horizon commun, mais en partant du présupposé qu'un consensus universel sur les principes et les moyens pour leur sauvegarde varient d'un système à un autre.

⁵⁰⁸ Ceux-ci peuvent être conçus de manière plus ou moins concrète : dans l'élaboration des règles de droit international privé (B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la "crise" des conflits de lois) », *op. cit.*) ou en participant indirectement à la régulation sociale par l'octroi de dommages-intérêts (R. WAI, « Conflict and comity in transnational governance : Private international law as mechanism and metaphor for transnational social regulation through plural legal regimes », *op. cit.*).

⁵⁰⁹ G. TEUBNER, *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, *op. cit.*

Section IV. Les espaces de contestation offerts par les tribunaux internationaux

305. Le fait pour une situation d'être simultanément comprise dans le champ de vision de plus d'un ordre juridique est à l'origine de prétentions « redondantes »⁵¹⁰, où plusieurs systèmes émettent des commandements à l'égard de la situation. Ce scénario, qui peut être considéré conflictuel et chaotique, a en revanche été indiqué par Paul Schiff Berman comme permettant une meilleure gestion d'un monde juridiquement « hybride », dès lors qu'il permettrait « *une majeure possibilité de correction des erreurs, un champ plus robuste pour l'articulation des normes et un espace plus vaste pour l'innovation créative* »⁵¹¹.

La redondance dont il est question ici ne se limite cependant pas à des fors étatiques, mais comprend également les fors internationaux constitués à partir d'un effort normatif guidé par un objectif précis, comme la sauvegarde des droits de l'homme. Or il a été question antérieurement du rôle joué lors d'une stratégie de contestation par le lien entretenu entre une situation et le système devant lequel on veut la contester⁵¹². Chaque système repose, en effet, sur des directives propres de justice. Si dans l'État ce qui prime est la légalité, avec l'importance de la sécurité juridique traduite par une décision juridiquement formelle, des régimes plus spécifiques auront tendance à faire primer d'autres principes, dans le sens de favoriser davantage la situation des parties demanderesse. Katherina Pistor exemplifie cette dynamique avec des exemples touchant au droit des biens, par lesquels des communautés natives expropriées de la terre qu'elles occupaient depuis des générations (à la suite d'un processus non seulement licite, mais encouragé par leur État d'origine), cherchent à écarter la solution devant un tribunal spécialisé dans les droits de l'homme⁵¹³. La décision du tribunal qui accueille la demande de la communauté et condamne l'État conduit dans ces cas non seulement à une solution immédiate (dans le cas précis de la

⁵¹⁰ P. S. BERMAN, « Global Legal Pluralism », *op. cit.*, p. 1210. L'auteur utilise la terminologie *jurisdiction*, qui est donc plus large que la seule compétence des tribunaux.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² V. *supra*, § 228.

⁵¹³ K. PISTOR, « Contesting Property Rights: Towards an Integrated Theory of Institutional and System Change », *op. cit.*

communauté demanderesse), mais également à un résultat sur le long terme, qui aura vocation à faire bénéficier d'autres parties vulnérables qui se trouveraient dans la même situation. Dans les cas présentés ici, mettant en cause le Belize et le Honduras, la décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme a conduit à un changement dans la législation locale, dans le sens de délimiter et de protéger le territoire des communautés traditionnelles.

306. Une dynamique similaire peut être observée dans le cas des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. Le changement de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de gestation pour autrui est en effet conséquence d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme, saisie par certains parents d'intention concernés par le refus de reconnaissance du lien de filiation de leurs enfants nés à l'étranger. Le tourisme procréatif est un problème complexe dont l'angle mort dans lequel se trouvent les enfants n'en constitue qu'une facette⁵¹⁴, mais en ce qui regarde ce problème en particulier, la solution retenue par la Cour de Strasbourg a permis à des enfants dans la même situation d'Adrien Jay et de Romain Nikhil de sortir de l'angle mort. Selon la Cour (à l'unanimité), le refus de reconnaissance du lien de filiation « affecte significativement » le droit de l'enfant au respect de sa vie privée, « qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation »⁵¹⁵. En outre, dans un cas comme celui des jumeaux, où le père d'intention est également le père biologique des enfants, un refus absolu de reconnaissance va au-delà de la marge d'appréciation dont dispose l'État pour évaluer la proportionnalité de l'atteinte portée à un droit sauvegardé par la Convention européenne des droits de l'homme⁵¹⁶.

307. Dans ses arrêts du 3 juillet 2015, la Cour de cassation met sa jurisprudence quant au traitement accordé aux enfants nés d'une gestation pour autrui en conformité avec la décision de la Cour de Strasbourg⁵¹⁷. La décision a été prise dans un cas de

⁵¹⁴ Pour une analyse détaillée, v. *supra*, § 41 et s.

⁵¹⁵ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France et Labbassée c. France*, préc., § 99.

⁵¹⁶ *Ibid.*, § 100.

⁵¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2015, préc.

gestation pour autrui similaire à celui des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil, où la mère ayant accouché était celle indiquée dans l'acte de naissance, et le père d'intention était également le père biologique. La question a été formulée dans les limites étroites de l'article 47 du Code civil, qui a été visé, ensemble l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵¹⁸. Malgré le fait que la décision se limitait à la question de la transcription de l'acte de naissance, sans aborder la question du lien de filiation, l'incorporation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le raisonnement donne du poids à la situation de l'enfant, en la rendant visible. Plus fondamentalement, toutefois, le recours par les parents d'intention à la Cour de Strasbourg a rendu possible qu'un système axé sur des valeurs plus spécifiques ait à se prononcer sur l'affaire. La condamnation de la France aura des effets qui ne se limitent pas au cas des familles qui ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme, mais qui, comme le démontrent les arrêts du 3 juillet 2015, altèrent de manière stable la décision des juridictions françaises face à d'autres enfants dans la même situation.

Conclusion du chapitre

308. Le droit international privé peut contribuer à rétablir l'équilibre parmi les intérêts en présence dans les cas comportant des angles morts dans sa manifestation plus immédiate : les règles applicables au contentieux international. Si la saisine d'un tribunal peut conduire à remettre en question certains effets de la stratégie individuelle, les règles sur la compétence peuvent également, en revanche, opposer un obstacle à la demande des parties en raison de leur conception facilitatrice et peu flexible. La possibilité donc pour un juge d'adapter sa décision afin de garantir l'accès à la justice est essentielle pour que les mécanismes de droit international privé contribuent effectivement à un meilleur traitement de la situation à ce stade. L'accès à la justice peut même être reconnu en tant que principe constitutionnel de la discipline, s'imposant à toutes les décisions. Il ne faut cependant pas y reconnaître un principe universel – si la prise en compte du résultat concret de la décision sur l'accès à la justice par les justiciables conduit à des résultats plus justes, l'appréciation de son étendue demeure

⁵¹⁸ Pour une analyse critique de la jurisprudence sur la gestation pour autrui fondée sur l'article 47 du Code civil, v. *supra*, § 57 et s.

propre à chaque for, qui ne peut qu'être pressionné par son propre environnement ou par une autorité supérieure pour changer son approche. À cet égard, la possibilité pour les justiciables d'avoir recours à des cours internationales peut conduire à un meilleur traitement de leur cas dans des hypothèses où les règles étatiques n'auraient pas conduit à un règlement satisfaisant.

309. Le titre suivant aura pour objet le traitement qui peut être accordé en droit international privé non seulement en se concentrant sur la réception isolée de l'élément qui est à l'origine de l'angle mort, mais par rapport à sa fonction plus essentielle : la gestion des conflits. En envisageant les techniques de la discipline par rapport aux cas comportant des angles morts, il sera question de s'interroger sur quelle approche du droit international privé peut conduire à un meilleur traitement de ces cas, notamment après avoir relevé dans la partie précédente que la fraude à la loi, le conflit mobile et l'adaptation conflictuelle faillent à atteindre ce but.

Titre II.

La gestion du pluralisme

310. Les cas des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil, de Mme Rado et de Maria Aguinda prennent place dans un contexte de fragmentation territoriale et juridique⁵¹⁹. Les angles morts dans lesquels sont occultés les intérêts de ces parties se trouvent non seulement *dans* un monde juridiquement hétérogène ; ils sont inhérents à celui-ci et à la fragmentation qui le caractérise.

D'une part, s'il peut être admis que le droit international privé poursuit un objectif autonome, celui-ci remet justement à l'idée d'harmonie des solutions – idée qui, parallèlement à la sécurité juridique et au respect des attentes des parties, remet à la notion même de justice de droit international privé⁵²⁰. À partir de ce constat, ne serait-ce logique de se demander si la réponse aux problèmes de la fragmentation ne pourrait-elle justement s'inspirer des mécanismes d'une discipline qui a pour principal objectif de réduire les effets pervers nés de l'imbrication de commandements en conflit?

D'autre part, toutefois, les pages précédentes illustrent les limites de certains mécanismes de droit international privé dans la réception des effets de l'exercice de volonté créateur d'angles morts. De ce point de vue, la discipline ne constitue qu'un fragment parmi d'autres dans l'encadrement de la situation. Le constat est donc qu'il ne suffit pas de s'inspirer au droit international privé pour chercher un meilleur traitement pour les problèmes qui ont pour origine un conflit (d'intérêts, de normes de conduite, d'objectifs sous-jacents aux règles applicables). La prise en compte de ces conflits n'est pas inhérente à la pratique du droit international privé dans son entier.

Ainsi, si d'un côté la littérature qui cherche des solutions pour le problème de la fragmentation juridique a pu s'inspirer des techniques pour la résolution des conflits (de lois), on peut également, dans la recherche d'un meilleur règlement des questions de

⁵¹⁹ La fragmentation juridique se référant à la fois aux différents ordres juridiques en cause et aux divers régimes, au sein d'un même ordre juridique, participant de manière segmentée à la régulation de l'activité mobile. Sur l'hétérogénéité ou l'hybridité du cadre juridique dans lequel les angles morts risquent d'apparaître, v. *supra*, § 11 et note 16.

⁵²⁰ Le concept est attribué à G. KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *RCADI* vol. 112, 1964, pp. 91-268, spéc. p. 180-189). V. également, pour une brève et critique présentation de l'idée de justice de droit international privé A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *op. cit.*, pp. 9-116. L'auteur souligne le fait que le concept de nature des rapports juridiques « *s'avère, en réalité, privé de substance et fictif* », conduisant le droit international privé classique à « *s'inspirer de principes conceptuels abstraits, comme les intérêts des parties, des transactions et de la coordination des systèmes* ». Pour une traduction de l'idée dans la littérature plus récente, v. A. MILLS, *The confluence of public and private international law: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law*, *op. cit.*, pp. 16-20.

droit international privé, s'inspirer des propos qui ont pour objet une meilleure gestion de la fragmentation juridique. Or la question du traitement des angles morts est étroitement liée à celle de la fragmentation, le problème n'étant ici qu'une projection dans des rapports précis d'un phénomène qui affecte la gouvernance globale de manière générale.

311. Cela étant dit, les mécanismes de droit international privé ont un rôle important à jouer dans la direction des comportements qui sont à l'origine d'angles morts, aussi bien en limitant leur réalisation qu'en établissant les conditions dans lesquelles les effets de ces comportements seront reconnus par un ordre juridique. La question relève ainsi de l'imposition de limites à des comportements qui prennent place dans un contexte international, ce qui la rapproche de la question de la vocation du droit international privé dans la gouvernance globale⁵²¹. Les exemples envisagés antérieurement peuvent en effet être traduits en problèmes (la gestation pour autrui internationale, l'arbitrage international des contrats de consommation, la responsabilité des sociétés pour leurs activités à l'étranger) dont la résolution échappe à la portée des décisions étatiques. Les propos mis en avant au cours de ce chapitre auront pour objet la portée du raisonnement de droit international privé pour traiter ces cas qui défient les limites de la prise de décision étatique, et pour lesquels un traitement segmenté s'est prouvé inadéquat.

312. À ce propos, il serait possible, d'une part, d'ignorer le bien-fondé d'un raisonnement qui déconnecte la question des seules directives d'origine étatique, en concentrant la réflexion sur le rôle des États souverains, limités par leurs engagements et par la portée de leur pouvoir. D'autre part, on pourrait critiquer l'idée même d'un raisonnement propre à élaborer des directions proprement internationales, concept qui risque de suggérer des objectifs irréalistes et indésirables de contrôle du haut vers le bas⁵²² par une sorte d'État mondial. Or la spécificité de l'objet du droit international

⁵²¹ Pour une synthèse des rapports entre droit international privé et gouvernance globale, v. H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », *op. cit.* et les travaux recueillis dans l'ouvrage l'ouvrage D. P. FERNANDEZ ARROYO, H. MUIR WATT, *Private international law and global governance*, Oxford University Press, 2014, p. 34.

⁵²² R. WAI, « Conflict and comity in transnational governance: Private international law as mechanism and metaphor for transnational social regulation through plural legal regimes », *in*

privé (la gestion de la pluralité d'ordres juridiques) offre une piste de recherche pour un encadrement décentralisé, et en même temps coordonné, des problèmes dont il vient d'être question. Reste savoir, à la suite d'un regard plus attentif sur les éléments de l'équation (les mécanismes de droit international privé, la diversité des droits, le règlement des problèmes résultant du chaos normatif dans lequel la globalisation économique avance⁵²³), de quelle manière le droit international privé est en mesure d'accomplir cet objectif.

313. Reste la question de savoir *lesquels*, parmi les objectifs assignés par la littérature à la discipline, peuvent contribuer à encadrer les problèmes comportant des angles morts. Alors qu'une conception coordinatrice du droit international privé pourrait paraître appropriée dans le traitement des collisions entre les fragments d'un monde juridiquement hétérogène, cette même conception prend sa source dans une vision universaliste de la discipline, difficilement conciliable aussi bien avec le droit positif qu'avec une approche pluraliste⁵²⁴. Une approche critique des mécanismes de droit international privé, mettant en avant l'équivoque de leur conception facilitatrice, tout en soulignant leur vocation à contribuer à un meilleur encadrement de cas comme ceux d'Adrien Jay, Romain Nikhil, Mme Rado et Maria Aguinda en raison de leur vocation coordinatrice, risque de s'entraîner dans un cercle vicieux. D'un côté, l'on critique ces mécanismes pour le rôle qu'ils assument dans le traitement insatisfaisant accordé à la situation, en raison de l'excès de formalisme et de l'espace accordé à l'autonomie, qui risque de conduire à des abus. De l'autre, en revanche, l'on critique la critique qui est adressé à ces mécanismes formels (et notamment les solutions concrètes mises en avant

Constitutionalism, multilevel trade governance and international economic law, Oxford and Portland : Hart Publishing, 2011, p. 230.

⁵²³ Pour une analyse sceptique identifiant les origines de ce chaos et l'inaptitude du droit à le résoudre, v. A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions: The Vain Research for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, p. 1002.

⁵²⁴ V. notamment, sur la conception coordinatrice du droit international privé, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris : LGDJ, 1993 ; H. BATIFFOL, Y. LEQUETTE, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris : Dalloz, 1956 ; Henri BATIFFOL, « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », *RCADI*, vol. 120 (1967), pp. 165-190 ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*

aux États-Unis à la suite de la « révolution » du droit international privé américain)⁵²⁵, du fait qu'elle n'est pas en mesure de répondre aux spécificités de problèmes internationaux qui émergent dans un cadre fragmenté⁵²⁶.

314. La recherche d'une solution pour le problème concret et le respect de la diversité des droits peuvent, quant à elles, entreprendre des chemins difficilement conciliables. La conception de ce que c'est qu'un *problème* peut être en elle-même relative, et varier selon les valeurs propres à chaque ordre juridique. Comme l'ont fait remarquer Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano, il y a différentes formules de « bien collectif », chaque système juridique (ou régime fonctionnel, reprenant le vocabulaire utilisé par les auteurs) faisant valoir ses propres convictions⁵²⁷. Sauf ainsi à vouloir universaliser une conception unique, globale, et absolue des valeurs éthiques et morales qui doivent être garanties par toute société autour du globe, il y aura forcément des points de désaccord sur ce qui est *fondamental*. Comme tout phénomène juridique, la position adoptée par un système donné sur une question quelconque ne résulte pas du hasard ou d'un retard dans le processus civilisateur, mais d'une vision générale que ce système a de la ligne devant être adoptée dans la réalisation du bien commun en son sein. Il est ainsi indispensable de garder à l'esprit une vision systématique de chaque ordre juridique, dont les régimes particuliers ne peuvent pas être perçus et jugés de manière isolée, mais mis dans le contexte du système d'où ils proviennent, et où ils évoluent en constant rapport d'équilibre avec d'autres corps de règles⁵²⁸.

315. Partant donc de ces prémisses, il sera question dans les chapitres suivants des manières par lesquelles le raisonnement de droit international privé peut contribuer à la gouvernance globale et, plus précisément, au traitement de cas comportant des angles morts. Tout d'abord, par l'imposition de limites aux solutions normatives

⁵²⁵ La terminologie est proposée et exploitée par S. C. SYMEONIDES, « The American Choice of Law Revolution in the Courts : Today and Tomorrow », *RCADI* vol. 298, 2003, pp. 9-448.

⁵²⁶ Cette dynamique difficile est visible, par exemple, dans l'article de R. WAI, « Transnational Liftoff and Juridicial Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40 (2001-2002), p. 209.

⁵²⁷ V. *supra*, § 304.

⁵²⁸ V. en ce sens Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, p. 21.

autonomes, qui sont à l'origine du problème, en allant cependant outre les mécanismes analysés dans la première partie de la thèse (**Chapitre I^{er}**). Ensuite, en admettant un déplacement de la perspective de l'ordre juridique qui permettrait, en exploitant la même métaphore optique qui sert à décrire le problème, que les intérêts occultés dans un angle mort puissent à nouveau être *vis* – sans pour autant renouer avec une approche internationaliste de la discipline (**Chapitre II**).

Chapitre I^{er}. L'imposition de limites aux solutions normatives autonomes

316. Les angles morts sont un problème propre à un contexte – de brouillage des frontières, de fragmentation juridique, d'hybridité. Or ce contexte soulève de manière plus générale le problème de la gouvernance globale, de la manière par laquelle les activités qu'y prennent place peuvent être encadrées. En droit international privé, il sera question de gérer les conflits sous-jacents à ces activités (**Section I^{ère}**) et d'établir l'équilibre entre la reconnaissance de solutions normatives autonomes et l'imposition de limites (**Section II**).

Section I^{ère}. La gestion du pluralisme à l'épreuve des problèmes contemporains

317. La littérature sur le pluralisme juridique a souvent pour objet le phénomène du droit extérieur à l'État. Cette approche n'exclut cependant pas que le problème des angles morts soit envisagé depuis cette perspective (**Paragraphe I^{er}**). L'imposition des limites aux abus commis par des justiciables qui exploitent la diversité des droits peut également bénéficier d'une approche du constitutionnalisme global qui est, quant à elle, inspirée du droit des conflits des lois (**Paragraphe II**).

Paragraphe I^{er}. Le besoin d'un cadre de reconnaissance et de limitation face au développement de sources normatives dépourvues d'une légitimation démocratique : le défi de la gouvernance globale.

318. Le lien entre la volonté individuelle et la création d'angles morts, présenté plus haut, permet d'envisager le problème depuis la perspective du traitement à donner à des sources normatives indépendantes de l'État. Sans devoir se prolonger sur une qualification normative des cadres normatifs résultant de la stratégie des parties, le point

ici est de se concentrer sur l'autonomie de ce cadre par rapport aux règles étatiques sur lesquelles il est établi.

La question des limites à imposer aux règles d'origine privée est centrale dans la gestion des problèmes liés à la globalisation. Le droit international privé a alors été indiqué comme possible instrument de gouvernance permettant à la fois un encadrement plus efficace de la diversité et le respect de cette diversité elle-même, en opposition à des techniques dirigées du haut vers le bas, centralisées et uniformisatrices⁵²⁹. La question centrale dans ce raisonnement est celle de la légitimité des règles imposées par des acteurs privés et donc dénués de base démocratique, surtout en ce qui concerne le respect de principes fondamentaux.

Le droit international dit classique (kelsenien et universaliste) fournissait des réponses simples et directes au problème : soit en niant la juridicité de ces nouvelles sources (méthode stérile), soit en proposant de tout soumettre à des traités à développer (méthode politique), soit en exigeant leur conformité à des règles applicables *erga omnes* (méthode utopique – ou *kitsch*, reprenant l'expression utilisée par Martti Koskenniemi pour se référer au concept⁵³⁰). La difficulté pour un ordre juridique qui doit prendre une décision à l'égard de ces règles sera en tout cas celle de devoir choisir entre l'imposition de *certaines* principes (qu'elles soient soumises à des limites) et la préservation de *ses propres* valeurs. La distinction est subtile, et passe souvent inaperçue, mais la question est profondément ancrée dans les débats relatifs à la globalisation, notamment par la voie de la reconnaissance de « l'autre ». La proposition de principes dits universels peut en effet n'être que la réflexion de cette deuxième manière de voir les choses : la transposition à l'échelle universelle des valeurs locales. La question qui se pose, donc, face au constat d'un manque d'encadrement aux nouveaux phénomènes de normativité globale, est celle de savoir comment les limiter sans pour autant exiger que sa propre notion de limites vienne transposée (solution qui serait facile, mais amplement insuffisante). Dans quelle mesure le local et le plural

⁵²⁹ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions: The Vain Research for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *op. cit.*

⁵³⁰ D. SCHMALZ, « On kitsch, zombies and true love – an interview with Martti Koskenniemi », *Völkerrechtsblog*, 21 mai 2014, disponible sur : <<http://voelkerrechtsblog.com/2014/05/21/on-kitsch-zombies-and-true-love-an-interview-with-martti-koskenniemi/>>.

peuvent-ils cohabiter de manière à ne pas se détruire⁵³¹?

319. Le droit international privé a été indiqué comme possible méthode de raisonnement pour ce problème qui est, en lui-même, un problème constitutionnel. En découle la notion de *conflicts-law approach*⁵³² : idée qui ne peut pas, toutefois, être transposée en tant que telle à la langue française. Il ne serait pas correct de parler de « constitutionnalisme conflictuel », dès lors que la terminologie « méthode conflictuelle » fait référence à une certaine idée de droit international privé (celle fondé sur un raisonnement bilatéral, déduisant l'applicabilité d'une loi de la catégorie de faits auxquels elle doit s'appliquer). Christian Joerges a en effet anticipé ces difficultés terminologiques découlant de la tradition doctrinale que l'idée de conflit inspire⁵³³. En se référant à la méthode conflictuelle, l'auteur se démarque du « nationalisme méthodologique » qui la caractérise. Il souligne notamment la difficulté pour le cadre conceptuel du savignisme de concevoir une coopération transnationale dans le sens de donner effet aux lois de police étrangères ou encore l'impossibilité de faire entrer parmi ses « catégories » un cadre normatif dépassant les rapports interétatiques⁵³⁴.

320. La méthode « conflictuelle » (dans le sens de la méthode de résolution des conflits de loi en passant par des règles bilatérales) est inconciliable avec l'aspect « public » d'une approche constitutionnelle, et pourrait se limiter à la suggestion de l'une des solutions listées précédemment (par la proposition d'un traité portant des règles bilatérales uniformes, notamment). L'idée de la *conflicts-law approach* (qui pourrait être appelée « constitutionalisme de droit international privé », pour faire simple) pose ainsi la question de *quelle* conception de la discipline pourra servir

⁵³¹ V. gén. G. TEUBNER, *Law as an autopoietic system*, Oxford/Cambridge : Blackwell Publishers, 1993.

⁵³² Le terme a été proposé par Ch. JOERGES (« The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », in Ch. JOERGES, E.-U. PETERSMANN (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Oxford : Hart Publishing, 2011, p. 413), et une idée similaire, s'inspirant du droit international privé pour s'appliquer aux conflits *lato sensu*, peut être retrouvée dans G. TEUBNER (A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions... », *op. cit.*).

⁵³³ Ch. JOERGES, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », *op. cit.*, pp. 415-420.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 417.

d'inspiration à ce raisonnement constitutionnel. Si la doctrine a décrit le problème et présenté l'idée de manière éclairante et originale, elle ne fournit pas les moyens techniques du raisonnement : de quelle manière le droit international privé pourrait-il contribuer, en pratique, à l'encadrement des problèmes qui résultent de la fragmentation du droit au travers des frontières ? C'est là la clé du débat autour des rapports entre la discipline et la gouvernance globale. Une fois mis en évidence le potentiel de la discipline comme méthode constitutionnelle, reste la question de savoir par quels moyens le droit international privé contribue à ces objectifs – et ceci ne peut pas être par le recours à la méthode conflictuelle que l'idée de *conflicts-law approach* pourrait suggérer.

321. En même temps, l'idée de *conflit* dans *conflicts-law approach* n'est pas dénuée de sens. Elle ne se limite pas à une référence à la nomenclature anglophone de la discipline dans laquelle on cherche inspiration (*conflict of laws*). La notion part d'un constat essentiel : le fait que les difficultés dans l'encadrement des activités globalisées sont liées à la fragmentation, et à la collision entre politiques contradictoires poursuivies par les différents acteurs d'une « *constellation post-nationale* »⁵³⁵. Il s'agit bien, donc, d'une idée de conflit, qui est toutefois dramatiquement différente de celle d'un conflit virtuel entre toutes les règles de droit privé s'appliquant à un même type de fait. Le conflit dont il est question dans la notion de *conflicts-law approach* dépasse à la fois la distinction public-privé et la dimension interétatique caractéristiques du savignisme. L'idée même de *vrai conflit*, quoique plus adaptée, ne saurait le contenir. La *conflicts-law approach* va en effet au-delà d'une conception du conflit conçu comme opposant deux règles étatiques de droit privé⁵³⁶.

⁵³⁵ Le terme est proposé par Christian Joerges, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », *op. cit.*, p. 415.

⁵³⁶ Quoique la détermination unilatérale du domaine d'application de la *lex fori* soit indépendante de la caractérisation de la règle comme relevant du droit public ou du droit privé, en pratique l'idée de vrai conflit sera soulevée dans les affaires touchant à la dernière catégorie, même s'il est admis que les règles de droit privé soient en réalité imprégnées d'intérêts publics : v. not. B. CURRIE, *Selected essays on the conflict of laws*, Durham, N.C., États-Unis : Duke University Press, 1963. Christian Joerges fournit une lecture de l'affaire *Cassis de Dijon* (CJCE, aff. 120/78, 20 février 1979) basée sur la *conflicts-law approach*, selon laquelle la décision a représenté « *a European conflicts revolution which was more radical than its American predecessor of the 1960's* », dès lors que la Cour de justice aurait prescrit à l'Allemagne d'appliquer du droit public étranger (Ch. JOERGES, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », *op. cit.*, pp. 430-432, spéc. p. 431).

322. D'un point de vue méthodologique, l'apport de la *conflicts-law approach* est celui de proposer une clé pour l'identification et l'aménagement des conflits, question toujours aussi épineuse dans les débats théoriques de droit international privé. L'approche se démarque toutefois en ce qu'elle suit un raisonnement tridimensionnel, dont l'aspect horizontal (le conflit de normes *strictu sensu*) n'est qu'une des trois dimensions (les autres deux étant déduites de l'intervention de métarègles auxquelles le résultat matériel de la résolution du conflit doit se conformer et de considérations plus organiques de coopération entre les régimes en collision)⁵³⁷. En ce faisant, l'approche va au-delà de la résolution de problèmes de droit international privé pour assumer un rôle plus vaste dans la gouvernance et la gestion des conflits – entendus comme la collision de solutions politiques incompatibles⁵³⁸. Comme l'expliquent Gunther Teubner et Andreas Fisher-Lescano, il ne s'agit pas simplement de la « *collision entre normes juridiques ou entre politiques conflictuelles* », mais plutôt des « *contradictions entre rationalités institutionnalisées tout au long de la société [globale], que le droit ne peut pas résoudre, mais qui demandent une nouvelle approche juridique au problème des normes en conflit* »⁵³⁹.

⁵³⁷ Ch. JOERGES, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », *op. cit.*

⁵³⁸ Un exemple éclairant du type de conflit dont il est question est fourni par l'analyse faite par Christian Joerges de l'affaire *OGM* à l'OMC (*Ibid.*, pp. 439-446). L'auteur identifie le conflit non seulement entre les textes des règles américaine et européenne, contradictoires et incompatibles quant à la commercialisation de produits OGM, mais aussi dans le raisonnement sous-jacent et dans les modalités pratiques de mise en œuvre des deux textes. Une différence essentielle revient par exemple à la *ratio* de chaque norme : alors que la réglementation américaine est concentré sur le risque présenté par les produits sur la santé des consommateurs, celle européenne accorde autant d'importance à la question environnementale (*Ibid.*, p. 443). Le raisonnement formel, issu d'une approche voulue objective du SPS, aboutit ainsi inévitablement dans une solution insatisfaisante, dès lors qu'il ne peut pas comprendre en son sein des considérations propres à la politique plus vaste autour d'une question aussi sensible. Le problème des collisions entre stratégies politiques divergentes a été également exploré dans le cadre de la fragmentation institutionnelle du droit international (public) : M. KOSKENNIEMI, P. LEINO, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 03, 2002, pp. 553-579. Gunther Teubner et Andreas Fisher-Lescano ont de leur part apporté une contribution essentielle à la question de la fragmentation, dépassant la question « unidimensionnelle » du pluralisme juridique *ou* politique pour établir un lien entre le phénomène et les « *contradictions profondes entre secteurs en collision dans une société globale* » : A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions... », *op. cit.*, p. 1004.

⁵³⁹ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions... », *op. cit.* p. 1004. C'est nous qui traduisons.

323. En résumé : les angles morts en tant que dysfonctionnement dans la réglementation d'une situation internationale ont leur source, comme la plupart des difficultés propres à l'encadrement des activités globales, dans des conflits. Si, du point du droit international privé, il est possible de reconnaître immédiatement des *conflits* (les liens établis avec plus d'un ordre juridique à la suite de l'exercice de volonté par l'une des parties), ceux-ci ne représentent qu'un aspect limité de la problématique. En se limitant à apporter une réponse à ce conflit normatif, traduit par la question de la loi applicable ou de la juridiction compétente, la décision ne peut pas fournir une réponse satisfaisante, dès lors que la situation n'a pas été envisagée dans son entier. La mobilité motivée par la recherche d'un environnement juridique plus favorable crée un conflit plus profond, entre les intérêts des individus qui y prennent part, entre les États dont la réglementation diverge, et entre des rationalités propres aux secteurs d'activité en question⁵⁴⁰. Ceux-ci tendraient à intensifier leur propre position, sans tenir compte d'autres systèmes concurrents ou encore de l'environnement naturel et humain sur lequel l'activité se construit⁵⁴¹. Ainsi, dans les contrats conclus avec des parties faibles, le conflit n'oppose pas seulement un régime (impératif et étatique) à un autre (autonome et contractuel, extériorisant le rapport). Il oppose les intérêts de la partie forte, qui poursuit une finalité économique concentrée sur la réduction des coûts liés à un possible contentieux, à celle de la partie faible, pour qui la prévisibilité et la sécurité juridique vont de pair avec une certaine tutelle. De même, le réseau complexe du tourisme procréatif ne peut pas être limité à la question de deux droits étatiques en conflit quant à des questions de droit de la famille. La mobilité qui est à son origine est motivée par les

⁵⁴⁰ Plus que des systèmes dans le sens d'ordres juridiques (auxquels il manquerait l'autonomie et la légitimité, selon Christian Joerges, v. *supra.*), il s'agirait là de systèmes *sociaux*, « qui dépassent les frontières territoriales pour se constituer globalement » : *Ibid.* p. 1006. Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano s'inspirent à l'idée de « *globalisation polycentrique* » taillée par D. HELD, *Democracy and the global order*, Cambridge : Cambridge University Press, 1995. Le phénomène de fragmentation est surtout rattaché à l'internationalisation de l'économie, mais il ne se limite pas aux seuls marchés, et peut être également observé dans les domaines « *de la science, de la culture, de la technologie, de la santé, militaire, du transport, du tourisme et du sport, aussi bien que, quoiqu'avec un peu de retard, de la politique, du droit et du welfare* », ou encore les médias, la médecine et l'éducation : A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions... », *op. cit.*, pp. 1006, 1010. Ces nouveaux régimes se différencient ainsi plutôt par rapport à un objet spécifique que par rapport à un territoire : *Ibid.*, p. 1009.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 1006. L'idée est inspirée par le travail de Niklas Luhmann, pour qui la maximalisation par chaque système fonctionnel de sa propre rationalité « *cache un énorme potentiel pour mettre en péril des personnes, la nature et la société* » : *Ibid.*, p. 1007, citant N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1998.

intérêts des individus qui souhaitent avoir un enfant et du marché organisé à l'État d'accueil, qui vise un profit. Finalement, la fragmentation des régimes encadrant les investissements met en avant la collision existant entre les investisseurs, qui méritent une protection, et le droit de l'environnement ou les droits sociaux, qui sont affectés par la limitation *de facto* des pouvoirs réglementaires de l'État d'accueil.

324. Avant qu'une question de droit applicable ou de compétence juridictionnelle ne se pose, il y a un conflit sous-jacent plus vaste que celui (qu'il soit réel ou virtuel) qui a traditionnellement fait l'objet du droit international privé. Cela soulève, certes, la question de savoir si une étude qui comprend dans son raisonnement l'existence d'un tel conflit peut encore être rattachée au champ du droit international privé. La réponse ne peut qu'être affirmative. Tout d'abord parce que la *conflicts-law approach* dont il est question dans les études dédiées à la fragmentation est nettement inspirée de la discipline, qui fournit une méthode de base permettant une meilleure coordination horizontale de cette constellation. Si le scepticisme règne face à des propositions fondées sur l'harmonisation et l'uniformité du haut vers le bas, il n'y a qu'une gestion cohérente de ce pluralisme qui puisse combattre les effets néfastes issus de ces conflits. Le droit international privé est donc ici plus qu'une branche du droit privé : il s'agit d'un courant théorique inspirant des solutions qui permettraient un meilleur traitement de cette situation.

Paragraphe II. Le droit international privé comme inspiration pour un constitutionnalisme global.

325. Les cas qui ont été présentés antérieurement touchent essentiellement au déplacement des personnes d'un ordre juridique étatique à un autre. Or si ces différents systèmes disposent eux-mêmes de leur appareil constitutionnel, pourquoi le doubler d'un raisonnement de même type ? Cette question met elle aussi en lumière les limites d'un raisonnement de type moniste⁵⁴², selon lequel les réponses seront trouvées au sein de l'ordre étatique en question, qu'elles soient de type constitutionnel ou non. Depuis cette

⁵⁴² D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique, op. cit.* V. sur cette question *infra*, § 326.

perspective, se demander s'il est pertinent d'emprunter une méthode constitutionnelle alors que sont en cause des systèmes disposant formellement de leur propre constitution remet à admettre que l'encadrement mis en place par ces régimes suffit pour éviter les effets pervers résultant de l'existence des angles morts. Or l'analyse du cadre juridique résultant de la combinaison de ces différents régimes étatiques démontre que, au contraire, le constitutionnalisme étatique risque de ne pas être suffisant. En effet, la sanction du déplacement des justiciables à la suite de l'imposition par un ordre juridique (étatique) de ses propres valeurs (constitutionnelles) peut aggraver la situation de ceux dont les intérêts se trouvent occultés dans un angle mort. Le problème n'est pas dans la méthode (étatique) constitutionnelle en soi, qui répond aux objectifs qui lui sont assignés. La difficulté est surtout celle qui est liée à l'impossibilité pour un tel raisonnement de comprendre le problème en son entier – avec la diversité juridique, territoriale, culturelle et morale qu'il suppose.

326. En outre, si le problème des angles morts n'est pas directement lié à l'immixtion de règles d'origine privée⁵⁴³, un raisonnement inspiré de l'idée de régimes autonomes côtoie la construction de ces cas difficiles. Car si l'autonomie est la métaphore de la mobilité⁵⁴⁴, la mobilité n'existe pas sans autonomie – et celle-ci n'est rien d'autre que l'un des traits du constitutionnalisme⁵⁴⁵. Comme il a été mis en avant auparavant, les cas de mobilité qui soulèvent le plus de difficultés sont ceux dont les effets pervers n'ont pas pu être anticipés et encadrés de manière satisfaisante par le législateur. L'extériorisation de l'une des branches d'une situation de la sphère logique d'un régime juridique préétabli augmente les risques d'abus, d'externalités et d'angles morts. Cette extériorisation peut se faire directement par la référence à un système non-étatique bien connu : l'arbitrage international. Que celui-ci remette à la *lex mercatoria* ou constitue un ordre juridique à lui seul⁵⁴⁶, le régime de l'arbitrage international poursuit, quoique sous la dépendance de l'intervention des États, une logique et un fonctionnement propres. Dans les cas de l'arbitrage de consommateurs ou de l'arbitrage

⁵⁴³ V. sur cette question H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford: Hart Publishing, 2005.

⁵⁴⁴ H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.*

⁵⁴⁵ Jacco BOMHOFF, « *The constitution of the conflict of laws* », *op. cit.*

⁵⁴⁶ E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage », *RCADI* vol. 329, 2008, pp. 49-216.

d'investissements ayant pour objet des droits des populations locales, le renvoi au régime de l'arbitrage a fait en sorte que la situation échappe du domaine pour lequel le corps de règles applicable (droit des consommateurs, droit de l'environnement) a été élaboré, au détriment des intérêts sauvegardés par ces règles.

327. Mais l'extériorisation peut également se faire de manière plus subtile. En manipulant les régimes juridiques à leur disposition (formellement ou simplement en pratique) par l'exercice de leur volonté, les justiciables forgent des régimes sur mesure, mieux convenant à leur rapport. En exerçant leur autonomie, ils donnent origine à un cadre indépendant et imprévu – quoiqu'appuyé sur le droit des États, comme dans le cas de l'arbitrage international. Le succès d'une certaine stratégie encourage, en outre, une répétition de ce modèle, qui reste *sui generis*, mais ne constitue plus un cas isolé. Par le partage d'expériences et d'informations, les individus procurant un certain avantage par l'exercice de leur mobilité empruntent plutôt des chemins déjà ouverts par d'autres justiciables poursuivant la même fin. Ceci est surtout le cas de ceux qui ne disposent pas des ressources juridiques pour élaborer un régime unique et parfaitement accordé à leur réalité – ils trouveront leur compte dans l'emprunt d'une voie déjà exploitée, et pour laquelle un certain taux de succès est connu. Ainsi, la délocalisation de la production vers un certain pays sera suivie de l'adoption de certaines précautions, et le recours à la reproduction assistée se dirigera souvent vers les mêmes destinations⁵⁴⁷. Quoique ne remplissant pas les critères pour être assimilé à un ordre juridique⁵⁴⁸, ces « chemins » suivent des rationalités propres, orientées vers un certain but matériel, qui se développent à l'ombre des régimes juridiques étatiques.

La spécificité de l'exercice de volonté qui culmine dans la création d'un angle mort consiste dans le fait que l'aspect occulté de la situation ne se trouve pas visé par une règle qui puisse effectivement s'appliquer. La question des limites qui doivent être imposées à la portée de ces pratiques afin de rétablir l'équilibre entre les intérêts en présence est ainsi assimilable à celle que la *conflicts-law approach* entend adresser en matière de règles non-étatiques. Les solutions résultant de la stratégie individuelle, en reproduisant des pratiques éphémères et diffuses, participent également à la

⁵⁴⁷ D'après la lecture de la jurisprudence française en la matière, les États-Unis, l'Inde, l'Ukraine, le Canada.

⁵⁴⁸ L'aspect ponctuel de la pratique étant inconciliable avec une idée d'appartenance.

fragmentation du droit global, et soulèvent des problématiques analogues.

Section II. L'imposition de limites aux effets des solutions développées par la volonté individuelle

328. La troisième dimension de la *conflicts-law approach* concerne à la fois la reconnaissance et les limites qui doivent être imposées à des solutions normatives qui échappent au cadre préétabli du droit étatique. On part du principe que le développement de ces solutions est irrésistible, et que celles-ci peuvent être plus efficaces en ce qu'elles s'adaptent à des situations très spécifiques. La reconnaissance de leurs effets est donc envisageable pour assurer la prévisibilité et la continuité des solutions, ainsi qu'un certain changement positif du cadre de départ. Toutefois, puisque le développement de nouvelles solutions est surtout guidé par la satisfaction d'un intérêt individuel, d'autres intérêts risquent d'être ignorés. Les chapitres précédents ont exposé les limites de la réception de ces solutions par les autorités en mesure de prendre une décision à leur égard. Malgré la possibilité d'avoir une emprise sur certains aspects de la situation, le manque d'une compréhension globale des intérêts en présence conduit à une prise de décision limitée, qui n'est pas en mesure de rétablir un équilibre entre les intérêts affectés par la situation. Reste donc la question de savoir de quelle manière est-ce possible de fournir un cadre en mesure de répondre aux difficultés propres au type d'activité dans lequel la volonté individuelle est exercée.

329. La question centrale à l'étude menée par Christian Joerges est celle de la reconnaissance de règles d'origine privée élaborées au sein d'institutions transnationales comme l'Organisation mondiale du commerce, l'Organisation internationale de la normalisation et les agences de l'Union Européenne. Le principal obstacle à la reconnaissance de ces règles réside dans leur origine technocratique et dans le manque de légitimité démocratique qui en résulte. Face à cette difficulté, l'auteur propose que la question de la légitimité soit articulée autour du procès qui donne origine à la règle⁵⁴⁹,

⁵⁴⁹ Ch. JOERGES. « A new form of conflicts law as the legal paradigm of the postnational constellation », in : Ch. JOERGES, J. FALKE (eds.), *Karl Polanyi, globalisation and the potential of law in transnational markets*, Oxford : Hart Publishing, 2011, pp. 465-501, spéc. p. 488.

dans le cadre duquel les différents intérêts affectés par la règle doivent être pris en compte, et non seulement ceux des particuliers investis du pouvoir de la créer.

330. Les cas comportant des angles morts ont en commun le fait que la recherche et l'élaboration d'un cadre juridique sur mesure ont pour finalité la réalisation des objectifs de la partie qui en est à l'origine. Ces solutions finissent par affecter des intérêts concurrents, tout en créant des situations pour lesquelles une réglementation spécifique fait défaut. Ainsi, même si les différents ordres juridiques concernés par la situation ont des règles qui exigent certains comportements des parties, ces règles sont segmentées et ne peuvent pas fournir une réponse adéquate prenant en compte tous les aspects du problème. La solution développée par les parties existe donc sans être spécifiquement encadrée en tant que telle, dans son aspect territorial aussi bien qu'international. Face à cette difficulté, il sera question par la suite d'un meilleur encadrement des cas comportant des angles morts depuis la perspective de la troisième dimension de la *conflicts-law approach*.

331. Gunther Teubner, après avoir constaté l'apparition de systèmes autonomes dans le contexte de la fragmentation du droit global, s'est positionné quant au fait que, tout en ayant renforcé leur autonomie, le raisonnement constitutionnel sous-jacent au développement de ces systèmes ne considère pas suffisamment sa deuxième branche : celle relative aux limites posées à la portée de ces nouvelles normes⁵⁵⁰. Partant de la perspective qui analyse la qualité de la solution normative autonome (ou son mérite d'être reconnue) par rapport à la représentation des intérêts en cause (**Paragraphe I^{er}**), il sera question des principes qui conduiront la prise de décision dans une hypothèse où, comme dans les cas comportant des angles morts, cette condition ne se trouve pas remplie (**Paragraphe II**).

Paragraphe I^{er}. Une solution représentative des différents intérêts en cause

⁵⁵⁰ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions... », *op. cit.*

332. Que ce soit à la suite de l'incorporation des intérêts en conflit dans la *quaestio juris*, ou par la prise en considération de la solution créée par les particuliers dans sa globalité, la question du mérite de la stratégie individuelle à être reconnue sera posée dans le cadre de la reconnaissance de ses effets.

La question de la légitimité de la solution autonome, conçue par rapport à la représentativité des intérêts affectés par elle dans son élaboration, conduit à envisager la réaction des ordres juridiques par rapport à la réalisation de cet objectif. Il est ainsi possible de distinguer selon l'acceptation ou les refus des effets de la stratégie individuelle par rapport à la sauvegarde des différents intérêts en présence.

333. Une décision de refus de reconnaissance conduit à anéantir les effets de la stratégie individuelle, mais comporte beaucoup de limites. Il a été question antérieurement de la portée limitée des instruments qui conduisent à un refus dans les cas où la stratégie comporte la création d'un lien effectif avec un ordre juridique étranger⁵⁵¹. En outre, une décision de refus face à une situation qui comporte un fait accompli à l'étranger, comme la naissance des enfants de mère porteuse, risque de porter atteinte aux intérêts de ces nouvelles parties, et ne conduit donc pas à un encadrement plus équilibré de la situation.

334. En revanche, une acceptation des effets de la solution autonome à la suite d'un contrôle superficiel peut également conduire à donner effet à une solution qui, tout en étant élaborée pour satisfaire des intérêts individuels, affecte négativement des intérêts concurrents. Le manque de prise en compte de ces intérêts perpétue donc un cadre déséquilibré, comme la soumission d'un rapport entre une partie professionnelle et un consommateur protégé par la loi de son État de résidence à un tribunal arbitral, ou encore les obstacles opposés à l'exécution d'un jugement accordant des dommages-intérêts aux victimes de la pollution provoquée par un investisseur étranger.

⁵⁵¹ V. *supra*, § 192 et s.

Paragraphe II. Une solution qui respecte des principes constitutionnels qui s'imposent à elle

335. Il a été question antérieurement de l'adaptation d'une décision de droit international privé par rapport à des exigences de type constitutionnel⁵⁵². La question qui se pose ici est de nature distincte. Il s'agit de s'interroger sur les limites qui doivent être imposées à la reconnaissance de la solution en elle-même, et non à la décision d'un ordre juridique par rapport aux effets à accorder à des aspects de la situation. C'est ce qui rapproche le problème à la question de la gouvernance⁵⁵³ : comment comprendre et limiter des agissements qui échappent à la portée des ordres juridiques étatiques.

336. Les cas comportant des angles morts ont en commun le fait que, en réunissant des aspects de différentes origines et de différents corps de règles, ils échappent à une prise en compte qui les envisage et les encadre en leur entier. Leurs effets ne sont ainsi pas immédiatement soumis aux exigences que des ordres juridiques entendent imposer à des situations du même type. Le fait pour certains aspects de sortir du « champ de vision » d'un ordre juridique comprend également l'aspect constitutionnel de ce champ de vision, et la protection qui y est garantie pour certains intérêts individuels et collectifs. Se pose alors la question de savoir comment combler ce déficit ; en envisageant la solution en autonome dans son ensemble, comment lui imposer des limites qui évitent les effets qui risquent de porter atteinte à des valeurs fondamentales.

337. Quoiqu'il soit possible de reconnaître des solutions autonomes qui participent, dans une certaine mesure, à l'encadrement des activités internationales, en prévoyant des situations et des rapports originaux, la littérature a pointé du doigt la défaillance du droit global en général à imposer des limites à cette nouvelle forme de normativité. Il serait ainsi attendu d'une méthode constitutionnelle, en plus de rendre possible l'auto-affirmation de systèmes autonomes, d'imposer un cadre dans lequel la

⁵⁵² V. *supra*, § 295 et s.

⁵⁵³ La troisième dimension de la conflicts-law approach concerne en effet le « turn to governance » : Ch. JOERGES, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », *op. cit.*, p. 6.

production normative y serait limitée⁵⁵⁴. Pour l'encadrement des activités internationales, ces limites sont essentielles aussi bien d'un point de vue matériel que d'un point de vue pratique. D'un point de vue matériel, l'élaboration de certains régimes peut n'obéir qu'à la satisfaction des intérêts propres à la rationalité dominante dans le secteur dans lequel ce régime se déploie. Ainsi, son contenu risque d'apporter une solution insatisfaisante parce qu'envisagée depuis une perspective partielle, sans tenir pleinement compte (ou en ignorant sciemment dans la mesure du possible) de l'environnement naturel et humain dans lequel l'activité évolue. L'imposition de limites à cette production normative est ainsi indispensable pour adapter ses résultats afin d'obtenir des solutions plus équitables. Ensuite, d'un point de vue pratique, l'imposition de limites matérielles aussi bien que procédurales peut également servir à accorder plus de légitimité à un processus normatif dépourvu d'une base démocratique. Or il est des cas où certaines solutions autonomes contribuent positivement à l'encadrement des activités internationales, et il serait opportun de leur accorder plus de poids en légitimant ses procédures internes⁵⁵⁵. La nature des limites à être imposées à ces solutions sera rapprochée de l'idée d'une mise en réseau de différentes valeurs matérielles dans l'élaboration d'un constitutionnalisme polycentrique telle que proposée par Gunther Teubner⁵⁵⁶.

338. La mécanique de base du fonctionnement du droit international privé se rapproche de l'idée de constitutionnalisme exploitée au cours de ce chapitre une fois que, tout en fournissant les moyens techniques pour que des régimes *autonomes* élaborent des arrangements efficaces, la discipline prévoit également les *limites* à leur reconnaissance. Depuis cette perspective, des limites à la reconnaissance des effets des solutions autonomes peuvent être non pas d'un sentiment nationaliste (comme dans la fraude à la loi), mais de « *bonnes raisons "constitutionnelles"* », entendues ici comme des valeurs fondamentales⁵⁵⁷. Celles-ci ne sauraient cependant être que les valeurs du

⁵⁵⁴ J. BOMHOFF, « *The constitution of the conflict of laws* », *op. cit.*

⁵⁵⁵ Ch. JOERGES, « *The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form* », *op. cit.*

⁵⁵⁶ V. notamment G. TEUBNER, *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, *op. cit.*, pp. 150 et s.

⁵⁵⁷ Ch. JOERGES, « *The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form* », *op. cit.*, p. 417.

for lui-même, qui ne peut pas, en fonction d'une sorte de dédoublement fonctionnel, assumer le rôle d'organe de contrôle de la conformité du droit du monde entier à des principes fondamentaux universels, reconnus en tant que tels et applicables *erga omnes*. C'est pour cette raison que le recours au concept d'ordre public « véritablement international » est insuffisant (A). C'est au contraire la mise en réseau d'une pluralité de systèmes d'*ius non dispositivum* qui rendra possible la réalisation de ce deuxième volet du constitutionnalisme de droit international privé, c'est-à-dire de l'imposition de limites au processus décisionnel non encadré (B).

A. L'ordre public véritablement international : un concept insuffisant.

339. Il est tentant, devant les problèmes causés par la fragmentation du droit à l'échelle globale, de chercher une solution dans l'identification de normes qui s'imposeraient en tant que *ius non dispositivum* à toutes les sources du droit global. Une telle approche ne peut cependant pas être retenue, non seulement en raison des dangers qu'une solution verticale et universelle présente pour le pluralisme juridique, mais également à cause de son manque de réalisme et de positivité.

340. La soumission d'une norme à un ordre public « véritablement international » n'est tout d'abord pas possible car un tel corps de principes est impossible à identifier. Si l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵⁵⁸ reconnaît l'existence d'un corps de normes « *acceptée[s] et reconnue[s] par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* », il est en pratique difficile d'envisager l'élaboration d'un traité « qui organiserait la mise en esclavage, le génocide d'une population ou la guerre d'agression, [...] *alors que les États qui mettent à exécution le projet de réduire en esclavage, de perpétrer le génocide d'une population*

⁵⁵⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986, disponible sur : http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_2_1986_francais.pdf.

ou de mener une guerre d'agression n'ont jamais recours à ces outils juridiques extrêmement raffinés qui sont les traités internationaux »⁵⁵⁹.

341. Si l'annulation d'un traité conclu en violation du *jus cogens* demeure un cas d'école, ces principes peuvent tout de même servir de référence au moment de retenir la responsabilité (non conventionnelle) d'un État. On ne peut en effet pas nier que, malgré le fait que les principes identifiés à l'article 53 de la Convention de Vienne ne soient pas invoqués pour la finalité pour laquelle ils ont été conçus, la notion de *jus cogens* et d'ordre public véritablement international ne sont pas moins d'actualité dans la pratique du droit international. Même s'agissant d'un raisonnement imprécis, politiquement sensible et techniquement insatisfaisant, le recours au *jus cogens* peut permettre d'atteindre des solutions qui, tout en étant concrètement satisfaisantes, n'auraient pas été possibles à la suite d'un raisonnement excessivement formaliste. Comme le font noter Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano, « [u]ne élévation et une subordination des ordres juridiques en termes hiérarchiques sont tout aussi peu acceptables pour un droit mondial polycentrique que l'est l'hypothèse selon laquelle un régime fonctionnel émergent est un système autarcique opérant au sein d'un vide sociétal mondial »⁵⁶⁰. Ainsi, l'absence d'une constitution universelle centralisée n'implique pas pour autant que les régimes évoluent dans un vide absolu : ils se structurent à partir du milieu sur lequel leurs activités prennent place, ainsi que sur les liens qu'ils nouent les uns avec les autres. Ceci invite donc à concevoir leur encadrement non pas en termes de coordination centralisée ou de chaos infini, mais en empruntant une logique de réseau⁵⁶¹.

B. Le réseau de *ius non dispositivum*

342. L'usage qui peut être observé des notions de *jus cogens* ou d'ordre public

⁵⁵⁹ D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, p. 243, note 497 (souligné dans l'original).

⁵⁶⁰ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *op. cit.*, p. 217.

⁵⁶¹ *Ibid.*

« véritablement international » ne traduit donc pas l'existence effective de principes universels, mais « *l'expression juridique du bien commun dans des contextes sociaux très divers* »⁵⁶². Quand la Cour internationale de justice invoque le *jus cogens*, elle ne fait que mettre en avant un corps de principes qui, selon elle, seraient fondamentaux selon sa propre rationalité – celle qui correspond à la sémantique du droit international public. Tel est également le cas quand la notion d'ordre public « véritablement international » est invoquée par un arbitre, ou que des principes du même ordre sont incorporés dans un contrat : la rationalité est alors celle du commerce international ou de la *lex mercatoria*, plus axée sur l'efficacité économique. La lecture que chaque ordre juridique fait de ces principes est autonome, mais traduit la recherche d'un horizon commun⁵⁶³ : chaque régime est donc en mesure d'établir « *leurs propres grammaires pour leur version d'un ius non dispositivum mondial* »⁵⁶⁴. En résumé : plutôt qu'une notion unitaire, il est possible d'observer une transposition du pluralisme dans les différentes idées d'ordre public (véritablement) (international) que chaque régime peut identifier et avec lequel il *s'identifie*, et à l'identification desquelles ils le livrent par le souci pratique de justifier légalement des décisions prises dans des cas où les mécanismes existants n'auraient pas permis de retenir une solution censée être juste.

343. L'admission d'une telle approche a l'avantage de fournir une définition à la fois flexible et adaptable du contenu de ces principes, alors que la conception, quoique floue, du *jus cogens* au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne présente la difficulté de ne concerner que des cas extrêmement graves, mettant en cause des violations dont il est rarement question dans les cas liés à la globalisation. Il suffit pour comprendre cette difficulté d'envisager la jurisprudence américaine sur l'application de l'*Alien Tort Statute*⁵⁶⁵. Cette disposition retient la compétence des juridictions américaines en cas de violation au droit des nations. Le recours se révèle cependant problématique à la fois quant à la définition des sujets que quant au contenu de ce droit. L'*Alien Tort Statute* a été vu comme un instrument utile pour la responsabilisation des

⁵⁶² *Ibid.*, p. 218.

⁵⁶³ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime collisions... », *op. cit.*, p. 1033.

⁵⁶⁴ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Collisions de régimes... », *op. cit.*, p. 218.

⁵⁶⁵ 28 USC § 1350 : « *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States* ».

entreprises multinationales, renforçant le système de gouvernance décentralisée mis en place par le contentieux international de la responsabilité délictuelle⁵⁶⁶. La mise à l'écart cependant de l'argument par la Cour suprême des États-Unis lors de l'affaire *Kiobel*⁵⁶⁷, quoique regrettable, nous met face aux limites du droit des nations dans le traitement de ce type de problèmes, encrés quant à eux dans une rationalité économique propre.

344. La logique du réseau se base sur le constat que, quoique ne se structurant pas sur un fonds commun de principes fondamentaux universels, les régimes juridiques n'évoluent pas dans le vide absolu. Ils sont étroitement liés à l'environnement social (naturel et humain) sur lequel leurs arrangements, décisions et actes déploient leurs effets. Ces régimes constituent des nœuds dans un réseau d'interdépendance et d'observation mutuelle – ils ne peuvent pas perdurer en complet isolement⁵⁶⁸. Si ce constat vaut pour les ordres juridiques étatiques, tel est surtout le cas pour les régimes d'origine privée, qui se développent justement à l'ombre du droit des États⁵⁶⁹.

Dans ce sens, il est indispensable que chaque ordre juridique adopte la perspective d'un « horizon commun », quoique fictif, pour établir les limites qu'il pose à la reconnaissance. Celui-ci n'a pas vocation à être uniforme, mais doit présenter un tempérament face aux politiques nationales trop marquées. Le juge devra concevoir de manière pragmatique tous les effets de sa décision, et de quelle manière ils sont en collision avec les valeurs du for. C'est en ce faisant qu'il établit le lien d'observation mutuelle sur lequel dépend une meilleure réglementation des situations transfrontières.

⁵⁶⁶ Sur le contentieux privé international de la responsabilité comme instrument de gouvernance, v. *supra*, § 269-270.

⁵⁶⁷ U.S. Supreme Court, 17 avril 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013) ; H. MUIR WATT, « *L'Alien Tort Statute* devant la Cour Suprême des États-Unis. Territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique ? », *Rev. crit. DIP* 2013.595.

⁵⁶⁸ Ce constat est à rapprocher à la proposition de Quadri selon laquelle les ordres juridiques ne pourraient pas rester isolés dès lors qu'il y aurait un minimum de conditions matérielles pour que des contacts s'établissent entre elles. Il en déduit l'origine et la nécessité du droit international privé, comme moyen d'incorporer ces contacts dans le raisonnement juridique. V. *supra*, § 245.

⁵⁶⁹ Christian Joerges soutient en effet que la *conflicts-law approach* « can build upon the politicisation of the economy, and on the no-so-trivial power of states and the shadow of their laws » : Ch. JOERGES, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », *op. cit.*, p. 451. Sur la construction de régimes sous l'ombre du droit, v. aussi R. H. MNOOKIN, L. KORNHAUSER, « Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce », *op. cit.*

Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano mettent en avant, comme facteurs incitant chaque régime à développer son propre système de principes fondamentaux, « *l'opinion publique, [la] pression de la politique internationale et [la] coopération entre régimes autonomes* »⁵⁷⁰. Il sera question par la suite de la pression qui peut être exercée par ceux dont les intérêts ne sont pas considérés dans la prise de décision.

Conclusion du chapitre

345. Un meilleur traitement aux cas comportant des angles morts peut être atteint par l'imposition de limites à la solution développée par la volonté individuelle. À cette fin, les effets de la situation doivent faire l'objet d'un contrôle de conformité aux principes des différents ordres juridiques avec lesquels elle entretient des liens. En s'assurant que les effets concrets de la situation ne soient pas trop contrastants par rapport à ces principes, on peut indirectement sauvegarder un intérêt dont la violation aurait conduit à ce contraste.

Avant cependant d'imposer des limites à la situation, il faudrait qu'un ordre juridique adopte une perspective permettant que celle-ci soit entièrement comprise dans son champ de vision. Au contraire, la décision demeurera parcellaire, concentrée sur la seule facette de la question posée au juge. Le chapitre suivant aura pour objet l'élargissement de cette perspective, et les techniques permettant d'adapter le champ de vision d'un ordre juridique.

⁵⁷⁰ A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Collisions de régimes... », *op. cit.*, p. 218.

Chapitre II. La recherche d'un traitement en mesure de mettre en lumière l'objet occulté dans un angle mort

346. Il a été question précédemment du fait que les mécanismes de coordination monistes, tout en ayant pour objectif l'élimination des conflits, se trouvent confrontés en pratique à une pluralité de solutions qui échappent à leur portée. Le fait que la situation doive passer par un filtre (la qualification) avant d'être soumise aux règles de désignation du for risque de la placer dans une catégorie trop restreinte, qui ne prend pas en compte tous les intérêts en présence. Ce risque n'est pas exclusif aux règles de désignation de la loi applicable – les cas d'Adrien Jay et de Romain Nikhil, de Mme Rado et de Maria Aguinda illustrent les problèmes qui peuvent résulter de décisions prises de manière déconcertée par rapport à une seule facette d'une situation complexe.

347. La complexité de ces affaires est liée à l'hybridité du cadre normatif dans lequel elles s'insèrent. Or l'effort de combattre cette hybridité (par l'uniformisation du droit applicable, par exemple) ne pourra jamais conduire à abattre ces différences. Dès lors qu'il est question de s'interroger quant aux solutions qui peuvent être atteintes en partant du droit *tel qu'il est*, il devient indispensable d'adapter les données du problème. Sans pouvoir (et sans vouloir) combattre la diversité normative, et sans être en mesure de résoudre les conflits qui en résultent par le recours aux méthodes présentées antérieurement⁵⁷¹, reste savoir de quelle manière cette pluralité peut être mieux gérée.

348. L'objectif sera ici celui de penser à des moyens qui permettent à un organe chargé de prendre une décision à l'égard de la situation d'être en mesure de considérer tous les intérêts en présence – en évitant donc que quelques-uns demeurent occultés dans un angle mort. Le point de départ consiste dans l'intégration de tous ces intérêts dans le processus décisionnaire, aspect qui implique dans la décision sur le droit applicable dès lors qu'il est question de trancher parmi différentes lois qui sauvegardent, de manière distincte, ces intérêts (**Section I^{ère}**). Il serait également possible pour un ordre

⁵⁷¹ V. *supra*, § 170 et s.

juridique de pouvoir à nouveau *voir* les intérêts occultés dans un angle mort en adoptant une perspective distincte dans l'observation de la situation (**Section II**).

Section Ière. La reconnaissance et l'incorporation du conflit dans la prise de décision

349. Selon les mots de Paul S. Berman, « *un cadre pluraliste reconnaît qu'un conflit de normes est inévitable et alors, plutôt qu'essayer d'effacer le conflit, il essaie de gérer celui-ci par des mécanismes procéduraux, des institutions et des pratiques qui pourraient au moins attirer les parties du conflit vers un espace social partagé* »⁵⁷². La recherche d'un traitement qui rétablisse l'équilibre parmi les différents intérêts en présence dépend ainsi de la possibilité pour un ordre juridique d'incorporer ces différents intérêts dans la question juridique qu'il lui revient de résoudre⁵⁷³, sans se limiter à poser la question de la compétence ou de la loi applicable par rapport au segment du problème qui a été posé devant le juge. Le conflit ne se limite pas, depuis cette perspective, aux seules normes, mais s'étend aux parties qui fondent leurs prétentions sur ces normes.

350. Le conflit qu'il est question de reconnaître et de résoudre est ainsi un conflit réel, non seulement en ce qui regarde les intérêts qui s'opposent dans une situation comportant des angles morts, mais également au sein du cadre normatif fragmenté et chaotique dans lequel ces situations s'insèrent. Pour cette raison, des solutions qui ont pour objet un conflit abstrait faillent à accorder aux cas comportant des angles morts un traitement adéquat⁵⁷⁴. De ce point de vue, il est possible de voir dans la méthode unilatéraliste un moyen pour limiter les efforts du juge à la seule résolution des conflits réels, tout en permettant aux justiciables d'avoir un cadre prévisible grâce à la reconnaissance des droits acquis à l'étranger (**Paragraphe I^{er}**). L'unilatéralisme peut

⁵⁷² P. S. BERMAN, « Global Legal Pluralism », *op. cit.*, p. 1192 (c'est nous qui traduisons).

⁵⁷³ V. l'allusion qu'y est faite dans A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime collisions... », *op. cit.*, p. 1045, l'une des maintes intuitions dans ce travail qui restent en attente d'un développement plus approfondi.

⁵⁷⁴ V. *supra*, § 170 et s.

cependant être perçu en tant que partie du problème, dès lors que l'application par un ordre juridique de sa propre loi en fonction de son empire de droit international privé accorderait aux parties la certitude dont elles auraient besoin pour développer leur stratégie, tout en les plaçant dans un marché de produits normatifs (**Paragraphe II**). Cette critique ne suffirait cependant pas pour écarter complètement la méthode, dès lors que les vrais conflits peuvent se résoudre par des moyens alternatifs à l'application de la *lex fori* (**Paragraphe III**). Un exemple de ces avantages peut être donné par l'exemple des jumeaux nés d'une gestation pour autrui à l'étranger (**Paragraphe IV**).

Paragraphe I^{er}. La possibilité pour un justiciable de répondre à l'offre normative faite par un ordre juridique

351. Un justiciable dont la situation se trouve au milieu d'un enchevêtrement de règles aux origines et aux objectifs distincts risque de n'être pas en mesure de prévoir avec certitude quelle règle finira par l'emporter dans l'encadrement de sa situation, malgré les efforts de la méthode conflictuelle. Le conflit qui oppose ces différentes sources est ainsi à l'origine d'incertitudes qui s'allient aux difficultés pour certaines catégories de justiciables de pouvoir compter sur un système sophistiqué de règles de désignation pour fonder leurs attentes⁵⁷⁵. Malgré le fait que certaines règles de désignation prennent en compte ces considérations, des solutions divergentes peuvent jouer au détriment de ces justiciables, et la décision sur la compétence du tribunal recouvre alors un rôle fondamental⁵⁷⁶.

Face aux difficultés que ces conflits soulèvent, il serait utile de limiter, tout d'abord, l'effort au traitement des seuls *vrais* conflits, opposant des ordres juridiques qui se retiendraient effectivement compétents pour régir la question. Ainsi, plutôt que de faire intervenir des critères conduisant à l'application d'une loi dont la vocation à régir le rapport risque de varier d'un ordre juridique à l'autre, il serait plus simple de soumettre la situation aux règles qui voudraient s'appliquer. Dans certains cas, la

⁵⁷⁵ Ces justiciables tendront à compter sur la protection qui leur est assurée par l'ordre juridique auquel ils sont plus étroitement liés, notamment en raison de leur résidence habituelle. Sur cette question et ses développements dans les affaires *Lloyd's* et *Mme Rado*, v. *supra*, § 152.

⁵⁷⁶ Comme il peut justement être illustré par les affaires citées dans la note précédente.

question du conflit (au moins dans la mesure de la question juridique posée) ne sera pas soulevée, dès lors qu'une seule loi aurait vocation à s'appliquer, ou que les différentes normes en cause pourraient intervenir de manière combinée. La loi applicable sera alors la même indépendamment du tribunal compétent, sans que pour cette fin il ait été nécessaire d'élaborer des règles de désignation uniformes.

352. La possibilité pour un justiciable de chercher un règlement plus adapté à son cas a en outre été précédemment envisagée comme permettant une meilleure sauvegarde de ses droits individuels, tout en favorisant le développement de solutions plus efficaces et progressistes⁵⁷⁷. Le chevauchement parmi différents ordres juridiques dans l'encadrement d'une situation peut ainsi être exploité pour ouvrir des nouveaux espaces de contestation, et pour revendiquer des droits autrement indisponibles. Cette étude identifie un problème qui peut résulter de ce comportement, mais la marge de choix qui découle de la diversité des droits peut dans certains cas finir par contribuer à des meilleures solutions.

353. Le renouveau contemporain de la méthode unilatéraliste peut surtout être observé en matière d'état des personnes. Lorsqu'il est question de créer un statut, la loi établit les conditions pour que les parties puissent y accéder (plutôt qu'un droit détenu par une partie sur une autre). Lors de la création ou de la reconnaissance d'un droit acquis à l'étranger, le rattachement bilatéral exclusif (selon lequel une seule loi –celle désignée– pourrait régir la situation) peut se révéler contraire aussi bien aux intérêts des parties qu'à la vocation assignée par le législateur à la loi désignée. La détermination d'une seule catégorie de justiciables pouvant accéder au statut mis en place par la loi (au détriment des autres, exclus par le rattachement) est susceptible d'être à l'origine de déséquilibre, d'inégalité et d'antinomie dans le règlement des rapports internationaux⁵⁷⁸. En déterminant le champ d'application de la loi par rapport à sa vocation à régir un rapport, le bénéfice qu'elle met en place sera naturellement étendu à une catégorie plus vaste de justiciables. La cohérence du système et la coordination des solutions seront

⁵⁷⁷ V. *supra*, § 223.

⁵⁷⁸ V. gén. G. P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, *op. cit.*, § 307-311.

ensuite assurées par la reconnaissance des situations constituées ailleurs sans passer par la vérification de la loi appliquée au fond.

354. L'élargissement du champ d'application a cependant pour effet de placer les justiciables dans une situation où plusieurs lois sont susceptibles de régir leur rapport, ce qui pourrait être perçu comme possible source de confusion et d'incertitude. Toutefois, dès lors que la coordination est assurée par la reconnaissance postérieure de la situation qui résulte de l'application de l'une de ces lois, le justiciable n'a pas à craindre d'avoir son rapport privé d'efficacité au-delà des frontières. Au contraire, le droit d'option constitue un vrai avantage, lui permettant de se soumettre à une loi qui veut s'appliquer à son cas, alors même que celle-ci n'aurait pas été applicable selon un critère de rattachement exclusif.

Le justiciable devra demander le bénéfice offert par la loi qui l'inclut dans son champ d'application aux autorités de l'État l'ayant édictée, choix qui résulte de la combinaison d'une pluralité de lois déterminant unilatéralement leur champ d'application et se voulant applicables à la situation. Les règles relatives aux conditions dans lesquelles les parties pourront y accéder détermineront quant à elles comment les justiciables pourront revendiquer l'application de la loi élue.

Cette soumission volontaire à la *lex fori* risque en tout cas d'établir une « course vers le bas » (*race to the bottom*), au bout de laquelle les différents ordres juridiques auraient tendance à assouplir les conditions prévues par le droit local afin d'attirer des nouveaux justiciables.

Paragraphe II. Le risque de « course vers le bas »

355. Le fait pour les justiciables d'être les destinataires des règles de plus d'un ordre juridique leur met dans une position de choix et donc de *law shopping*⁵⁷⁹. Le

⁵⁷⁹ Le modèle économique du fédéralisme n'est en effet possible qu'en raison de l'offre normative faite par les différents ordres juridiques, traduite par l'application de la *lex fori* à la constitution des rapports des justiciables ayant choisi de se placer sous leur juridiction. V. gén. H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.* pp. 51 et s., spéc. p. 52 (§10) : « *ce modèle repose essentiellement sur l'idée que les diverses lois étatiques sont*

particularisme des systèmes de droit international privé peut certes conduire à des règlements substantiels distincts, mais ceux-ci ne seraient pas facilement prévisibles pour les parties. La recherche de certitude qui encourage un justiciable à soumettre sa situation à un cadre juridique sur mesure est en revanche simplifiée par un regain de l'unilatéralisme en droit international privé contemporain. Suivant une logique unilatéraliste, les parties seront en mesure de prévoir la loi applicable sans passer par le mécanisme bilatéral, et de soumettre par conséquent le rapport directement à la *lex fori* dès lors que la situation sera comprise dans l'empire de droit international privé de celle-ci. L'offre normative ainsi faite aux justiciables⁵⁸⁰ les encourage à soumettre leur rapport à un droit de leur choix non seulement de manière virtuelle, par le choix la loi applicable, mais aussi par l'intermédiaire du déplacement vers un autre État.

356. Le risque qui en découle est cependant celui de la mise en concurrence des droits, en vertu de laquelle les États s'engageraient dans une course de dérèglementation afin d'attirer plus de justiciables. Ce phénomène a été indiqué par la littérature comme étant l'un des principaux problèmes dans la gouvernance des rapports internationaux⁵⁸¹. Dans sa thèse consacrée à l'unilatéralisme, Gian Paolo Romano envisage le risque, déjà soulevé par la littérature, que le mouvement mène à « *une sorte de "dérèglementation" ("race to the bottom") en matière de conditions pour donner naissance à un rapport juridique du type considéré. L'instrument que chaque État entend offrir à ses bénéficiaires perd le caractère exclusif et se confond avec celui offert par les autres États aux mêmes sujets, donnant corps à un vrai et propre, pour utiliser un terme*

mises en concurrence du fait de la mobilité de leurs destinataires, qui disposent du pouvoir de se soustraire à l'une pour se soumettre à l'autre au moyen d'un simple déplacement ».

⁵⁸⁰ Dans le cadre du « marché des droits » ou des « usines » permettant aux parties d'accéder à un résultat substantiel donné – v. pour le premier H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.* ; et pour le second B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*

⁵⁸¹ R. WAI, « Transnational Lifftoff and Juridicial Touchdown », *op. cit.*, pp. 254-258. Sur le débat sur la course vers le bas résultant de la concurrence législative, l'auteur cite également D. CHAMY, « Competition Among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules : An American Perspective on the "Race to the Bottom" in the European Communities », *Harv. Int'l L.J.* n° 32, 1991, p. 423 (1991) ; Lucian A. BEBEHUK, « Federalism and the Corporation : The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law », *Harv. L. Rev.* n° 105, 1983, p. 1437 ; W. L. CARY, « Federalism and Corporate Law : Reflections upon Delaware », *Yale L.J.* n° 88, 1978, p. 663 et W. W. BRATTON, « Corporate Law's Race to Nowhere in Particular », *Toronto L.J.* n° 4, 1994, p. 401. V. aussi sur la compétition des droits la première partie du cours de Horatia Muir Watt à l'Académie de droit international de La Haye : « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.*, pp. 51 et s.

aujourd'hui très en vogue, "marché de produits normatifs". On assiste donc, pourrait-on dire, à une "marchandisation du droit"⁵⁸². L'auteur justifie le risque de « course vers le bas » par rapport aux bénéfices de l'unilatéralisme en ce qu'il conduit à écarter les deux grands inconvénients de la règle bilatérale à rattachement unique : la mise en œuvre d'une règle étrangère qui ne se voulait pas applicable et le refus de reconnaissance d'une situation née à l'étranger conformément à une règle qui se voulait applicable. L'auteur rappelle en outre que le *law shopping* n'est pas la fin en soi des règles de droit international privé, mais le résultat pratique de la soumission des justiciables à plusieurs régimes, parmi lesquels ils sont en mesure de choisir⁵⁸³. Il est possible d'y ajouter qu'il s'agit d'un résultat non seulement pratique, mais inévitable. Avec ou sans application de la *lex fori*, les individus se trouvent déjà dans une position de choix, qui est certes renforcée par la détermination unilatérale du champ d'application de la loi du for, mais n'en résulte pas exclusivement. La mobilité est donc une donnée de fait, et il est important de penser à son encadrement de manière constructive vers l'avenir, sans limiter l'approche à la critique d'une méthode qui, tout en présentant des bénéfices du point de vue des objectifs du droit international privé, n'est pas la seule cause des problèmes qui peuvent en découler.

357. Le risque de « course vers le bas » peut en outre être nuancé en pratique⁵⁸⁴. Sans se lancer dans un débat quant aux possibles effets bénéfiques pouvant découler de la mise en compétition des droits⁵⁸⁵, il peut simplement être admis que les résultats

⁵⁸² G. P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, *op. cit.*, §318 (c'est nous qui traduisons).

⁵⁸³ *Ibid.*

⁵⁸⁴ V. par. ex. à ce propos W. W. BRATTON, « Corporate Law's Race to Nowhere in Particular », *op. cit.*

⁵⁸⁵ La compétition aurait pour effet positif, selon une partie de la doctrine, d'encourager les ordres juridiques vers la modernisation de leurs régimes, dans le sens d'augmenter leur efficacité et de réduire les coûts qu'ils représentent pour les parties intéressées. V. gén. H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.* pp. 57-65, spéc. p. 58 : « [la théorie économique du fédéralisme] consiste à voir dans le pluralisme des droits le lieu d'une saine concurrence entre législateurs étatiques, génératrice de nombreuses vertus tant économiques que politiques » ; R. WAI, « Transnational Liftoff and Jurisdictional Touchdown », *op. cit.*, p. 255, citant Bruce KOBAYASHI, L. RIBSTEIN, « Contract and Jurisdictional Freedom », in F. H. BUCKLEY (ed), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham, London : Duke University Press, 1999, p. 325 ; Ch. TIEBOUT, « A Pure Theory of Local Expenditures », *J. Pol. Econ.* n° 64, 1954, p. 416.

(divergents) auxquels conduit respectivement l'application de la loi des différents ordres juridiques ne résultent pas forcément d'une prise de position face à ce que font les autres, mais se limitent à traduire les conceptions et les besoins au sein de la société au moment où la règle a été élaborée. Ce phénomène touristique existe, certes, dès lors que des personnes vont effectivement se rendre dans ces pays afin de se voir constituer un statut plus facilement. Toutefois, comme le souligne Gian Paolo Romano, cela ne résulte pas d'une démarche positive de l'ordre juridique d'accueil vers une déréglementation visant à attirer des nouvelles catégories de justiciables, mais de la seule l'extension de la portée de la règle à plus d'une catégorie de destinataires. Le contenu et l'empire de droit international privé de la législation ne sont donc pas le résultat d'une prise de position dans cette course, mais seulement le reflet du droit local à un moment donné.

358. La formulation du problème par Gian Paolo Romano ne concerne cependant que les « *conditions pour donner vie à un rapport juridique du type considéré* »⁵⁸⁶. La déréglementation qui pourrait résulter de l'existence d'un « marché de produits normatifs » est donc circonscrite depuis cette perspective à des domaines bien précis. Or au moment où un législateur étatique détermine les conditions pour la constitution d'un rapport, la protection des intérêts en présence est prise en considération dans le cadre de l'élaboration de la règle. Ainsi, par exemple, si un État retient que le divorce doit être immédiatement accessible, cette solution traduit une position politique quant à la question, et résulte d'un travail législatif considérant la situation des enfants, de la famille, de la société, des conjoints eux-mêmes. De même, s'il est admis qu'une société à responsabilité limitée peut être constituée en n'apportant qu'une somme purement symbolique au capital social, le choix résulte d'une appréciation du risque de faillite, de la protection des créanciers et de l'efficacité économique de la solution. Les intérêts concurrents ne tombent donc pas dans un angle mort du fait de la mise en compétition des droits ; ils sont considérés par l'ordre juridique, qui décide ensuite de l'étendue de la protection qui leur sera accordée.

⁵⁸⁶ G. P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, op. cit., § 96.

359. Dans le cas des règles applicables à la constitution des sociétés, il faut distinguer deux hypothèses. Tout d'abord, l'assouplissement des conditions relatives à la constitution d'une société attireront les parties intéressées par le régime libéral, mais qui, une fois incorporées à l'ordre juridique, exerceront l'essentiel de leur activité à l'étranger. Il s'agit de la démarche à l'origine des arrêts *Centros*⁵⁸⁷, *Inspire Art*⁵⁸⁸ et *Uberseering*⁵⁸⁹. D'un point de vue pratique, les tiers directement concernés par le rapport devront s'adapter à un contexte nouveau, prenant le soin de vérifier les informations relatives à la société indépendamment du lieu où elle exerce ses activités, afin d'éviter des surprises et d'évaluer les risques avant d'initier un rapport avec la société.

360. La seconde hypothèse concerne les fondateurs de société qui ne se contentent pas de constituer la personne morale sur le fondement du droit local, mais qui établissent celle-ci effectivement sur le territoire de l'ordre juridique d'accueil. Or le raisonnement qui vient d'être suivi, quant aux risques inexistantes ou en tout cas prévisibles découlant d'un « marché des produits normatifs », présente une faiblesse face à ce type de situation. Les conditions pour la constitution du rapport y sont considérées de manière isolée, sans contempler les effets de leur ouverture sur des rapports juridiques voisins. Le choix des justiciables attirés par un droit spécifique et voulant s'établir sur le territoire de l'ordre juridique ne se limite pas aux conditions requises pour la constitution de la société, mais s'étend à son encadrement de manière générale. Le plus grand danger pour la sauvegarde des intérêts concurrents ne réside ainsi pas dans l'assouplissement des conditions pour la création de la personne morale, mais dans la possible mise en concurrence des régimes accessoires à l'activité, comme le droit du travail et la responsabilité délictuelle en matière environnementale. L'offre de conditions favorables à la partie mobile risque en outre, sans forcément conduire à une déréglementation, d'augmenter le nombre et la variété de nouveaux rapports sans

⁵⁸⁷ CJCE 9 mars 1999, *Centros*, *Bull. Joly*, 1999.705 note Dom ; *D.* 1999.550, note M. MENJUCQ.

⁵⁸⁸ CJCE 30 sept. 2003, *Inspire Art*, *JCP* 2004.II.10002, note LUBY ; *JCP E* 2004.251, note MAGNIER ; *D.* 2004.491, note E. PATAUT ; *Rev. crit. DIP* 2004.151, note H. MUIR WATT.

⁵⁸⁹ CJCE 5 nov. 2002, *Uberseering*, *Rev. crit. DIP* 2003.508, note Lagarde ; *JCP* 2003.II.10032, note M. MENJUCQ ; *Bull. Joly* 2003.464, note LUBY ; *Rev. sociétés* 2003.315, obs. Dom ; *Petites affiches* 2003, n° 217, p. 11, obs. C. LEGROS ; *Gaz. Pal.* 2003, n° 176, p. 27, note NIBOYET.

pour autant que le cadre local soit adapté aux risques propres à ces nouvelles activités. La protection des personnes affectées par l'activité de la société d'origine étrangère est donc menacée soit directement par une déréglementation, soit par l'inadaptation du cadre juridique local aux spécificités technologiques ou à l'expansion de l'activité.

Les personnes qui risquent d'être négativement affectées par l'arrivée de la société étrangère ne sont ainsi pas les justiciables en mesure de prévoir et de s'informer sur les conséquences du choix de la loi, mais des parties qui ne sont pas contemplées par le droit des sociétés. Il s'agit de personnes qui se trouvent sur place, et dont les capacités de travail et de consommation seront prises en ligne de compte comme facteurs d'attraction de l'investisseur étranger. Ces catégories sont les mêmes qui seront exposées aux risques environnementaux découlant de régimes laxistes de responsabilité, ou de la protection de l'investisseur dans le cadre de traités bilatéraux conclus entre l'État d'origine et l'État d'accueil.

Dans l'hypothèse d'un déplacement effectif vers l'ordre juridique élu, la règle de droit international privé sous-jacente à la mobilité est toutefois indifférente. Dès lors que le lieu d'incorporation et de l'activité principale coïncident, l'application d'un critère de rattachement bilatéral aurait conduit au même résultat que la soumission volontaire des parties à la *lex societatis* qui veut s'appliquer à la constitution de la société⁵⁹⁰. Les difficultés propres à la « course vers le bas » dans ce contexte ne sont ainsi pas redevables de l'application unilatérale de la *lex fori*.

⁵⁹⁰ L'essai de parcourir le chemin inverse et de rattacher les entreprises multinationales à leur ordre juridique d'origine afin de les rendre responsables des excès de leur mobilité constitue l'une des principales préoccupations en la matière. La difficulté est celle-ci : à défaut de briser l'écran de la personnalité morale, la multinationale demeure une société incorporée dans l'ordre juridique où elle exerce son activité. Le raisonnement est donc exactement l'inverse de celui des affaires *Centros*, *Uberseering* et *Inspire Art*. Une proposition de loi visant à encadrer la responsabilité des branches internationales de l'activité d'entreprises françaises a été présentée à l'Assemblée Nationale le 6 novembre 2013 : Proposition de loi n° 1524 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, disponible sur : <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1524.asp>>.

Paragraphe III. Le recherche d'une règle hybride comme alternative à l'application systématique de la *lex fori*

361. Si la possibilité de ne prendre en compte que les seuls vrais conflits simplifie la gestion de la pluralité normative, une critique souvent adressée à l'unilatéralisme remonte à la question de comment résoudre ce conflit. On peut en effet reprocher à la méthode le fait que la *lex fori* sera appliquée toutes les fois où celle-ci se retiendra compétente, en absence de conflit ou en cas de vrai conflit avec les commandements d'un ordre juridique étranger. Cette solution peut être jugée nationaliste, caractérisée par un esprit de clocher ou en tout cas inadaptée à la résolution de cas complexes liés à la globalisation (notamment lorsqu'il est question dans la littérature de redonner un rôle global au droit international privé).

Il n'est cependant pas nécessaire que les vrais conflits soient systématiquement tranchés au profit de la loi du for. Il a été question antérieurement de méthodes alternatives, reposant notamment sur l'effectivité⁵⁹¹. Puisque dans ce chapitre il est question de méthodes conduisant à une meilleure gestion de l'hétérogénéité du cadre juridique dans lequel les angles morts risquent le plus d'apparaître, on procédera à la recherche d'une méthode de résolution des vrais conflits permettant également qu'une solution adaptée, tenant compte de tous les intérêts en cause, soit atteinte.

362. Paul S. Berman soulève, parmi les méthodes permettant une meilleure gestion de la pluralité des droits, la possibilité pour un ordre juridique de créer de règles hybrides comme alternative à l'application de la seule loi étrangère applicable selon le droit international privé du for, là où celle-ci ne serait pas en mesure d'accorder un traitement satisfaisant à la situation⁵⁹². La poursuite d'un règlement satisfaisant au-delà du résultat formel de l'application du droit international privé a suscité une critique de la

⁵⁹¹ V. *supra*, § 150 et s.

⁵⁹² P. S. BERMAN, « Global Legal Pluralism », *op. cit.*, p. 1217. L'auteur s'inspire de l'exemple donné en matière de propriété intellectuelle par G. B. DINWOODIE, « A New Copyright Order : Why National Courts Should Create Global Norms », *U. Pa. L. Rev.* vol. 149, 2000, p. 469. L'auteur avait déjà discuté cette possibilité dans « Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws : Redefining Governmental Interests in a Global Era », *U. Pa. L. Rev.* vol. 153, 2005, p. 1819, spéc. p. 1843. Cette solution a également été reprise par A. RILES, « Cultural Conflicts », *Law & Contemp. Probs.* vol. 71, 2008, pp. 273-308, spéc. p. 297.

règle bilatérale avant même la publication par Cavers de son article fondateur aux États-Unis⁵⁹³. Des méthodes alternatives, axées sur des considérations de justice matérielle, ont été proposées en Europe⁵⁹⁴ par Jitta⁵⁹⁵, Hijmans⁵⁹⁶ et Fränkel⁵⁹⁷. Afin d'éviter que la situation soit soumise à une loi inadéquate, ces auteurs proposaient en effet l'élaboration de règles *ad hoc*, conciliant les différents ordres juridiques qui auraient, dans un cas de vrai conflit, vocation à régir la situation. Cette solution a également été envisagée antérieurement, dans l'analyse la résolution d'un conflit entre lois de police⁵⁹⁸.

363. Dans les cas comportant des angles morts, cependant, la recherche d'une solution satisfaisante par une méthode qui poursuive, dans la désignation de la loi applicable, des considérations matérielles risque de ne pas conduire à une prise en compte des différents intérêts en cause. La possibilité de mise en œuvre d'une telle solution repose tout d'abord sur la prise en compte de tous les éléments de la situation – considération qui est en soi un obstacle dans les cas comportant des angles morts. Ensuite, l'identification de la loi applicable n'est pas au centre de la discussion dans les cas envisagés antérieurement. La loi indienne aurait tout autant régi la filiation d'Adrien Jay et Romain Nikhil si les exceptions de fraude ou d'ordre public international n'étaient pas intervenues. Mme Rado a été privée de la possibilité même de débattre la loi applicable, et une éventuelle vocation de lois de police françaises à s'appliquer n'a pas évité que le juge se déclare incompétent. Enfin, encore qu'il soit possible d'entamer un débat sur le droit applicable dans un arbitrage d'investissements et sur l'opportunité d'une ouverture vers les droits de l'homme⁵⁹⁹, ceci n'était pas en question au moment

⁵⁹³ D. F. CAVERS, « A critique of the choice of law problem », *Harv. L. Rev.* vol. 47, 1933-1934, p. 173. L'auteur préconisait que le conflit soit directement soumis à l'ordre juridique en mesure de fournir la solution la plus appropriée « *from the standpoint of justice between the litigating individuals or of those broader considerations of social policy which conflicting laws may evoke* »: *ibid.*, p. 192-193.

⁵⁹⁴ V. gén. Rodolfo DE NOVA, « Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international », *op. cit.*

⁵⁹⁵ Z.-J. JITTA, *La méthode du droit international privé*, La Haye : Belinfante, 1890.

⁵⁹⁶ I. H. HIJMANS, *Algemeene Problemen van Internaal Privatrecht*, Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink, 1937.

⁵⁹⁷ R. FRANKEL, « *Der Irrgarten des internationalen Privatrechts* », 4 *RabelsZ* 239, 241 (1930).

⁵⁹⁸ V. *supra*, § 156 et s.

⁵⁹⁹ M. D. GOLDBABER, « The rise of arbitral power over domestic courts », *Stanford Journal of Complex Litigation*, 2013, pp. 373-416, spéc. pp. 409-413 ; H. MUIR WATT, « The contested

de la mise en œuvre de l'article 26 du règlement CNUDCI par le tribunal arbitral dans l'affaire *Chevron Texaco c. Équateur*.

Paragraphe IV. La reconnaissance d'un fait accompli à l'épreuve de l'angle mort dans lequel se trouvent les intérêts d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger

364. Le cas des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil concerne la reconnaissance d'un droit personnel constitué à l'étranger, et peut ainsi être envisagé depuis la perspective d'une approche unilatéraliste. En Inde, il est estimé que 25.000 enfants naissent tous les ans du ventre de mères porteuses⁶⁰⁰ : le même nombre que tous les enfants nés par le même procédé aux États-Unis entre 1976 et 2007⁶⁰¹. Au moins 50% des enfants sont destinés à des parents étrangers⁶⁰². Des cliniques spécialisées servent d'intermédiaire entre les couples d'intention et les mères porteuses, appartenant essentiellement aux classes les plus pauvres de la population⁶⁰³. Elles annoncent sur leurs sites internet la possibilité pour les parents d'intention de « louer un utérus » afin de réaliser leur souhait de procréation⁶⁰⁴. Des contrats tripartites sont alors signés entre la clinique, la mère porteuse et le couple d'intention. À la différence des contrats américains, souvent très complets, les contrats de gestation pour autrui indiens sont plus

legitimacy of investment arbitration and the human rights ordeal : the missing link », in W. MATTLI, T. DIETZ (eds.), *International Arbitration and Global Governance : Contending Theories and Evidence*, Oxford : Oxford University Press, 2014, pp. 214-239.

⁶⁰⁰ K. DESAI, « India's surrogate mothers are risking their lives. They urgently need protection », *The Guardian*, 5 juin 2012, disponible sur : <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/jun/05/india-surrogates-impoverished-die>>.

⁶⁰¹ Chiffre publié dans J. KEEN, « Surrogate relishes unique role », *USA Today*, 23 janv. 2007, disponible sur : <http://usatoday30.usatoday.com/news/health/2007-01-22-surrogate-role_x.htm>. Le chiffre annuel aux États-Unis est de 1400 enfants par an : « Surrogacy tourism "skyrockets" in US as wealthy international couples take advantage of lax American laws », *Mail Online*, 14 avril 2011, disponible sur : <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-1376911/Surrogacy-tourism-skyrockets-US-wealthy-international-couples-advantage-lax-American-laws.html>>.

⁶⁰² K. DESAI, « India's surrogate mothers are risking their lives. They urgently need protection », *op. cit.*

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ V. par exemple le site de la clinique Dehli IVF, situé à New Dehli : <<http://www.delhi-ivf.com/surogacy.html>>.

limités, et ils ne sont pas encadrés par une réglementation spécifique⁶⁰⁵. Ils prévoient la rémunération de la mère porteuse et les conditions de la grossesse, en incluant des stipulations discutables comme l'abstention des rapports sexuels pendant la grossesse⁶⁰⁶. Des clauses problématiques mises en avant par les spécialistes de la question sont aussi celles relatives au nombre élevé d'embryons pouvant être implantés dans l'utérus de la mère porteuse, qui risquent de mettre sa santé en péril, ainsi que la pratique courante de césariennes, de façon à programmer la date de l'accouchement à l'avance et de permettre aux parents d'intention d'être présents pour assister à la naissance⁶⁰⁷. L'enfant est conçu selon le modèle gestationnel, où l'embryon est formé avec les gamètes des parents d'intention (ou d'un donneur anonyme en cas d'impossibilité) et ensuite implanté dans l'utérus de la mère porteuse. Quand l'enfant est né, le certificat de naissance est établi au nom des parents d'intention, qui devront ensuite se rendre auprès des autorités consulaires de leur pays d'origine pour demander les documents de voyage permettant au nouveau-né de quitter le territoire indien. C'est alors par la suite que les autorités indiennes accorderont à l'enfant un visa de sortie. Les parents d'intention eux-mêmes ont la possibilité de séjourner en Inde grâce à un visa médical⁶⁰⁸.

365. Réfléchir à l'encadrement de ces cas est une tâche particulièrement difficile. Depuis la perspective des mères porteuses, notamment en Inde, la situation peut être analysée de manière similaire au cas de Maria Aguinada ou à l'affaire *Bhopal*⁶⁰⁹. Dans ces cas, cependant, l'aspect le plus important pour assurer que les intérêts de ces parties soient sauvegardés concerne leur accès à la justice et à un dédommagement adéquat. La

⁶⁰⁵ D. KHARB, « Assisted Reproductive Techniques Ethical and Legal Concerns. », *The Internet Journal of Law, Healthcare and Ethics* 4.2 (2007).

⁶⁰⁶ V. un modèle de contrat sur : http://www.surrogacylawsindia.com/admin/userfiles/file/Chapter_4.pdf.

⁶⁰⁷ K. DESAI, « India's surrogate mothers are risking their lives. They urgently need protection », *op. cit.* Sur l'aspect dangereux de l'implantation de plus d'embryons que ce que le corps de la mère peut supporter, v. par exemple Deepa KHARB, « Assisted Reproductive Techniques Ethical And Legal Concerns. », *op. cit.*

⁶⁰⁸ http://www.progenyivf.com/surrogacy/process_of_Taking_surrogacy_baby_back.php

⁶⁰⁹ La position de la jurisprudence française est toutefois déduite de l'indisponibilité du corps humain, et ne distingue pas un cas de l'autre selon les conditions dans lesquelles la gestation pour autrui a eu lieu (notamment par rapport à la situation de la mère porteuse).

loi applicable joue alors un rôle secondaire par rapport au cadre dans lequel l'affaire sera jugée.

En revanche, l'angle mort dans lequel se trouvent les intérêts des jumeaux Adrien Jay et de Romain Nikhil, enfants nés à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui, touche de plus près la question de la loi applicable à la reconnaissance de leur statut. Le cas se distingue également, à cet égard, de celui des sociétés étrangères, dès lors que le déplacement des parents d'intention en Inde a pour objectif non seulement la conclusion d'un contrat à des conditions favorables, mais aussi la constitution d'un lien de filiation. Le lien entre la situation créée à l'État d'accueil et l'État d'origine des parents d'intention (celui auquel ils ont voulu échapper) sera ainsi nécessairement renoué de manière plus nette que dans le cas des sociétés. Plutôt que d'échanger des informations ou de rapatrier des bénéficiaires, les parents d'intention devront s'adresser aux autorités de leur État d'origine afin de demander la reconnaissance du lien de filiation. Le refus de reconnaissance place les enfants dans un angle mort, du fait que leur intérêt supérieur échappe au champ de vision des autorités de l'État d'origine des parents d'intention.

366. Cette description peut être déroutante en ce que, en présentant la situation comme l'opposition entre les intérêts de l'enfant et ceux sauvegardés par le for, elle place le juge en tant qu'antagoniste. Dans le cas de la gestation pour autrui, puisqu'il n'est pas question d'un dommage causé à l'enfant (à la différence du cas de Maria Aguinda ou même de Mme Rado, où une société étrangère porte atteinte à leurs droits), il est facile de perdre de vue que la dynamique, tout comme dans les exemples mettant en cause des sociétés, a pour déclencheur un exercice de volonté individuelle. Or cet acte déclencheur est celui des parents d'intention. Toute analyse visant à développer un meilleur encadrement des gestations pour autrui internationales doit partir de ce présumé. L'encadrement doit viser l'ensemble des intérêts en présence, et avoir pour objet l'exercice de volonté par les parents d'intention. Une réponse drastique face à un fait accompli – l'enfant déjà né à l'étranger – ne sera jamais satisfaisante.

367. Il est tout d'abord indispensable de réfléchir à des solutions *ex ante* qui visent non le procédé en soi, mais le comportement des justiciables mobiles. Or ces solutions concernent justement les conditions dans lesquelles les parents sont en mesure

d'échapper au *champ de vision* de leur État d'origine, tout comme l'efficacité de leur stratégie⁶¹⁰. La réaction qui ne voit pas les intérêts des enfants se distingue donc sur un point principal de celle opposée au déplacement des sociétés. Dans un cas comme celui de Maria Aguinda, la décision qui ignore la situation des victimes équivaut à un gain de cause de la société. Ainsi, la décision américaine qui sursit à statuer sur le fondement du *forum non conveniens* satisfait la demande de Texaco ; la mesure conservatoire ordonnée par le tribunal arbitral dans la procédure opposant Chevron à l'Équateur avait également pour origine une requête de la société. Il y a donc une contradiction immédiate entre les intérêts de la personne qui a exercé sa volonté pour soumettre la situation à un cadre qui lui serait plus favorable et ceux des parties dont les intérêts ne sont pas pris en compte. Au contraire, dans les cas concernant la gestation pour autrui, c'est la sanction du déplacement des parents d'intention qui crée les effets les plus néfastes sur la situation des enfants. La nature de ce qui est demandé au juge est distincte (la reconnaissance de l'état civil de l'enfant plutôt qu'une réparation, comme dans le cas de Mme Rado ou de Maria Aguinda), et la sanction du comportement des parents d'intention finit par contaminer la situation des enfants, qui ne peuvent pas avoir leur lien de filiation reconnu. Il y a ainsi une opposition entre des cas où l'on demande que la situation antérieure au déplacement soit rétablie (par des dommages-intérêts) et des cas où ce rétablissement n'est pas possible, du fait de la naissance de l'enfant⁶¹¹.

368. En 1919, Kollewijn a proposé, lors de son discours à l'encontre du critère de

⁶¹⁰ L'exemple peut concerner aussi bien des parents provenant d'États où la gestation pour autrui est interdite que des parents d'intention californiens qui, tout en étant autorisés à avoir recours à une mère poteuse dans leur État, choisissent de se rendre en Inde en raison du cadre plus libéral (et moins coûteux) mis en place par le droit indien.

⁶¹¹ La solution retenue par la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, sanctionnant la France à la suite des recours des familles Mennesson et Labassée, considère la situation de l'enfant, et conclut que le refus de reconnaissance porte atteinte à ses droits fondamentaux. Le raisonnement déclenché par cette solution est alors l'opposé de celui qui précède : la décision qui sauvegarde les intérêts des enfants contamine la situation des parents d'intention, qui en sont également les bénéficiaires. Quoiqu'il en soit, la décision à prendre face aux effets de la filiation une fois l'enfant né ne pourra pas être pleinement satisfaisante, sauf à prévoir des sanctions spécifiques en droit pénal, afin de dissuader ou de punir les parents d'intention tout en respectant les droits de l'enfant. Il demeure cependant possible de réfléchir à des solutions inspirées du dialogue entre ordres juridiques, peut conduire à éviter une situation d'angle mort en entravant ou en neutralisant les effets du déplacement des justiciables, par la considération des obstacles mis en place par l'ordre juridique de départ. Le point de vue relevant passe ainsi à être celui de l'ordre juridique élu, qui doit réagir face à l'accueil de la demande des justiciables provenant d'ailleurs.

rattachement de la loi personnelle fondé sur la nationalité⁶¹², que les situations régulièrement créées à l'étranger soient reconnues en tant que *faits accomplis*. La proposition du juriste néerlandais est consacrée à l'article 9 de la loi qui codifie les solutions de droit international privé aux Pays-Bas⁶¹³. Cette proposition est proche de la méthode de la reconnaissance, plus connue des juristes français⁶¹⁴, qui vise elle aussi à préserver les attentes des parties⁶¹⁵.

Il n'est cependant pas suffisant de transposer le raisonnement en matière de gestations pour autrui à une opposition entre la solution qui aurait résulté d'un raisonnement bilatéraliste et celle découlant d'une méthode unilatéraliste pour obtenir des réponses concrètes au problème du sort des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. Dès l'abord, il n'est pas excessif de retenir l'application de la loi indienne à la filiation d'un enfant né en Inde, souvent de mère indienne⁶¹⁶. En droit international

⁶¹² R. D. KOLLEWIJN, « The degeneration of the nationality principle in modern Private International Law », *Diritto internazionale*, 1959, p. 508. Pour une contribution récente sur le thème du fait accompli, v. Y. LEQUETTE, « De la “proximité” au “fait accompli” », in : V. HEUZE, R. LIBCHABER, P. de VAREILLES-SOMMIERES (eds.), *Mélanges à l'honneur de Pierre Mayer*, Paris : LGDJ, 2015.

⁶¹³ Art. 9 du livre 10 du Code civil néerlandais : « Si des effets juridiques sont attachés à un fait en vertu du droit qui est applicable selon le droit international privé d'un État concerné, les mêmes effets juridiques peuvent être accordés aux Pays-Bas, même en méconnaissance du droit applicable selon le droit international privé néerlandais, dans la mesure où le non-octroi de ces effets constituerait une atteinte inacceptable à la confiance légitime des parties ou à la sécurité juridique ».

⁶¹⁴ Paul Lagarde invoque en effet l'article 9 de la loi néerlandaise de DIP (*supra* note 36) en tant que consécration de la méthode de la reconnaissance : P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in : P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*. Paris: Pedone, 2013, p. 19.

⁶¹⁵ Sur la reconnaissance des situations étrangères comme solution évitant aux justiciables de se trouver dans une situation d'antinomie, v. G. P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato*, *op. cit.*, para. 307 et s., spéc. § 317 : « *una volta celebrato all'estero un matrimonio, pronunciato un divorzio, costituito un rapporto adottivo o di filiazione, ovvero una società, diventa difficile, almeno in qualche misura, non riconoscerli nel foro. [...] Non riconoscere tali rapporti significa creare direttamente un'antinomia, mentre riconoscerli significa evitare tale antinomia. [...] Lo scopo [delle norme che fissano le condizioni per il riconoscimento...] è precisamente quello stesso delle norme di d.i.p., cioè quello di evitare il conflitto di norme per i destinatari, conflitto che inevitabilmente si ingenererebbe se questi si trovano ad essere parti di un rapporto, avente un certo contenuto, in uno Stato (quello le cui autorità hanno emesso la decisione), e parti di un rapporto avente un contenuto con il primo incompatibile in un altro Stato (quello che rifiuta il riconoscimento)* » (souligné dans l'original).

⁶¹⁶ Le cas d'Adrien Jay et de Romain Nikhil correspond à cette hypothèse plus simple où la mère porteuse figure sur le certificat de naissance à côté du père d'intention. Dans les affaires où cela n'a pas été le cas, l'établissement du certificat peut être considéré frauduleux, ce qui

privé français, il s'agit de la loi qui aurait été applicable en vertu de l'article 311-14 du Code civil. Les deux méthodes auraient donc conduit au même résultat.

369. Il a en revanche été question précédemment de l'opportunité pour l'ordre juridique de destination de prendre en compte la règle que l'exercice de volonté du justiciable avait pour but d'écarter⁶¹⁷. Si une telle possibilité pouvait être envisagée lors de l'analyse de l'affaire *Lloyd's*, elle ne peut cependant pas être transposée au cas de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger. En effet, la demande de constitution du rapport de filiation en Inde ne peut avoir lieu qu'après la naissance de l'enfant. Les difficultés face à un refus de constituer le rapport de filiation en Inde sont donc assimilables à celles d'un refus de reconnaissance en France. En l'absence d'une réglementation spécifique au niveau local, il n'est en outre pas possible d'imposer des limites et des conditions à l'activité des cliniques et aux contrats conclus entre les parties avant la naissance de l'enfant. Le Ministère des affaires étrangères indien a essayé d'intervenir en imposant des conditions à la délivrance du visa médical aux parents d'intention⁶¹⁸, qui ont toutefois évolué vers une interdiction de la pratique en Inde.

oppose un obstacle en plus à la reconnaissance du lien de filiation. V. en ce sens une décision de la Cour d'appel de Rennes par rapport à une gestation pour autrui réalisée en Ukraine, dans des conditions similaires à celles réalisées en Inde (sans passer par un jugement) : Rennes, 8 janvier 2003, préc.

⁶¹⁷ V. *supra*, § 156 et s.

⁶¹⁸ Les conditions pour l'obtention du visa médical étaient: « *The Ministry of Home Affairs has decided that Foreign nationals intending to visit India for the purpose of Commissioning Surrogacy shall be issued Medical Visa subject to the fulfillment of following conditions: [...]* (ii) *A letter from the Embassy of the foreign country in India or the Foreign Ministry of the country should be enclosed with the visa application stating clearly that (a) the country recognizes surrogacy and (b) the child/children to be born to the commissioning couple through the Indian surrogate mother will be permitted entry into their country as a biological child/children of the couple commissioning surrogacy* ». Un refus de délivrer l'attestation, ou une attestation de non-reconnaissance, de la part de l'État d'origine seraient ainsi en mesure d'entraver dès le départ la stratégie des parents d'intention, évitant aux autorités la tâche d'avoir à faire avec la situation une fois l'enfant né. L'efficacité de cette solution n'est toutefois pas absolue, dès lors que certains parents se rendent en Inde pour avoir recours à la gestation pour autrui avec un visa de tourisme. La condition mise en place par le Ministère des affaires étrangères indien ouvre cependant le chemin à un contrôle à l'arrivée des parents d'intention, permettant d'entraver leur accès aux cliniques qui servent d'intermédiaire à la réalisation de la gestation pour autrui.

370. Finalement, l'exception de fait accompli ou la méthode de la reconnaissance⁶¹⁹ ne peuvent pas entraver l'exception d'ordre public, limite ultime de la tolérance d'un ordre juridique envers les normes d'un autre⁶²⁰. L'exception de fait accompli aurait pu contribuer à en accorder un règlement plus équilibré du point de vue des enfants nés à l'étranger, mais la reconnaissance de la situation n'est pas confrontée à une question de loi applicable, mais de pratique contraire à l'ordre public international. Le type de fondement au refus de reconnaissance que l'exception de fait accompli vise à corriger (la non-conformité de la situation à la loi applicable selon le droit international privé du for)

Cette solution a été critiquée en ce qu'elle échoue à distinguer le rapport de famille du contrat conclu avec la mère porteuse, dont la validité n'est pas mise en question devant le juge français⁶²¹. Quoi qu'il en soit, jusqu'en 2015 l'ordre public international français s'opposait à une reconnaissance du rapport constitué en Inde, indépendamment de la régularité de la décision locale qui en était à l'origine.

Section II. La reprise en main des intérêts occultés dans un angle mort par un changement de perspective

371. S'il n'est pas possible de reprendre le contrôle sur les différents aspects de la situation en les intégrant dans la question à résoudre, un ordre juridique peut être encouragé à adopter un regard *aérien* par un organe supranational qui permettrait, depuis le haut, de pouvoir à nouveau voir un objet qui se trouvait occulté derrière un obstacle (**Paragraphe I^{er}**). Dans les cas où une autorité supranationale n'aurait pas été instituée, il demeure possible pour les ordres juridiques d'exercer leur pouvoir sur un

⁶¹⁹ Sur la question de la méthode de la reconnaissance comme exception ou comme méthode autonome, v. P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *op. cit.* ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in : *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges P. Lagarde*, 2005.547 ; S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale ». *Rev. crit. DIP*, 2007.307.

⁶²⁰ D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance : recherches sur le pluralisme juridique*. Thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002, pp. 1-2, 69-88.

⁶²¹ V. le commentaire de Sylvain Bollée à l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 17 décembre 2008, *Clunet* 2009, comm. 9.

aspect de la situation par le biais de la coopération qui permettrait, comme en interposant un miroir, d'étendre le champ de vision d'un ordre juridique sans qu'il soit nécessaire d'adopter un point de vue aérien (**Paragraphe II**).

Paragraphe I^{er}. L'adoption d'une perspective aérienne

372. La première dimension de la *conflicts-law approach* proposée par Christian Joerges vise à « compenser le déficit démocratique des États » par des principes d'origine supranationale⁶²². Les décisions étatiques se trouvent ainsi contrôlées afin qu'une certaine idée de justice se trouve réalisée. En pratique, le contrôle de conformité des décisions étatiques par rapport à des principes d'origine supranationale impose une adaptation de ces décisions, dans un sens distinct de celui qui aurait été imposé par l'application d'une règle étatique. Admettant que cette adaptation conduise à une meilleure prise en compte des intérêts occultés dans un angle mort, un meilleur traitement de la situation aurait donc été rendu possible par un changement dans la perspective de l'observateur, qui regarde désormais les faits depuis le *haut* d'une source hiérarchiquement supérieure.

373. Le cas des jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil ont l'intérêt de représenter un problème récent qui a rapidement évolué quant à son traitement en droit positif. Depuis les arrêts *Menesson*, *Azjner* et *Labassée*, rendus par la Cour de cassation en 2011⁶²³, l'encadrement de la gestation pour autrui (entre droit administratif, jurisprudence judiciaire et droit étranger) n'a cessé d'évoluer. Il a été possible de découvrir de nouvelles techniques, de nouvelles filières, leurs chances de succès et le risque d'échec. En 2014, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation des droits des enfants en raison de sa position stricte à

⁶²² Ch. JOERGES, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », in Ch. JOERGES, E.-U. PETERSMANN (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*. Oxford : Hart Publishing, 2011, p. 413; Ch. JOERGES. « A new form of conflicts law as the legal paradigm of the postnational constellation », in : Ch. JOERGES, J. FALKE (eds.), *Karl Polanyi, globalisation and the potential of law in transnational markets*, Oxford : Hart Publishing, 2011, pp. 465-501, spec. p. 479.

⁶²³ Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2011, préc.

l'encontre de la reconnaissance de leur filiation⁶²⁴. Il est déjà possible de voir les effets de cette décision appliqués en pratique, dans un complet renversement des décisions rendues par les juridictions françaises en la matière⁶²⁵. La perspective *aérienne*⁶²⁶ imposée par la décision de la Cour européenne des droits de l'homme a permis de localiser et de secourir les intérêts des enfants, ignorés aussi bien dans le déplacement de leur père que dans la réception des effets de la gestation pour autrui par les autorités françaises.

374. L'affaire Mme Rado est plus ancienne, mais la situation des consommateurs parties à des conventions d'arbitrage a elle aussi évolué. La Cour de justice des communautés européennes a décidé qu'un tribunal espagnol devait se reconnaître compétent malgré la clause compromissoire stipulée dans un contrat d'adhésion⁶²⁷. Ici encore, l'approche déplacée et le regard *aérien* de la Cour ont permis de briser l'écran érigé par le régime de l'arbitrage, et de *voir* les intérêts de la consommatrice⁶²⁸.

375. Dans ces espèces, un changement de perspective imposé par une source supranationale a permis d'aller au-delà d'un résultat formel et de prendre en compte les intérêts occultés par un angle mort. Une règle hiérarchiquement supérieure est

⁶²⁴ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France* et *Labbassée c. France*, D. 2014.1773, note H. FULCHIRON et Ch. BIDAUD-GARON. ; *RDLF* 2014, chron. n° 21, note M. FARGE. La cour reconnaît la violation des droits des enfants, mais pas des parents d'intention.

⁶²⁵ TGI Nantes, 13 mai 2015. Le parquet a interjeté appel. La décision concernait trois couples hétérosexuels qui ont eu des enfants en Inde, en Ukraine et aux États-Unis. Parce que la mère, dans ces hypothèses, n'est pas la femme qui a donné naissance à l'enfant, la reconnaissance des certificats rencontrait encore plus d'obstacles.

⁶²⁶ Pour un autre emploi de la métaphore de la perspective aérienne, v. Gian Paolo ROMANO, «Conflits entre parents et conflits d'ordres juridiques en matière de responsabilité parentale», in : Christine GUY-ECABERT et Elisabeth VOLCKRICK (dir.), *Enlèvement parental international d'enfants – Saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?*, Neuchâtel / Bâle : CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel / Helbing Lichtenhahn, 2015, pp. 85-127.

⁶²⁷ CJCE 26 octobre 2006, *Claro*, *Rev. arb.* 2007, p. 109, note Laurence IDOT ; *JCP* 2007, p. 16, n° 1, chron. Ch. SERAGLINI ; *Clunet* 2007, p. 581, note Alexis MOURRE.

⁶²⁸ Pour une critique de cette solution, v. J. CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international: l'effet négatif du principe de compétence-compétence*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011, pp. 100-104.

intervenue en tant que *méta-norme* à laquelle les résultats doivent se conformer⁶²⁹. Certes, l'intervention de ces normes crée des nouveaux conflits, qui dépassent la dimension horizontale des conflits interétatiques de lois ou de juridictions. Dans l'hypothèse où « *les régimes de deux niveaux différents qui s'appliquent aux différents aspects d'un cas donné font des demandes contradictoires* »⁶³⁰, il y aura un conflit *diagonal* : la décision au niveau étatique devra se conformer à la règle de niveau hiérarchiquement supérieur. Concrètement, la confluence de ces méta-normes sur la résolution des questions de droit international privé permettent que les intérêts occultés dans les cas des jumeaux nés de mère porteuse et de la consommatrice puissent être prise en compte dans la prise de décision⁶³¹.

376. Il suffit de poursuivre cette logique pour comprendre pourquoi dans le cas de Maria Aguinda une perspective aérienne s'imposant à la décision sur tribunal arbitral n'était pas envisageable. Le régime des investissements internationaux obéit à une logique propre. Il peut être considéré, à la lumière de la typologie proposée par Gunther Teubner et Andreas Fischer-Lescano⁶³², comme un régime autonome, doté d'une rationalité indépendante de celle des ordres juridiques à l'appui desquels il évolue. Dans l'état du droit positif, il n'est pas possible d'imposer à un tribunal arbitral de respecter de normes supérieures et extérieures qui auraient pu avoir un titre à s'appliquer à leur situation.

⁶²⁹ À l'image de la première dimension du « droit des conflits », telle que mise en avant par Ch. JOERGES, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », in Ch. JOERGES, E.-U. PETERSMANN (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*. Oxford : Hart Publishing, 2011, p. 413.

⁶³⁰ Ch. JOERGES, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », *op cit*, p. 428.

⁶³¹ L'intervention de ces normes n'est pas à l'abri de résultats criticables. Les décisions de la CJCE en matière de droits sociaux n'a certes pas contribué à la protection de parties vulnérables (CJCE, 18 décembre 2007, *Laval* et CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line*, *Clunet* 2008, p. 590, note F. CHALTIEL, C. J. BERR et C. PRIETO). Toutefois, il est essentiel ici de distinguer la portée collective, sur le long terme, de la décision de celle individuelle, concrète, par rapport au justiciable concerné par un angle mort. Dans la décision de la Cour européenne des droits de l'homme sur la gestation pour autrui, par exemple, il y a un risque d'impact collectif préoccupant – une multiplication du recours à des mères porteuses sans que soit engagée une réflexion sur la protection de ces femmes étrangères. Pour les enfants, toutefois, la solution est fondamentale pour qu'ils puissent faire valoir leurs intérêts.

⁶³² A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions: The Vain Research for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *op. cit.* note 33.

Les régimes autonomes n'évoluent cependant pas dans un vide – l'environnement dans lequel leurs décisions ont un impact exerce des pressions et suscite des revendications. De ce point de vue, le régime des investissements traverse un moment de contestation qui pourrait mener à des changements structuraux dans l'objectif d'augmenter la légitimité du système. En ce qui concerne le droit matériel, la procédure arbitrale est de plus en plus confrontée à une demande d'ouverture vers la protection des droits de l'homme et les parties qui les représentent (victimes et organisations non gouvernementales)⁶³³. Cette évolution dans le raisonnement de l'arbitre permettra de mettre en balance les droits de l'investisseur et l'impact de l'investissement sur ces intérêts concurrents⁶³⁴, qui ne sont souvent pas représentés dans le contentieux⁶³⁵.

Paragraphe II. L'extension du champ de vision par les espaces de coopération, d'échange et de coordination informelle.

377. Si une méta-norme permet au juge d'avoir une vision *aérienne* de la situation, d'autres techniques interviennent comme des *miroirs* qui réduisent les angles morts, à la façon de la vitrine d'un magasin, grâce aux vertus réfléchissantes de laquelle un conducteur peut se garer le long du trottoir en voyant précisément la distance qui sépare encore l'arrière de son véhicule de celui qui est déjà garé derrière lui. Grâce à ce phénomène optique, tout se passe alors comme si le conducteur bénéficiait du point de

⁶³³ M. D. GOLDBABER, « The rise of arbitral power over domestic courts », *op. cit.* note 34. V. la discussion dans T. DIETZ, W. MATTLI, *Investment arbitration and global governance : Contending theories and evidence*, Oxford University Press, 2014.

⁶³⁴ Sur l'application du principe de proportionnalité par les tribunaux arbitraux statuant en matière d'investissements internationaux, v. A. STONE SWEET, « Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez », 46 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 911 (2013-2014).

⁶³⁵ Comme dans les autres cas, l'affaire Chevron ne cesse d'évoluer. L'arbitrage opposant la société américaine à l'Équateur a enfin atteint une solution sur le fond en faveur de l'État – et donc des victimes. Le tribunal arbitral a conclu que l'accord litigieux libérait en effet Chevron de la responsabilité pour dommage environnemental, mais n'avait pas la portée d'écarter les demandes individuelles, telles que celles de Maria Aguinda et de sa communauté. Cour permanente d'arbitrage, *Chevron Texaco c. République de l'Équateur*, deuxième sentence sur le fond, 12 mars 2015, PCA Case 2009-23.

vue, extérieur aux deux voitures, qui serait celui d'un piéton l'aidant à exécuter sa manœuvre depuis le trottoir.

378. Pareillement, sans qu'il ne soit nécessaire d'adopter une nouvelle dimension (verticale), il est possible, dans le rapport horizontal entre ordres juridiques, de rendre visible les intérêts occultés dans un angle mort par le biais de la coopération entre ordres étatiques. La « constitutionnalisation de la coopération transnationale » constitue la deuxième dimension de la *conflicts-law approach*, qui se veut une réponse « à l'incapacité [pour la prise de décision politique au niveau national] d'atteindre des objectifs réglementaires de manière autonome et isolée »⁶³⁶.

379. Il a été question antérieurement de la manière par laquelle un ordre juridique peut permettre à l'autre d'atteindre une situation qui est échappée à sa « portée de tir », en appliquant celles de ses règles qui veulent régir la situation de ses ressortissants. Le cas d'Adrien Jay et de Romain Nikhil offre ici un bon exemple. Le marché de la gestation pour autrui en Inde ne cesse de grandir. En un an, les mères porteuses indiennes mettent au monde autant de bébés que dans toute l'histoire de la gestation pour autrui aux États-Unis⁶³⁷. Alors qu'une intervention législative en la matière se fait toujours attendre, des règles en matière d'immigration ont permis d'imposer certaines limites à la gestation pour autrui. Avant de se rendre en Inde pour commencer le procédé de fertilisation qui précède la gestation pour autrui proprement dite, les parents d'intention ont besoin d'un visa médical. Le gouvernement indien a imposé des conditions à l'obtention de ce visa, en réponse aux difficultés issues du refus de reconnaissance de la filiation des enfants par le pays d'origine des parents. Il sera

⁶³⁶ Ch. JOERGES, « The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », *op. cit.*, p. 24.

⁶³⁷ En 2012, on estimait que 25.000 enfants venaient au monde en Inde tous les ans à la suite d'une gestation pour autrui (K. DESAI, « India's surrogate mothers are risking their lives. They urgently need protection », *The Guardian*, 5 juin 2012, disp. sur : <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/jun/05/india-surrogates-impoverished-die>), alors qu'en 2011 le nombre d'enfants nés aux États-Unis depuis les années 1970 par le recours à une mère porteuse était estimé à 22.000 (Mark HANSEN, « And Baby Makes Litigation: As Surrogacy Becomes More Popular, Legal Problems Proliferate », *ABA Journal*, vol. 97, 2011, pp. 53-57). Un autre article indique le chiffre de 25.000 pour la période de 1975 à 2007 (J. KEEN, « Surrogate relishes unique role », *USA Today*, 23 janvier 2007, disp. sur : http://usatoday30.usatoday.com/news/health/2007-01-22-surrogate-role_x.htm).

désormais nécessaire que les parents d'intention démontrent que, une fois l'enfant né, le lien de filiation sera reconnu dans leur État d'origine⁶³⁸. Une mesure de précaution qui limite, déjà, le risque que des enfants se trouvent dans une situation similaire à celle d'Adrien Jay et de Romain Nikhil – quoiqu'elle n'apporte pas de solutions aux problèmes généraux relatifs à la protection des mères porteuses et des enfants refusés, par exemple⁶³⁹.

⁶³⁸ Les conditions pour l'obtention du visa médical sont disponibles sur le site <http://www.immigrationindia.nic.in/content/surrogacy>: « *The Ministry of Home Affairs has decided that Foreign nationals intending to visit India for the purpose of Commissioning Surrogacy shall be issued Medical Visa subject to the fulfillment of following conditions: [...]* (ii) *A letter from the Embassy of the foreign country in India or the Foreign Ministry of the country should be enclosed with the visa application stating clearly that (a) the country recognizes surrogacy and (b) the child/children to be born to the commissioning couple through the Indian surrogate mother will be permitted entry into their country as a biological child/children of the couple commissioning surrogacy* ». Cette condition se limite toutefois aux hypothèses où un visa médical sera demandé, et le bureau indien d'immigration admet que beaucoup de parents d'intention se rendent en Inde avec un visa de tourisme, ce qui « n'est pas approprié » - tout en n'étant pas impossible.

⁶³⁹ Une solution similaire à celle existante en droit international privé suisse au XIX^e siècle en matière de mariages, aux termes de laquelle « La célébration du mariage d'un étranger non domicilié en Suisse peut avoir lieu en vertu d'une autorisation du gouvernement du canton où il doit y être procédé, s'il résulte d'une déclaration de l'État d'origine ou s'il est établi d'une autre manière que le mariage, avec tous ses effets, sera reconnu dans cet État » : loi du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, entrée en vig. 1er juil. 1892, art. 7, al. 3 ; abrog. 18 déc. 1987 (vig. 1er janv. 1989), c'est nous qui soulignons. Lorsque le Code civil suisse fut adopté, cette disposition fut citée comme étant l'article 59, chiffre 7^e du titre final du Code civil suisse.

Conclusion de la partie

386. Dans la première partie de la thèse, qui avait pour objet la création des angles morts, il a été question de la manière par laquelle ce phénomène peut être lié à la manipulation du cadre juridique par un justiciable cherchant une solution normative plus adaptée à sa situation. Après la description du problème, cette seconde partie a abordé la question du traitement des angles morts.

Le traitement des angles morts ne peut être envisagé qu'à partir du contexte fragmenté auquel le problème est directement rattaché. Cette partie a alors eu pour objet des mécanismes qui échappent à une conception moniste du droit international privé, en rapprochant le traitement des angles morts du rôle qui peut être joué par le droit dans la gouvernance décentralisée de problématiques propres à la fragmentation. À ce propos, le chapitre premier présente les traits de la discipline depuis l'approche de cette nouvelle fonction, en concluant sur l'insuffisance d'une approche concentrée sur l'État ou au contraire fondée sur des valeurs universelles de droit international public. Il a ensuite été question du rôle du contentieux international, en offrant un espace de contestation aux parties qui représentent des intérêts affectés par la solution autonome. Celle-ci a alors été envisagée par rapport aux limites qui peuvent être imposés à ses effets par les ordres juridiques sur lesquels la solution s'appuie pour être efficace. Finalement, l'analyse s'est achevée par les techniques qui permettraient une adaptation du champ de vision de l'ordre juridique en tant que tel en rendant possible, par le déplacement de la perspective, de voir à nouveau les intérêts occultés dans un angle mort.

CONCLUSION GÉNÉRALE

387. Il n'aurait pas fallu parcourir l'intégralité de cette thèse pour conclure que la situation dans laquelle se trouvent les jumeaux Adrien Jay et Romain Nikhil, la consommatrice Mme Rado et la communauté à laquelle appartient Maria Aguinda n'est pas satisfaisante. Les premiers accueilleront avec espoir le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation en 2015, après avoir passé leurs premières années de vie dans l'impossibilité d'avoir leur lien de filiation reconnu en France. La deuxième n'a pas eu l'opportunité d'agir à l'encontre de la société américaine qui a géré son épargne, à en croire à une recherche sur le site de l'institution auprès de laquelle l'arbitrage aurait dû avoir lieu selon le contrat. La troisième est au centre de décisions contradictoires ; si d'un côté un tribunal équatorien a reconnu la responsabilité d'une société étrangère dans la pollution de l'environnement dans lequel vit sa communauté, le recouvrement des dommages-intérêts a été temporairement entravé par la décision d'un tribunal arbitral, et la régularité du jugement équatorien fait désormais l'objet d'un nouveau contentieux aux États-Unis.

Ces trois cas ont servi de point de départ pour identifier les traits communs à des rapports internationaux dont le traitement par les ordres juridiques étatiques pose des difficultés, notamment dans la conciliation d'intérêts antagonistes dont la sauvegarde relève de corps de règles spécifiques. Il est ainsi impossible de satisfaire à la fois l'intérêt de l'enfant et l'ordre public ; la protection du consommateur et la sauvegarde de la prévisibilité et de la sécurité juridique que procure une clause d'arbitrage ; la possibilité pour une communauté ravagée d'être indemnisée et la protection de l'investisseur étranger. Plutôt que de résulter d'une mise en balance de ces différents éléments, toutefois, les décisions sont dictées par l'imposition formelle d'une approche sur l'autre. Dans le premier cas, une analyse approfondie de l'intérêt des enfants était écartée face à la présence d'une convention contraire à l'ordre public ; dans le deuxième, la présence d'une clause compromissaire faisait obstacle à une quelconque décision par le juge concernant sa propre compétence ; dans la troisième affaire, le cadre dans lequel l'arbitrage a lieu, sous l'égide d'un traité bilatéral, ne laisse pas de place à la prise en compte des droits des villageois affectés par l'activité de l'investisseur.

388. En poursuivant l'objectif de mieux comprendre le problème qui conduisait à ces solutions fragmentées et insatisfaisantes, la thèse a proposé un concept qui regroupe les caractéristiques communes à ces cas difficiles : l'angle mort (**Section I^{ère}**). L'identification des éléments du problème a conduit à une réflexion sur le rôle qui peut être joué par les mécanismes de droit international privé dans leur traitement (**Section II**).

Section Ière. L'identification du problème

389. L'angle mort est défini à partir de la perspective d'un ordre juridique qui, au moment de prendre une décision à l'égard d'une situation, ne peut pas prendre en compte tous les éléments de celle-ci car certains échappent à son champ de vision. Ce dernier équivaut au fait pour un ordre juridique d'envisager la situation dans le champ d'application de ses règles, ou d'être compétent pour prendre une décision à son égard.

390. Les angles morts sont propres au passage d'un traitement ordonné de la situation au niveau interne à un cadre fragmenté et conflictuel sur le plan international. Il s'agit d'une conséquence de l'hétérogénéité du cadre juridique dans lequel une situation telle que les trois cas utilisés à titre d'exemple s'insère. Le phénomène n'est ainsi pas recherché ; il est un symptôme parmi d'autres de la difficile gouvernance des activités globales. La fragmentation juridique est quant à elle irrésistible et inévitable. Il est donc impossible de neutraliser les éléments qui conduisent à la création d'angles morts.

391. Il se peut cependant que ce cadre soit exploité par un particulier souhaitant s'écarter de l'application de règles qui ne lui conviendraient pas. Il part alors à la recherche d'un cadre plus favorable à ses intérêts, en soumettant l'ensemble de la situation à un ordre juridique étranger ou en développant une solution sur mesure par le recours simultané aux normes de différentes sources. Alors qu'en droit interne une situation, quoique complexe, demeure ancrée dans le droit local et soumise à au système

constitutionnel étatique, la solution hybride n'est pas envisagée par un cadre cohérent. Le contenu et la portée des règles rassemblées par le justiciable mobile lui permettent de prévoir leur application, et de construire un cadre non seulement adapté à ses besoins, mais également prévisible.

La solution ainsi développée aura cependant pour seul guide la réalisation d'un objectif individuel. Pour cette raison, le risque de sa mise en œuvre et de son cadre défaillant repose sur des intérêts qui, tout en étant affectés par la stratégie, ne sont pas pris en compte dans les différents contacts établis entre la situation et des ordres juridiques. Ce sont ces intérêts qui sont représentés dans la métaphore de l'angle mort par l'objet qui échappe à la vision de l'observateur.

392. Dans les cas qui servent d'exemple à cette illustration, par exemple, la description s'est faite depuis la perspective d'une partie dont les intérêts ont été négativement affectés par la solution résultant d'un choix individuel. En ce qui regarde la situation des jumeaux nés d'une gestation pour autrui à l'étranger, si les parents d'intention sont exposés à un risque dont ils ont pu être conscients, l'enfant naît dans un cadre juridique fragmenté et incertain malgré lui. Dans le conflit opposant l'arbitrage au droit des consommateurs, la stratégie qui permet à une société d'avoir un cadre plus stable et prévisible pour les contrats conclus avec des clients étrangers ne tient pas compte du fait que ces derniers ne disposent souvent pas du savoir et du pouvoir de négociation nécessaires pour faire valoir leurs intérêts. Finalement, le préjudice dont la réparation est demandée par Maria Aguinda et sa communauté est le résultat d'une activité insuffisamment réglementée, qui bénéficie des accords conclus avec l'Etat d'accueil dont l'objectif est l'encouragement des investissements internationaux, sans pour autant tenir compte des risques créés pour la population et l'environnement locaux.

393. Le développement d'une stratégie individuelle ne conduit pas forcément à occulter des intérêts concurrents dans un angle mort. Les solutions développées par les particuliers ne poursuivent pas une telle finalité, et l'attente portée à ces intérêts n'est qu'un effet collatéral de la créativité de certains justiciables désireux d'innover leur cadre normatif, et d'en tirer des bénéfices. Les nouvelles solutions peuvent être efficaces et progressistes, en créant des espaces de tension et de contestation en vue

d'un changement institutionnel. L'intérêt n'est donc pas celui de combattre un mouvement irréfrenable qui peut, en outre, avoir des effets positifs pour la collectivité. L'analyse du problème et la recherche de solutions sont guidées par le seul besoin de permettre aux intérêts occultés dans un angle mort d'être pris en compte et sauvegardés, en rétablissant l'équilibre au sein de la situation.

Section II. L'identification des mécanismes à même de fournir un traitement adéquat au problème

394. L'effort descriptif ne se limite pas à un exercice de reformulation de problèmes déjà débattus. Il rend possible, par l'identification des sources du problème, une réflexion plus pragmatique sur les pistes à suivre en vue d'un meilleur traitement de ces cas difficiles.

À cet égard, on commence par constater que l'exercice de volonté qui est à l'origine d'angles morts (celui qui a pour objectif l'écart d'une loi peu favorable) est souvent envisagé en tant que mal à combattre dans le raisonnement de droit international privé. La stratégie qui aurait pour seule finalité la soumission volontaire à une loi qui ne serait pas applicable selon le droit international privé du for n'est pas admise comme étant légitime, non seulement en raison de l'exclusivité du droit applicable, mais également sur le fondement d'inquiétudes plus contemporaines comme la mise en concurrence des droits.

La stratégie individuelle n'est cependant pas toujours à la source de solutions qui violeraient les intérêts collectifs sauvegardés par la loi écartée, et il est inévitable qu'un justiciable dispose d'un droit d'option parmi différentes lois pouvant s'appliquer à son cas, dès lors qu'il revient à chaque ordre juridique de délimiter les conditions d'application de sa loi (que ce soit unilatéralement ou à la suite d'un raisonnement bilatéraliste). La question centrale est alors celle de gérer cette liberté en évitant qu'elle affecte négativement les intérêts qui entrent en conflit avec le projet individuel.

395. Le premier moyen pour contrôler qu'il n'y ait pas une rupture de l'équilibre parmi les intérêts en présence dans l'exercice de la volonté consiste dans les conditions

imposées *a priori* au choix de la loi. Le cadre imposé à l'*electio juris* demeure cependant relatif, et en cas de combinaison entre le choix d'une loi et le déplacement géographique vers un for étranger, les mécanismes de droit international privé ne seront pas en mesure de prévenir les effets néfastes de l'exercice de volonté. L'imposition effective de limites dans ce cadre dépendrait de la collaboration de l'ordre juridique compétent pour prendre une décision, par l'application ou la prise en considération des lois de police que le particulier aurait voulu écarter.

396. S'il n'a pas été possible de garantir la sauvegarde des intérêts concurrents lors de l'application de la loi choisie par un ordre juridique étranger, reste savoir de quelle manière l'équilibre parmi les intérêts en présence pourra être rétabli lors de la réception des effets de la solution nouvelle.

Les mécanismes monistes présentent à cet égard un risque qui est inhérent au raisonnement qui en est à la base. L'idée qu'une loi n'est applicable qu'en fonction de son habilitation par une règle de désignation bilatérale entre en conflit avec la reconnaissance des effets d'une situation créée en application d'une loi distincte. Cette rigueur pourrait être envisagée comme décourageant un justiciable d'entreprendre toute manœuvre visant à écarter l'application d'une loi du for. Elle ignore cependant le fait que, concrètement, le refus de reconnaissance est à l'origine de plus d'antinomie pour les justiciables, sans pour autant qu'il parvienne à rétablir l'équilibre parmi les intérêts en présence, dès lors que cette considération concrète échappe à la mise en œuvre des mécanismes monistes. Même les techniques permettant d'adapter la rigidité des règles bilatérales ne parviennent pas à incorporer ces considérations dans le raisonnement, limitées en tant que telles à apporter des corrections à la méthode qui est à l'origine d'un règlement insatisfaisant.

397. La vocation du droit international privé dans le traitement de cas complexes d'un monde juridiquement hétérogène tels que les angles morts ne peut ainsi pas se réaliser depuis une perspective moniste. Même une conception internationaliste de la discipline, poursuivant un objectif de coordination et d'harmonie, ne pourrait apporter un traitement plus satisfaisant. La traduction pratique des théories de droit international privé fondées sur le *jus gentium* consiste en effet dans un ensemble de règles

répartitrices, qui font ainsi l'objet des mêmes remarques dont il a été question dans le paragraphe précédent.

398. Le droit international privé peut en revanche contribuer au traitement des angles morts dans son aspect plus courant : les règles applicables au contentieux international, notamment en matière de compétence. Une manière de rétablir l'équilibre parmi les intérêts en présence consiste en effet à offrir aux parties qui représentent des intérêts occultés dans un angle mort (qui peuvent avoir une portée collective, comme la protection de l'environnement ou des droits de l'homme) un espace pour contester la solution autonome et revendiquer leurs droits.

Les règles sur la compétence des tribunaux n'ont cependant pas fait l'objet de réflexions aussi approfondies quant à leur fonction que les règles sur la détermination du droit applicable. Elles poursuivent ainsi une fonction éminemment facilitatrice, concentrée sur la bonne administration de la justice. Or l'angle mort peut justement concerner une partie qui ne peut pas, en application des règles sur la compétence, avoir sa cause jugée par le tribunal saisi – pensons à l'exemple de Mme Rado. Il est ainsi essentiel de penser aux mécanismes qui admettent une adaptation de la décision sur la compétence afin de rendre possible que cette partie ait accès à la justice. Cette préoccupation s'impose non seulement en ce qu'elle est imposée par une source hiérarchiquement supérieure, mais parce qu'elle ressort des objectifs de la discipline, comme il peut être noté en pratique dans une affaire britannique et une affaire française.

399. Les angles morts peuvent également être envisagés depuis la perspective de la gouvernance des solutions autonomes, en tant que défaillances dans l'imposition de limites aux abus de la volonté individuelle. Ici encore, les parties qui développent ces solutions sont conduites par un objectif individuel, et l'admission théorique d'un ordre juridique de base ou véritablement international s'imposant à leurs choix ne saurait être vérifiée en pratique. En revanche, le même raisonnement fondé sur la recherche de certitude qui guide la stratégie des parties peut les forcer à intégrer des considérations autres que leur objectif personnel dans l'élaboration de la solution. La stratégie individuelle s'appuie sur des règles existantes, qui appartiennent à un système. Elle dépend de ces règles pour assurer son efficacité et ne se développe ainsi pas dans le

vide. La solution entretient donc des liens avec les systèmes dont proviennent ces règles, et l'affaiblissement de ce lien peut conduire à une remise en question de ses effets. Chaque fois, ainsi, qu'un ordre juridique aura à se prononcer à l'égard des effets de la situation, il sera en mesure de s'opposer à l'application ou à la reconnaissance d'une norme conduisant à un résultat qui serait en contraste avec les principes de l'ordre juridique. La pression exercée par l'environnement dans lequel évolue la situation sur les particuliers qui en sont à l'origine force ainsi une prise en considération de principes qui auraient autrement été ignorés dans l'élaboration de la stratégie, grâce à un contrôle en réseau des effets de la solution.

400. Finalement, le traitement des angles morts peu s'inspirer de la même métaphore qui a servi à décrire le problème. Il s'agit ainsi de rechercher des moyens permettant à un ordre juridique de *voir* le conflit d'intérêts sous-jacent à la situation, et d'en accorder un traitement adéquat. Ceci dépend tout d'abord d'une considération qui incorpore ce conflit, en gérant l'hybridité de la situation par le traitement de ses différents aspects dans un espace partagé.

D'un point de vue méthodologique, la conception du conflit joue également un rôle en ce qui regarde les collisions entre règles participant au cadre hétérogène dans lequel s'insère la situation. Cette hétérogénéité n'est pas le problème, mais seulement une caractéristique du contexte dans lequel le problème risque d'apparaître, et n'a pas en soi à être combattue. En revanche, la gestion des conflits ne doit pas se limiter à une conception abstraite qui risque de conduire à un traitement insatisfaisant, tel qu'illustré à l'aide des mécanismes monistes. Malgré la critique qui peut être adressée à la méthode unilatéraliste en raison de son excès de *lexforisme*, l'ouverture vers les décisions étrangères et la considération des seuls vrais conflits conduit à apporter plus de cohérence au traitement de la situation. En outre, la détermination de la loi applicable en cas de vrai de conflit ne doit pas forcément résulter dans l'application de la loi du for, et peut en revanche suivre une appréciation concrète du titre qu'aurait chacune des normes en présence à s'appliquer, et qui peut également être enrichie par la prise en considération d'une norme distincte.

Un traitement plus adapté peut également être obtenu par le déplacement de la perspective adoptée par l'observateur à un point de vue depuis lequel les intérêts occultés dans un angle mort redeviennent visibles. La première adaptation en ce sens est

celle issue d'une vision aérienne de la situation, rendue possible par les obligations imposées à l'Etat par une source qui s'impose à lui, telle qu'un traité international. La décision de la Cour européenne des droits de l'homme forçant la France à adapter sa position à l'égard de la reconnaissance des effets d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger illustre cette approche. De même, la décision rendue par la Cour de justice des communautés européennes lors de l'affaire *Claro* donne un exemple de solution qui aurait pu bénéficier à Mme Rado.

Le champ de vision de l'ordre juridique peut être également élargi par la coopération horizontale entre ordres juridiques. Celle-ci intervient comme un miroir grâce auquel un ordre juridique peut à nouveau voir des aspects de la situation qui lui échappaient en raison de la distance ou d'un obstacle.

Section finale

401. Cette thèse a présenté le défi de partir, plutôt que d'un thème donné, de cas concrets dans lesquels il était question d'identifier la raison pour un traitement insatisfaisant, et de réfléchir sur des solutions plus adaptées. Une fois le travail achevé, les deux questions qui ont motivé et encouragé la recherche ont enfin trouvé une réponse.

La conceptualisation des angles morts crée un pont entre la pratique du droit international privé et les théories plus récentes qui voient dans la discipline un instrument de gouvernance globale. Le concept permet de décrire les cas difficiles d'un monde juridiquement hétérogène en reconnaissant à la fois le conflit qui est au cœur de ces problèmes et la nature défaillante de leur encadrement par le droit. En partant du cas concret, il a été possible de penser aux différents instruments dont dispose la discipline pour combler ces lacunes, tout en admettant leurs limites. En répondant à la question de savoir le type de technique de droit international privé pouvant contribuer à un meilleur traitement de ces cas, l'étude établit les bases à partir desquelles il sera possible de réfléchir à des problèmes similaires aussi bien dans leur forme que dans les conditions dans lesquelles ils prennent place. À cet égard, seule une approche pluraliste du droit international privé peut apporter la cohérence et la flexibilité indispensables au règlement des cas difficiles propres à un monde juridiquement hétérogène.

Table des décisions

I. Juridictions étatiques

A. Equateur

Corte provincial de justicia de Sucumbios, 14 fév. 2011, *Aguinda v. Chevron Texaco*, n° 2003-0002

Corte provincial de justicia de Sucumbios, 3 janv. 2012, *Aguinda v. Chevron Texaco*, n° 2011-0106

B. Etats-Unis

Cour suprême des États-Unis, *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 67 S.Ct. 839, 91 L.Ed. 955 (1947)

Cour suprême des États-Unis, 12 juin 1972, *The Bremen et al. v. Zapata Offshore Co.*, 407 US 1, 92 S. Ct. 1907, 32 L. Ed. 2D 513 (1972)

Cour suprême des États-Unis, 17 juin 1974, *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 US 506, 94 S. Ct. 2449, 41 L. Ed. 2d 270 (1974)

Cour suprême des États-Unis, *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 102 S.Ct. 252, 70 L.Ed.2d 419 (1981)

Cour suprême des États-Unis, 2 juillet 1985, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 US 614, 637 n19, 105 S. Ct. 334446, 87 L. Ed. 2d 444 (1985)

United States District Court, S. D. New York, 12 mai 1986, *In Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster*, 634 F.Supp. 842 (1986)

Cour fédérale d'appel des États-Unis, 2e circuit, 14 janv. 1987, *In re Union Carbide Corporation gas plant disaster at Bhopal, India in December, 1984*, 809 F.2d 195, 55 USLW 2401, 89 a.l.r. fed. 217, 17 *Envtl. L. Rep.* 20, 580

Cour fédérale d'appel des États-Unis, 2e circuit, 2 juin 1993, *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353, 1364-66 (1993) ; Cour fédérale d'appel des États-Unis, 7e circuit, 5 août 1993, *Bonny v. Society of Lloyd's*, 3 F.3d 156, 62 USLW 2116, Fed. Sec. L. Rep. P 97,688 C.A.7 (Ill.), 1993

Cour fédérale d'appel des États-Unis, 5e circuit, 29 août 1997, *Haynsworth v. The Corporation*, 121 F.3d 956, 958 (1997).

Cour fédérale d'appel des États-Unis, 7ème Circuit, 27 novembre 2000, *The Society of Lloyd's v. Ashenden*, 2000 U.S. App. LEXIS 29707, 233 F.3d 473

Cour fédérale d'appel des États-Unis, 2^e circuit, 16 août 2002, *Aguinda v. Texaco*, 303 F.3d 470

United States District Court, S. D. New York, 25 mars 2008, *Tropp v. Corporation of Lloyd's*, 1:07-cv-00414-NRB ; Cour fédérale d'appel des États-Unis, 2ème Circuit, 19 juillet 2010, *Tropp v. Corporation of Lloyd's*, 385 Fed. Appx. 36, 2010 U.S. App. LEXIS 14657

United States District Court, S. D. New York, *Chevron corporation v. Steven Donziger et al.*, 4 mars 2014, 11 Civ. 0691 [LAK]

Cour suprême de Californie, *Mark Kasky v. Nike, inc.*, 27 Cal 4th 939, 45 P 3d 243, 119 Cal Rptr 2d 296 (2002).

Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013)

Cour fédérale d'appel des États-Unis, 9^e circuit, *Doe v. Nestlé USA, inc.*, 766 F.3d 1013, 1025 (2014)

C. France

Req. 18 mars 1878, S. 1878.1.193, note Labbé, *GA* n° 6.

Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986.66, note Y. LEQUETTE.

Cass. civ. 17 décembre 1985, *Cie. des signaux et d'entreprises électriques*, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, H. BATIFFOL, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, Paris : Dalloz, 2006, n° 2 ; *Rev. Crit. DIP* 1986.537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *D.* 1986.IR.265, obs. B. AUDIT.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 1987, pourvoi n° 85-18.608.

Paris, 15 juin 1990, *Dr. enfance et fam.* 1990.1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *D.* 1990.540, obs. BOULANGER ; *JCP* 1991, éd. G, II, p. 21653 note B. EDELMAN et C. LABRUSSE-RIOU.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 déc. 1990, *Coveco*, *Rev. crit. DIP* 1991.558.

Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. GAILLARD ; *Rev. crit. DIP* 1998.87, note V. HEUZE.

Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1999, *Pordéa*, *Clunet* 1999, p. 773, note A. HUET.

Cass. soc., 5 juin 2001, pourvoi n° 98-44.996.

Cass. com. 11 juin 2002, pourvoi n° 00-13470, *Droit maritime français* 2002, p. 919, note L. RAISON-REBUFAT et O. REBUFAT.

Rennes, 4 juillet 2002, pourvoi n° 01-02471

Paris, 20 mars 2003, pourvoi n° 2001/11398.

Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2003, pourvoi n° 01-03927, n° 01-03927, *D.* 2004, p. 1998, note E. POISSON-DROCOURT, *Gaz. Pal.* n° 149, 2004, p. 15, note J. MASSIP.

Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 115, note X. BOUCOBZA ; *RTD Com.* 2004, p. 447, obs. E. LOQUIN.

Paris, 18 novembre 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 751 ; *JDI* 2005, p. 357, note A. MOURRE ; *Rev. crit. DIP* 2006.104, note S. BOLLEE.

Cass. soc., 25 janv. 2005, *Clunet* 2005, p. 1142, note L. CORBION.

Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, *Rev. Arb.* 2005, p. 693, note H. MUIR WATT.

Paris, 29 septembre 2005, *Rev. arb.* 2006, p. 695, note H. MUIR WATT ; *Rev. crit. DIP* 2006.387, note A. SZEKELY.

Cass. soc. 10 mai 2006, *Clunet* 2007, p. 531, note J.-M. JACQUET ; *JCP G* 2006, p. 1405, note S. BOLLEE.

Paris, 7 novembre 2006, pourvoi n° S04/35991.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2007, *Rev. crit. DIP*. 2008.109, note S. BOLLEE ; *D.* 2008, p. 1429, chron. L. DEGOS, *RTD Com.* 2007, p. 682, obs. E. LOQUIN ; *JDI* 2007, p. 1236, note T. CLAY.

Paris, 25 oct. 2007, pourvoi n° 06-0057

Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2008, *D.* 2008, p. 1684, obs. X. DELPECH.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, pourvoi n° 07-20468.

Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, *Rev. crit. DIP* 2009.1, note D. BUREAU et H. MUIR WATT ; *D.*, 2009, p. 200, note F. JAULT-SESEKE, *RTD Com.* 2009, p. 646, obs. Ph. DELEBECQUE.

Paris, 16 janv. 2009, *Clunet* 2009, p. 864, note C. BRIÈRE.

Cass. soc. 11 février 2009, pourvoi n° 07-44.240, *Clunet* 2009, p. 1247, note L. CONDE.

Paris, 26 fév. 2009, pourvoi n° 07-18559.

Douai, 14 sept. 2009, pourvoi n° 07-02201.

Paris, 18 mars 2010, pourvoi n° 09-11017

Cass. soc. 29 sept. 2010, pourvoi n° 09-41.030, 1804, *RJS* 2010, p. 864, *JCP S* n° 4, 2011, p. 51, note J.-Ph. TRICOIT.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, *Rev. crit. DIP* 2011.385, note P. CHEVALIER et Mme le conseiller PASCAL ; *Rev. crit. DIP*, 2011.716, note H. GAUDEMET-TALLON.

Rennes, 29 mars 2011, pourvoi n° 10-02646, *Droit de la famille* 2012, p. 21, note C. NEIRINCK.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-66486, *Rev. crit. DIP* 2011.722, note P. HAMMJE.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, pourvoi n° 09-17130, *Rev. crit. DIP* 2011.722, note P. HAMMJE.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19053, *Rev. crit. DIP* 2011.722, note P. HAMMJE.

Rennes, 10 janv. 2012, pourvoi n° 11-01846.

Rennes, 21 fév. 2012, pourvoi n° 11-02758, *RJPF* 2012, p. 18, note I. CORPART.

Rennes, 8 janv. 2013, pourvoi n° 12-01538.

Rennes, 15 janv. 2013, référé dans Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, pourvoi n° 13-50005.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, pourvoi n° 12-18315, *Rev. crit. DIP* 2013.909, note P. HAMMJE ; *D.* 2013.2382, note M. FABRE-MAGNAN ; *Clunet* 2014, p. 134, note J. GUILLAUME.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, pourvoi n° 12-30138, *Rev. crit. DIP* 2013.909, note P. HAMMJE ; *D.* 2013.2382, note M. FABRE-MAGNAN ; *Clunet* 2014, p. 134, note J. GUILLAUME.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, pourvoi n° 13-50005, *Rev. crit. DIP*, 2014.619, note S. BOLLEE.

Rennes, 15 avril 2014, pourvoi n° 13-0147.

Cour de cassation saisie pour avis, 22 sept. 2014, pourvoi n° 14-70.006.

Cour de cassation saisie pour avis, 22 sept. 2014, pourvoi n° 14-70.007.

Rennes, 16 déc. 2014, référé dans Cass. ass. plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 15-50002.

Aix-en-Provence, 14 avril 2015, n° 2015/2013

Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 14-21323, *Clunet* 2016, p. 103, note J. GUILLAUME.

Cass. Ass. Plén., 3 juillet 2015, pourvoi n° 15-50002, *Clunet* 2016, p. 103, note J. GUILLAUME.

Rennes, 28 sept. 2015, pourvoi n° 14-05537, *JCP G* 2015, p. 1848 ; *RTD Civ.* 2016, p. 78, note J. HAUSER.

Rennes, 28 sept. 2015, pourvoi n° 14-07321, *JCP G* 2015, p. 1848 ; *RTD Civ.* 2016, p. 78, note J. HAUSER.

Rennes, 30 nov. 2015, pourvoi n° 14-01043.

Rennes, 30 nov. 2015, pourvoi n° 14-01043.

D. Inde

Supreme court of India, 14 fév. 1989, *Union Carbide Corporation v. Union of India and others*, JT 1989 (1) 296 1989 SCALE (1) 380.

E. Royaume Uni

House of Lords, 20 juillet 2000, *Lubbe v. Cape Plc*, [2000] UKHL 41

House of Lords, 16 nov. 1986, *Spiliada Maritime Corp v. Consulex Ltd*, [1986] UKHL 10

II. Juridictions internationales

A. Conseil de l'Europe

CEDH, 21 nov. 2011, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *Clunet* 2002, p. 273, note O. DE FROUVILLE.

CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, affaire n° 65192/11, *Rev. crit. DIP* 2015.144, note S. Bollée ; *D.* 2014.1797.

CEDH, 26 juin 2014, *Labbassée c. France*, affaire n° 65941/11, *Rev. crit. DIP* 2015.144, note S. Bollée ; *D.* 2014.1797.

CEDH, 25 janv. 2015, *Paradiso Campanelli c. Italie*, affaire n° 25358/12, *RJPF* 2015, n° 4, p. 16, note I. CORPART.

B. Union Européenne

CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, aff. 120/78.

CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, *Bull. Joly*, 1999.705 note Dom ; *D.* 1999.550, note M. MENJUCQ.

CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, *Rev. arb.* 1999, p. 631, note L. IDOT ; *RTD Com.* 2000, p. 340, obs. E. LOQUIN.

CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, *Rev. crit. DIP* 2000.710, note M. FALLON.

CJCE 5 nov. 2002, *Uberseering*, *Rev. crit. DIP* 2003.508, note Lagarde ; *JCP* 2003.II.10032, note M. MENJUCQ ; *Bull. Joly* 2003.464, note LUBY ; *Rev. sociétés* 2003.315, obs. Dom ; *Petites affiches* 2003, n° 217, p. 11, obs. C. LEGROS ; *Gaz. Pal.* 2003, n° 176, p. 27, note NIBOYET.

CJCE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, *JCP* 2004.II.10002, note LUBY ; *JCP E* 2004.251, note MAGNIER ; *D.* 2004.491, note E. PATAUT ; *Rev. crit. DIP* 2004.151, note H. MUIR WATT.

CJCE, 26 oct. 2006, *Claro*, *Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. IDOT ; *JCP* 2007, p. 16, n° 1, chron. Ch. SERAGLINI ; *JDI* 2007, p. 581, note A. MOURRE.

CJCE, 11 déc. 2007, *Viking Line*, *Clunet* 2008, p. 590, note F. CHALTIEL, C. J. BERR et C. PRIETO

CJCE, 18 déc. 2007, *Laval* et CJCE, *Clunet* 2008, p. 590, note F. CHALTIEL, C. J. BERR et C. PRIETO.

C. Cour permanente d'arbitrage

Cour permanente d'arbitrage, *Chevron Texaco c. République de l'Équateur*, décision ordonnant des mesures provisoires, 9 janv. 2011, PCA Case 2009-23.

Cour permanente d'arbitrage, *Chevron Texaco c. République de l'Équateur*, première sentence provisoire sur les mesures provisoires, 25 janv. 2012, PCA Case 2009-23.

Cour permanente d'arbitrage, *Chevron Texaco c. République de l'Équateur*, 17 sept. 2013, PCA Case 2009-23.

Cour permanente d'arbitrage, *Chevron Texaco c. République de l'Équateur*, deuxième sentence sur le fond, 12 mars 2015, PCA Case 2009-23.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

- D. ANZILOTTI, *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, Padoue : CEDAM, 1996
- H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris : LGDJ, 1993
- D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome I, Paris : Presses universitaires de France, 2010
- Ch. M. V. CLARKSON, J. HILL, *The conflict of laws*, Oxford, New York : Oxford University Press, 2006
- J. G. COLLIER, *Conflict of Laws*, Cambridge, New York : Cambridge University Press, 2001
- A. V. DICEY, J. H. C. MORRIS, L. COLLINS, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, London : Sweet & Maxwell, 2006
- J. J. FAWCETT, J. N. CARRUTHERS, P. NORTH, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oxford, New York, Auckland : Oxford University Press, 2008
- G. KEGEL, *Internationales Privatrecht: ein Studienbuch*, Munich : Beck, 1964
- P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, Paris : Montchrestien, 2011
- J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français* tome III, Paris : Sirey, 1947
- R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples : Liguori, 1969
- E. RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Berlin : W. de Gruyter, 1949
- Ch. H. SCHREUER, *The ICSID Convention. A Commentary. A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Cambridge, New York : Cambridge University Press, 2001
- C. F. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, tome VIII, 2^e éd, Paris : Firmin Didot, 1860
- G. WALKER, *Internationales Privatrecht* 4e éd., Vienne : Druck u. Verlag der osterr. Staatsdruckerei, 1926
- J. WESTLAKE, *A Treatise on Private International Law: Or, The Conflict of Laws with Principal Reference to Its Practice in the English and Other Cognate Systems of Jurisprudence*, London : W. Maxwell, 1858

II. Ouvrages spécialisés, monographies, mémoires, thèses, recueils généraux

- M. AOKI, *Toward a Comparative Institutional Analysis*, Cambridge : Cambridge University Press, 2001
- B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Paris : Dalloz, 1974
- B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la “crise” des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, pp. 219-397
- H. BATTIFOL, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* vol. 139, 1973, pp. 75-148
- L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé. Essai de méthode*, Paris : Bruylant, 2001
- H. BATIFFOL, Y. LEQUETTE, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris : Dalloz, 1956
- H. BATIFFOL, « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », *RCADI*, vol. 120 (1967), pp. 165-190
- Gary B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 3^e éd. Alphen aan den Rijn : Kluwer International Arbitration, 2010
- R. A. BRAND, « Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments », *RCADI* vol. 358 (2013), pp. 9-262
- A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* vol. 239, 1993, pp. 1-116
- G. CANSACCHI, « Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois », *RCADI* vol. 83 (1953), pp. 79-162
- J. CLAVEL, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international: l'effet négatif du principe de compétence-compétence*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2011
- N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris : LGDJ, 1999.
- L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004
- B. CURRIE, *Selected essays on the conflict of laws*, Durham, N.C., États-Unis : Duke University Press, 1963
- T. DIETZ, W. MATTLI, *Investment arbitration and global governance : Contending theories and evidence*, Oxford University Press, 2014
- D. P. FERNANDEZ ARROYO, H. MUIR WATT, *Private international law and global governance*, Oxford University Press, 2014
- M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui: Fictions et réalité*, Paris : Fayard, 2013
- Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris : Sirey, 1958
- E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage », *RCADI* vol. 329, 2008, pp. 49-216
- G. GOLDSTEIN, *La cohabitation hors mariage en droit international privé*, *RCADI* vol. 320, 2007

- A. GREIF, *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade (Political Economy of Institutions and Decisions)*, Cambridge : Cambridge University Press, 2006
- M. HANSEN, « And Baby Makes Litigation: As Surrogacy Becomes More Popular, Legal Problems Proliferate », 97 *ABA Journal* 52 (2011)
- D. HELD, *Democracy and the global order*, Cambridge : Cambridge University Press, 1995
- I. H. HIJMANS, *Algemeene Problemen van Internaal Privatrecht*, Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink, 1937
- E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne », *RCADI* vol. 251 (1995), pp. 1-267
- Z.-J. JITTA, *La méthode du droit international privé*, La Haye : Belinfante, 1890
- G. KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *RCADI* vol. 112, 1964, pp. 91-268
- R. D. KOLLEWEIJN, *Het beginsel der openbare orde in het internationaal privaatrecht*, Amsterdam: M. Nijhoff, 1917
- N. LUHMANN, *Die Gesellschaft Der Gesellschaft*, 2^e éd., Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1997
- P. S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Turin : G. Giappichelli, 2000
- P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, vol. 327, pp. 1-378
- P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris : Dalloz, 1973
- M. MEIJERS, « L’histoire des principes fondamentaux de droit international privé à partir du moyen age spécialement dans l’Europe occidentale », *RCADI* vol. 49, 1934, pp. 544-686
- A. MILLS, *The confluence of public and private international law: justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2009
- H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé : réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions », *RCADI* vol. 307 (2004), pp. 25-383
- H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse, Université Paris 2, 1985
- J.-P. NIBOYET, « La théorie de l’autonomie de la volonté », *RCADI* vol. 16 (1927), pp. 1-116
- P. NYGH, « The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort », *RCADI* vol. 251 (1995), p. 269-400
- D. C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990
- Ch. PAMBOUKIS, « L’acte public étranger en droit international privé », *LGDJ* 1993
- Ch. PAMBOUKIS, « Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé », *RCADI* vol. 330 (2007), pp. 9-447
- J.-B. RACINE : *L’arbitrage commercial et l’ordre public*, Paris : LGDJ, 1999
- L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Arbitrage commercial international et lois de police : Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *RCADI*, vol. 315, 2005
- G. P. ROMANO, *L’unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas et Università di Padova, 2004

- S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2002
- H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford: Hart Publishing, 2005
- Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale*, Paris : Dalloz, 2001
- M. SOULEAU-BERTRAND, *Le conflit mobile*, Paris : Dalloz, 2005
- S. C. SYMEONIDES, « The American Choice of Law Revolution in the Courts : Today and Tomorrow », *RCADI* vol. 298, 2003, pp. 9-448
- G. TEUBNER, *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, 2012
- G. TEUBNER, *Law As An Autopoietic System*, Oxford/Cambridge : Blackwell, 1993
- K. TRILHA SCHAPPO, « La neutralisation des lois de police protectrices par des clauses de désignation de for arbitral ou étatique : Une analyse à partir de l'affaire *Lloyd's* », Mémoire de conclusion du Master 2 Recherche Droit international privé et du commerce international, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011
- K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International surrogacy arrangements : Legal regulation at the international level*, Oxford, Portland : Bloomsbury

III. Articles, communications, contributions, interventions, rapports, fascicules d'encyclopédie

- B. ANCEL, H. MUIR WATT, « Annotations sur la Consultation 53 de Du Moulin traduite en français », in : *Le monde du droit, Mélanges Jacques Foyer*. Paris : Economica, 2007, p. 1
- B. AUDIT, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 535.
- P. S. BERMAN, « Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws : Redefining Governmental Interests in a Global Era », *U. Pa. L. Rev.* vol. 153, 2005, p. 1819.
- P. S. BERMAN, « Global Legal Pluralism », *Southern California Law Review*, vol. 80, 2007, pp. 1155-1238.
- L. A. BEBEHUK, « Federalism and the Corporation : The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law », *Harv. L. Rev.* n° 105, 1983, p. 1437.
- J. BECKERT, « Agency, Entrepreneurs and Institutional Change. The role of strategic choice and institutionalized practices in organizations », *Organization studies*, vol. 20, 1999, pp. 777-799.
- C. BLANCHARD, « Tourisme procréatif : consolider ou réprimer l'illicite ? Le droit pénal », *Arch. phil. dr.* 2014, p. 349.
- D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. Phil. Droit*, 2005, pp. 275-316.
- S. BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007.307.
- S. BOLLEE, « L'ordre public international justifie la compétence des juridictions et de la loi françaises pour sanctionner un état de servitude », *JCP G* 2006, p. 1405
- J. BOMHOFF, « *The constitution of the conflict of laws* », *Law Society and Economy Working Paper Series, WP4/2014, London School of Economics and Political Science*
- W. W. BRATTON, « Corporate Law's Race to Nowhere in Particular », *Toronto L.J.* n° 4, 1994, p. 401

- L. BRILMAYER, « Rights, Fairness and Choice of Law », *Yale Law Journal*, 1989, p. 1277
- A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* vol. 239, 1993, pp. 1-116
- W. W. BUZBEE, « Recognizing the Regulatory Commons: A Theory of Regulatory Gaps », *Iowa Law Review* vol. 89, 2003-2004, p. 1.
- G. CALABRESI, D. MELAMED, « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability : One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, vol. 85, n° 6, 1972, pp. 1089-1128
- W. L. CARY, « Federalism and Corporate Law : Reflections upon Delaware », *Yale L.J.* n° 88, 1978, p. 663
- D. F. CAVERS, « A critique of the choice of law problem », *Harv. L. Rev.* vol. 47, 1933-1934, p. 173
- D. CHAMY, « Competition Among Jurisdictions in Formulating Corporate Law Rules : An American Perspective on the “Race to the Bottom” in the European Communities », *Harv. Int'l L.J.* n° 32, 1991, p. 423
- S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain ». *TCFDIP* 2010-2012, pp. 255-297
- R. COASE, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, p. 1
- R. DE NOVA, « Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international », *Rev. crit. DIP* 1948.179
- P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Rép. dr. internat.*, v° « Fraude à la loi »
- P. DIMAGGIO, « Interest and agency in institutional theory », in L. ZUCKER (ed.), *Institutional patterns and organizations*, Cambridge : Ballinger, 1988, pp. 3-32
- G. B. DINWOODIE, « A New Copyright Order : Why National Courts Should Create Global Norms », *U. Pa. L. Rev.* vol. 149, 2000, p. 469.
- J. ESQUIROL, « The Latin American Tradition of Legal Failure », *Comparative Law Review* vol. 1, 2011, p. 2.
- A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime-Collisions: The Vain Research for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », *Michigan Journal of International Law* vol. 25, 2004, p. 999
- A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *RIDE* 2013, pp. 187-228
- R. FRANKEL, « *Der Irrgarten des internationalen Privatrechts* », 4 *RabelsZ* 239, 241 (1930)
- Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les “lois d'application immédiate” et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. Crit. DIP* 1966.1
- M. D. GOLDBABER, « The rise of arbitral power over domestic courts », *Stanford Journal of Complex Litigation*, 2013, pp. 373-416
- G. GOLDSTEIN, H. MUIR WATT, « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *Clunet* 2010, doct. 12
- P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1971.1
- R. L. HALE, « Coercion and distribution in a supposedly non-coercitive State », *Political Science Quarterly*, 1923, p. 470

- J. HALLEY, K. RITTICH, « Critical directions in comparative family law: Genealogies and contemporary studies of family law exceptionalism », *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, n° 4, 2010, pp. 753-775
- J. F. HOUSTON, C. LIN, Y. MA, « Regulatory arbitrage and international bank flows », *Journal of finance*, 2012, pp. 1845-1895
- Ch. JOERGES (« The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form », in Ch. JOERGES, E.-U. PETERSMANN (eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Oxford : Hart Publishing, 2011
- Ch. JOERGES. « A new form of conflicts law as the legal paradigm of the postnational constellation », in : Ch. JOERGES, J. FALKE (eds.), *Karl Polanyi, globalisation and the potential of law in transnational markets*, Oxford : Hart Publishing, 2011, pp. 465-501
- C. KESSEDIAN, « Public order in European Law », *Erasmus Law Review* 2007-2008, pp. 25-36
- B. KOBAYASHI, L. RIBSTEIN, « Contract and Jurisdictional Freedom », in F. H. BUCKLEY (ed), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham, London : Duke University Press, 1999, p. 325
- R. D. KOLLEWIJN, « The degeneration of the nationality principle in modern Private International Law », *Diritto internazionale*, 1959, p. 508
- M. KOSKENNIEMI, P. LEINO, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 03, 2002, pp. 553-579
- P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004, p. 225
- P. LAGARDE, « La reconnaissance, mode d'emploi » in *Liber Amicorum Gaudemet-Tallon*, Paris : Dalloz, 2008, p. 479
- P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in : P. LAGARDE (dir.). *La reconnaissance des situations en droit international privé*. Paris: Pedone, 2013, p. 19
- M.-Ch. LE BOURISCOT, « Légiférer en matière de gestation pour autrui ? », in : G. DAVID, R. HENRION, P. JOUANNET et C. BERGOIGNAN-ESPER, *La gestation pour autrui*, Paris : Médecine Sciences : Lavoisier, 2001, pp. 167-178
- Y. LEQUETTE, « De la "proximité" au "fait accompli" », in : V. HEUZE, R. LIBCHABER, P. de VAREILLES-SOMMIERES (eds.), *Mélanges à l'honneur de Pierre Mayer*, Paris : LGDJ, 2015
- E. LOQUIN, « Arbitrabilité et protection des parties faibles ». *TCF.DIP*, 2004-2006, pp. 135-164
- E. LOQUIN, « Le contrôle du seul "caractère flagrant, effectif et concret" de la violation de l'ordre public international par la sentence », *RTD Com.* 2008, p. 518
- P. MAYER, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État », *Clunet*, 1986, p. 5.
- P. MAYER, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police » in *Vers des nouveaux équilibres entre ordres juridiques : mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*. Paris : Dalloz, 2008, p. 459-477
- P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277
- P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges P. Lagarde*, Paris : Dalloz, 2005, p. 547
- D. MCBARNET, « Law, Policy, and Legal Avoidance: Can Law Effectively Implement Egalitarian Policies? », *Journal of Law and Society*, vol. 15, 1988, pp. 113-121

- A. MILLS, *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*, disp. sur : <http://papers.ssrn.com/abstract=2025616>
- R. H. MNOOKIN et L. KORNHAUSER, « Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce », *The Yale Law Journal*, vol. 88, n° 5, 1979, pp. 950-997
- H. MUIR WATT, « Conflict of laws unbounded : the case for a legal-pluralist revival », étude présentée à l'Université de Cambridge, disponible sur : http://www.law.cam.ac.uk/repo-documents/pdf/events/PILConf/muir_watt.pdf
- H. MUIR WATT, « Chevron, l'enchevêtrement des fors : Un combat sans issue ? ». *Rev. crit. DIP* 2011.339.
- H. MUIR WATT, « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Rev. crit. DIP* 2002.509
- H. MUIR WATT, « European Federalism and the "New Unilateralism" », *Tul. L. Rev.* 2008, vol. 82, p. 1983
- H. MUIR WATT, « Private International Law Beyond the Schism », *Transnational Legal Theory* vol. 2(3), 2011, pp. 347-427
- H. MUIR WATT, « La fonction économique du droit international privé », *RIDE* 2010, pp. 103-121
- H. MUIR WATT, « *L'Alien Tort Statute* devant la Cour Suprême des États-Unis. Territorialité, diplomatie judiciaire ou économie politique ? », *Rev. crit. DIP* 2013.595
- H. MUIR WATT, « The contested legitimacy of investment arbitration and the human rights ordeal : the missing link », in W. MATTLI, T. DIETZ (eds.), *International Arbitration and Global Governance : Contending Theories and Evidence*, Oxford : Oxford University Press, 2014, pp. 214-239
- H. OSOFSKY, « The Geography of Climate Change Litigation: Implications for Transnational Regulatory Governance », *Washington University Law Quarterly* vol. 83, 2005, pp. 1789-1885
- G. PACCHIONI, « Diritto internazionale privato » in *Diritto civile italiano*, P. I, Sez. II, 2e éd., Padoue, 1935, p. 18
- Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Rev. crit. DIP* 2008.513
- E. PATAUT, P. HAMMJE, « De l'ordre public universel et de l'esclavage domestique », *Rev. crit. DIP*, 2006.856
- K. PISTOR, « Contesting Property Rights: Towards an Integrated Theory of Institutional and System Change », *Global Jurist* vol. 11 iss. 2, 2011, art. 6
- A. POSTHUMA, « Beyond 'regulatory enclaves' : challenges and opportunities to promote decent work in global production networks », in A. POSTHUMA et D. NATHAN, *Labour in global production networks in India*, Oxford : Oxford University Press, 2010, pp. 57-80
- L. G. RADICATI DI BROZOLO, « Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaire? », *Rev. crit. DIP* 2003.1.
- A. RILES, « Cultural Conflicts », *Law & Contemp. Probs.* vol. 71, 2008, pp. 273-308.
- G. P. ROMANO, « Les justiciables face à la comparaison des droits : vers la démocratisation d'un droit savant ? », in : E. CASHIN RITAINE, L. FRANCK, S. LALANI, *Legal Engineering and Comparative Law [Ingénierie juridique et le droit comparé] : Rapports préparés par les collaborateurs ISDC à l'occasion du 25e anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne*, Tome 1. Genève : Schulthess, 2008, pp. 95-139.
- G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité : Développements en matière d'état des personnes ». *Rev. crit. DIP* 2006.457.

- M. D. ROSEN, « Extraterritoriality and Political Heterogeneity in American Federalism », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 150, 2002, p. 855.
- C. SCHREUER, « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice », *Journal of World Investment & Trade* vol. 6, 2005, p. 357.
- Ch. SCHWOBEL, « The Market and Marketing Culture of International Criminal Law », in : Christine SCHWOBEL (ed.), *Critical Approaches to International Criminal Law. An Introduction.*, Oxford : Routledge, 2014.
- C. SCOTT et R. WAI, « Transnational Governance of Corporate Conduct through the Migration of Human Rights Norms: The Potential of Transnational “Private” Litigation », in: Ch. Joerges, I.-J. Sand, G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Orxford, Portland : Hart, 2004, pp. 287-319.
- Ch. TIEBOUT, « A Pure Theory of Local Expenditures », *J. Pol. Econ.* n° 64, 1954, p. 416
- Ch. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l’arbitrage international : à la recherche de l’équilibre ». *Gaz. Pal.*, n° 349, 15 déc. 2007, p. 5.
- Ch. SERAGLINI, « Le contrôle de la sentence au regard de l’ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Gaz. Pal.* n° 80, 21 mars 2009, p. 5.
- Ch. SERAGLINI, « L’affaire Thalès et le non-usage immodéré de l’exception d’ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation) », *Gaz. Pal.* n° 295, 22 octobre 2005, p. 5.
- S. W. SHILL, « Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law », in : S. W. SHILL (ed.), *International investment law and comparative public law*, Oxford : Oxford University Press, 2010, p. 151.
- A. SINAY-CYTERMANN, « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissaires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation internationale », *Rev. crit. DIP* 2009.427.
- A. STONE SWEET, « Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez », *N.Y.U. Journal of International Law & Politics* vol. 46, 2013-2014, pp. 911-954.
- S. SYMEONIDES, « Codification and flexibility in Private International Law », in: K. B. BROWN, D. V. SNYDER (eds.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of International Law*, Springer, 2012, pp. 167-190
- T. TRINCHEA, « Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali », *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.1, 2015, p. 418.
- K. VANDEVELDE, « A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment », *N.Y.U. Journal of International Law & Politics* vol. 43, 2010, p. 47
- R. WAI, « Transnational private law and contestation in global economic governance », in D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, H. MUIR WATT (eds.), *Private international law and global governance*, Oxford : Oxford University Press, p. 34
- R. WAI, « Regulatory liftoff and juridical touchdown : the regulatory function of private international law in an era of globalization », *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 40, 2001-2002, pp. 209-274
- R. WAI, « Conflict and comity in transnational governance : Private international law as mechanism and metaphor for transnational social regulation through plural legal regimes », in *Constitutionalism, multilevel trade governance and international economic law*, Oxford and Portland : Hart Publishing, 2011
- R. WAI, « The Interlegality of Transnational Private Law », *Law & Contemporary Problems* vol. 107, 2008, pp. 107-128

R. WAI, « Transnational Governance of Corporate Conduct through the Migration of Human Rights Norms: The Potential of Transnational “Private” Litigation », in *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford/Portland : Hart Publishing, 2004, pp. 287-319.

IV. Observations, plaidoyers et comptes rendus

J.-R. BINET, « Circulaire Taubira – ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP (G)* n° 7, 11 févr. 2012, p. 161

N. MATHEY, « Circulaire Taubira – entre illusions et contradictions », *JCP (G)* n° 7, 11 févr. 2012, p. 162

P. MAYER, « Recommandation de l’association de droit international sur le recours à l’ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d’exécution des sentences arbitrales internationales ». *Rev. arb.* 2002, pp. 1061-1068

D. MENNESSON, « Retour d’expérience du père d’un enfant né d’une mère porteuse », *RLDC* n° 76, 2010, pp. 85-88

Ph. FRANCESCAKIS, compte rendu de G. KEGEL, *Begriffs-und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1953, *Rev. crit. DIP* 1954.230.

Table des matières

Résumé	ii
Abstract	v
Sommaire.....	ix
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
I. Les angles morts d'un monde juridiquement hétérogène.....	6
II. L'exercice stratégique de volonté.....	9
III. Les angles morts et le droit international privé	14
IV. Présentation sous l'optique des angles morts des cas choisis pour illustrer le propos	17
A. Adrien Jay et Romain Nikhil, les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui.....	19
B. Mme Rado, la consommatrice signataire d'une clause compromissoire.....	21
C. Maria Aguinda, la victime d'un dommage causé par une société étrangère empêchée par un tribunal arbitral d'obtenir l'exécution du jugement étatique qui lui reconnaît un droit à compensation.....	23
<i>Première partie. La création des angles morts.....</i>	27
<i>Titre Ier. Le rôle de la volonté individuelle dans la création d'angles morts.....</i>	29
Chapitre I^{er}. L'initiative individuelle de changement du cadre juridique : la recherche d'un résultat favorable et certain par le recours à une stratégie internationale.	31
Section Ière. La soumission volontaire à des institutions étrangères: l'exemple de la gestation pour autrui internationale.....	33
Paragraphe Ier. Les solutions institutionnelles au-delà de la règle applicable au rapport de droit privé : l'importance des règles et pratiques accessoires au rapport principal.	35
A. Les gestations pour autrui réalisées en Californie et au Minnesota.....	37
B. Les gestations pour autrui réalisées en Inde, en Ukraine et en Russie.....	40
Paragraphe II. L'influence des caractéristiques de l'institution choisie sur la décision finale des tribunaux.....	42
A. Le caractère indifférent de la destination pour le père d'intention.....	46
B. Recherche d'opacité nécessaire pour la mère d'intention.....	48
Section II. Le recours à des règles contradictoires au-delà de l'exploitation de la diversité entre droits étatiques	50
Paragraphe Ier. La certitude fournie par le droit de l'arbitrage à une partie professionnelle dans un contrat de consommation.....	51

Paragraphe II. La certitude fournie à un investisseur étranger par les accords conclus par l'État d'accueil.....	54
Paragraphe III. L'exploitation des contradictions entre décisions judiciaires et administratives en matière de gestation pour autrui.....	57
A. L'intérêt supérieur de l'enfant sauvegardé par la délivrance de documents de voyage aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger.....	57
B. L'objectif de sauvegarde de la dignité de la mère porteuse bafoué par l'admission de l'enfant en France.....	62
Conclusion du chapitre.....	64
Chapitre II. Les angles morts dans l'encadrement des situations internationales complexes.....	67
Section I ^{ère} . La perspective adoptée dans l'identification de l'angle mort.....	68
Paragraphe I ^{er} . L'observateur incapable de voir l'objet : l'ordre juridique chargé de prendre une décision.....	69
A. Le champ de vision de l'observateur : la volonté d'un ordre juridique de prendre des décisions à l'égard de la situation.....	69
B. La portée de tir de l'observateur : l'emprise effective de l'ordre juridique sur la situation.....	71
C. Angles morts relatifs, angles morts absolus et <i>regulatory gaps</i>	72
Paragraphe II. L'objet occulté dans un angle mort : les intérêts ignorés dans la prise de décision.....	76
Section II. La manipulation du champ de vision par un justiciable insatisfait des solutions immédiatement applicables à son cas.....	78
Paragraphe I ^{er} . L'interposition d'un obstacle entre observateur et objet.....	79
Paragraphe II. L'éloignement de l'objet du champ de vision de l'observateur ..	82
Conclusion du chapitre.....	83

Titre II. Le cadre de l'exercice de la volonté individuelle..... 87

Chapitre I^{er}. L'encadrement de la volonté exercée par l'<i>electio juris</i>.....	91
Section I ^{ère} . L'exercice encadré de la liberté individuelle dans le choix de la loi applicable.....	91
Paragraphe I ^{er} . La sauvegarde des intérêts collectifs par les contrepoids imposés à la volonté.....	92
A. La limitation de la marge de choix, équilibre entre liberté individuelle et valeurs collectives.....	93
B. La limitation du choix dans les domaines réglementés par les lois de police.....	99
C. La limitation du choix par l'exception d'ordre public.....	100
D. Le rôle circonscrit de l'exception de fraude à la loi.....	101
Paragraphe II. La protection des parties faibles et des tiers.....	102
Section II. Le caractère relatif du cadre imposé.....	104
Paragraphe I ^{er} . L'affaire <i>Lloyd's</i> , exemple de l'exploitation de la relativité des limites à l'autonomie.....	107
Paragraphe II. La coopération entre ordres juridiques dans l'application des lois de police comme moyen pour mieux sauvegarder les intérêts affectés par l'exercice de volonté.....	109

A. La compétence des tribunaux du for en présence de lois de police : une question de compétence impérative et exclusive ?	110
B. La décision du juge face à un conflit entre la loi choisie par les parties et des lois de police voulant s'appliquer à la situation.....	114
a. Le conflit entre la loi choisie par les parties et une loi de police	115
b. Le conflit entre une loi de police et la loi objectivement applicable selon le droit international privé de l'ordre juridique chargé de prendre une décision à l'égard de l'affaire	119
C. La reconnaissance d'une décision étrangère rendue dans une matière réglementée par une loi de police	122
Conclusion du chapitre	127
Chapitre II. Les limites des mécanismes monistes dans l'encadrement de l'acte de volonté créateur d'angles morts.....	129
Section Ière. Le traitement qui vise à sanctionner un abus dans l'exercice de la volonté : la fraude de droit international privé.....	129
Paragraphe I ^{er} . L'exception de fraude de droit international privé : un mécanisme limité par la portée de sa définition.	130
A. La définition de la fraude de droit international privé.....	130
a. L'internationalisation artificielle du rapport interne	131
b. La définition par rapport à mauvaise résolution d'un faux conflit.....	132
c. La définition par rapport à l'éviction d'une loi impérative.....	134
d. La manipulation du rattachement bilatéral	137
B. Les éléments de la fraude de droit international privé.....	140
a. La notion de loi « normalement applicable »	140
1. La loi normalement applicable est celle désignée par le rattachement bilatéral retenu par les règles de droit international privé du for.....	140
2. La loi normalement applicable est celle ayant un titre supérieur à s'appliquer	142
b. L'effectivité de la manœuvre	144
Paragraphe II. L'exception de fraude de droit international privé : un mécanisme limité par sa mise en œuvre.	146
A. La fraude concurrencée par les autres mécanismes de droit international privé	147
B. Le problème de la volonté qui s'exerce par la création d'un rattachement effectif avec l'ordre juridique élu.....	151
a. La portée limitée de la fraude en cas de déplacement effectif à l'étranger.....	152
1. En matière d'investissements internationaux	152
2. En matière de constitution d'un rapport à l'étranger	153
Section II. Les règles applicables à la résolution du conflit mobile.....	154
Paragraphe I ^{er} . Un concept à même de gérer les vrais conflits et les déplacements dénoués d'intention frauduleuse.....	155
A. La gestion de la mobilité effective.....	155
B. La gestion du vrai conflit	156
Paragraphe II. Un mécanisme qui n'est pas en mesure de contrecarrer l'exercice de volonté créateur d'angles morts.....	156
Section III. La recherche d'un règlement satisfaisant par l'adaptation	159
Conclusion du chapitre	161
Conclusion de la partie.....	165

Seconde partie. Le traitement des angles morts 167

Titre Ier. La réaction face aux effets de l'exercice de volonté individuelle 171

Chapitre I^{er}. Vocation et portée du rôle du droit international privé dans le traitement des cas comportant des angles morts 173

Section I^{ère}. La portée globale d'un régime national : le problème de la gouvernance globale depuis une perspective pluraliste..... 174

Paragraphe I^{er}. Le droit international privé et l'extension du domaine des rapports privés : une histoire entrecroisée. 175

Paragraphe II. Le rapport juridique globalisé : difficultés d'identification, de qualification et de rattachement à la discipline. 177

Section II. La fonction du droit international privé à l'épreuve des problèmes nés de la globalisation économique..... 180

Paragraphe Ier. Pourquoi appliquer du droit étranger ?..... 180

Paragraphe II. La vocation du juge à adopter une perspective globale 183

A. Le renouveau des doctrines internationalistes de droit international privé, un fondement superflu pour justifier l'élargissement de la perspective du juge étatique..... 184

a. Écart d'un renouveau des doctrines fondées sur le *jus gentium*..... 184

b. L'intérêt théorique relatif de la doctrine de la *comitas gentium* dans le traitement des problèmes transnationaux 187

B. Les impératifs de justice internationale : des considérations rentrant dans le cadre d'appréciation du juge étatique selon la conception de justice du for..... 188

Conclusion du chapitre 192

Chapitre II. L'exploitation des espaces de contestation comme contrepoids au déséquilibre créé par l'exercice individuel de volonté 195

Section I^{ère}. L'accueil de la situation par une autorité étrangère : questions sur la compétence des tribunaux..... 195

Paragraphe I^{er}. L'importance de l'accès à la justice dans l'encadrement des activités internationales : le contentieux privé international de la responsabilité délictuelle..... 196

Paragraphe II. Le fondement de la décision sur la compétence et le choix stratégique d'un tribunal par les parties..... 199

A. L'impact des règles sur la compétence des tribunaux sur le règlement du rapport 199

B. La prise en compte d'aspects procéduraux dans le déplacement vers un for donné..... 201

Paragraphe III. Les effets de la décision sur la compétence sur la sauvegarde d'intérêts affectés négativement par la stratégie individuelle 203

A. L'impact de la décision sur la compétence en matière de conventions d'arbitrage conclues avec des parties faibles 204

B. L'impact de la décision de *forum non conveniens* à l'encontre des victimes de dommages causés par l'activité de la filiale étrangère d'une société établie sur le territoire du for 206

Section II. L'adaptation des décisions en matière de compétence guidées par un objectif de justice matérielle 209

Paragraphe I^{er}. La jurisprudence de la chambre sociale : la flexibilité des solutions au service de la sauvegarde des intérêts du demandeur, partie faible. 210

Paragraphe II. La jurisprudence de la première chambre civile : le respect formel des mécanismes et la sauvegarde des intérêts du commerce international.....	212
Section III. L'adaptation imposée par une dimension constitutionnelle du droit international privé	217
Paragraphe I ^{er} . L'accès à la justice en tant principe constitutionnel de droit international privé et le particularisme des décisions.....	219
Paragraphe II. Une constitution de droit international privé plurielle, permettant au juge d'adapter sa décision en fonction de principes de justice matérielle. ..	222
Section IV. Les espaces de contestation offerts par les tribunaux internationaux	225
Conclusion du chapitre	227

Titre II. La gestion du pluralisme..... 229

Chapitre I^{er}. L'imposition de limites aux solutions normatives autonomes..... 235

Section Ière. La gestion du pluralisme à l'épreuve des problèmes contemporains	235
Paragraphe I ^{er} . Le besoin d'un cadre de reconnaissance et de limitation face au développement de sources normatives dépourvues d'une légitimation démocratique : le défi de la gouvernance globale.	235
Paragraphe II. Le droit international privé comme inspiration pour un constitutionnalisme global.	241
Section II. L'imposition de limites aux effets des solutions développées par la volonté individuelle.....	244
Paragraphe I ^{er} . Une solution représentative des différents intérêts en cause	245
Paragraphe II. Une solution qui respecte des principes constitutionnels qui s'imposent à elle.....	247
A. L'ordre public véritablement international : un concept insuffisant.	249
B. Le réseau de <i>ius non dispositivum</i>	250
Conclusion du chapitre	253

Chapitre II. La recherche d'un traitement en mesure de mettre en lumière l'objet occulté dans un angle mort..... 255

Section Ière. La reconnaissance et l'incorporation du conflit dans la prise de décision.....	256
Paragraphe I ^{er} . La possibilité pour un justiciable de répondre à l'offre normative faite par un ordre juridique	257
Paragraphe II. Le risque de « course vers le bas »	259
Paragraphe III. Le recherche d'une règle hybride comme alternative à l'application systématique de la <i>lex fori</i>	265
Paragraphe IV. La reconnaissance d'un fait accompli à l'épreuve de l'angle mort dans lequel se trouvent les intérêts d'un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger	267
Section II. La reprise en main des intérêts occultés dans un angle mort par un changement de perspective	273
Paragraphe I ^{er} . L'adoption d'une perspective aérienne	274

Paragraphe II. L'extension du champ de vision par les espaces de coopération, d'échange et de coordination informelle.	277
Conclusion de la partie.....	281
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	283
Section Ière. L'identification du problème	284
Section II. L'identification des mécanismes à même de fournir un traitement adéquat au problème.....	286
Section finale	290
Table des décisions	293
Bibliographie	298
Table des matières.....	307